REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALAS CIVIL Y LABORAL

TOMO CLI

PRIMERA PARTE

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1978

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

SALA PLENA

Doctores:

Aurelio Camacho Rueda, Presidente.
Alejandro Córdoba Medina, Vicepresidente.
Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores:

Humberto Murcia Ballén, Presidente.
Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores:

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

SALA DE CASACION PENAL

Doctores:

Mario Alario D' Filippo, Presidente.
Evencio Posada, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario D' Filippo.
Humberto Barrera Domínguez.
Jesús Bernal Pinzón.
Federicó Estrada Vélez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Julio Roncallo Acosta.
José María Velasco Guerrero.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores:

Juan Benavides Patrón, Presidente.
Vicente Mejía Osorio, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia.
Juan Benavides Patrón.
Alejandro Córdoba Medina.
Miguel Angel García B.
Jorge Gaviria Salazar.
José Eduardo Gnecco C.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores:

José Gabriel de la Vega, Presidente.
Luis F. Serrano, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega.
Guillermo González Charry.
Luis Sarmiento Buitrago.
Eustorgio Sarria.

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil.
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal.
Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral.
María Teresa de Angel, Sala Constitucional.

Nota:

En el transcurso del presente año se verificaron los siguientes cambios de personal de la honorable Corte Suprema de Justicia:

Entre el 1º de julio y el 6 de agosto ocupó la Magistratura, interinamente, el doctor Hugo Vela Camelo, por licencia concedida al titular, doctor Ernesto Escallón Vargas, de la Sala Civil.

Entre el 8 de agosto y el 8 de septiembre ocupó la Magistratura, interinamente, el doctor Alberto Ospina Botero, por licencia concedida al titular, doctor José María Esguerra Samper, de la Sala Civil.

El doctor Juan Hernández Sáenz reemplazó al doctor Miguel Angel García B., quien renunció el día 3 de septiembre de 1975, en la Sala Laboral.

Entre el 12 de septiembre y el 30 de octubre ocupó la Magistratura, interinamente, el doctor Luis B. Flórez, por licencia concedida al titular, doctor Jorge Gaviria Salazar, de la Sala Laboral.

El doctor Gustavo Gómez Velásquez reemplazó al doctor Julio Roncallo Acosta, quien renunció el día 21 de octubre de 1975.

ENERO A DICIEMBRE DE 1975

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL — DOCTOR HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR LABORAL — DOCTOR IGNACIO GOMEZ Z.
RELATOR PENAL — DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR CONSTITUCIONAL — DOCTORA MARIA TERESA DE ANGEL

TOMO CLI — PRIMERA PARTE — Bogotá-Colombia — Enero a Diciembre de 1975 — Número 2392

SALA CIVIL

RESOLUCION DE LA VENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR

Suspensión de términos mientras el expediente esté al Despacho, su cómputo.—Negaciones definidas e indefinidas, su prueba.—Confesión divisible e indivisible. Traslados: cómo surtirlos.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 5 de abril de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el proceso ordinario instaurado por Carlos Angel Gutiérrez frente a la entidad "Held & Compañía, Sociedad Limitada".

I

Antecedentes.

1. Mediante factura número V.1578/305-707 de 19 de noviembre de 1962, la mentada compañía expresó haber vendido al citado Angel Gutiérrez un "tractor de orugas Deutz, modelo DK 100 B, con motor refrigerado por aire, tipo F6L 514, con una potencia bruta de 111.2 HP, con aditamentos de tiro delantero y trasero, con un juego de herramientas, libro de servicio y repuestos en español, con cadenas de un ancho de 560 mm., con sistema nivelador hidráulico Frisch, cuchilla angulable de un ancho de trabajo de 3400 mm".

2. Según la factura indicada y las "condiciones de suministro HCL 11111 S", que los contratantes acordaron considerar incorporadas a ella, de las estipulaciones convenidas para el pacto es pertinente relevar, por la trascendencia que tienen en la cuestión aquí litigada, las siguientes:

a) Acordaron los convenionistas como precio del referido tractor la suma de $ 162.500.00, la que el comprador pagó en esa fecha;

b) Comprometióse la casa vendedora a entregar al comprador, en Codazzi (Magdalena), el tractor descrito, "dentro de diez días aproximadamente", plazo que dijeron debe entenderse "a reserva de circunstancias imprevistas en los propios talleres y por parte de los principales proveedores";

c) Después de expresar en las "condiciones de suministro" que en caso de retardo en la entrega, el comprador podía exigir, en el supuesto de que por ello sufriera y demostrara perjuicios, una indemnización cuyo porcentaje determinaron, aceptaron que "el suministrador no reconoce otras exigencias o indemnizaciones distintas de las citadas. Por consiguiente, no responderá por daños y/o perjuicios que sufra el comprador como consecuencia de insuficiencia o defectos del objeto suministrado. Igualmente se establece que el vendedor no está obligado al saneamiento de vicios redhibitorios de los objetos vendidos";

d) Mediante el artículo 7º de dicho documento, el vendedor garantizó "la buena calidad de la construcción y ejecución", comprometiéndose, además, a reparar "en el sitio de montaje o en sus talleres, o a suministrar gratuitamente franco talleres, todas aquellas piezas que resulten inutilizables o defectuosas, si se prueba que provienen del empleo de materiales de mala calidad, vicios de construcción o ejecución defectuosa", y

e) Se estipuló, finalmente, que el suministrador "tampoco se hace responsable de daños a consecuencia de impericia en el manejo, negligencia en el servicio o sobrecarga de la instalación, empleo de material inadecuado para el servicio o engrase, obra defectuosa de cimiento o raíles, averías o desgaste por causa de agua arenosa, sucia o demasiado caliente, así como de aquellos daños que sean causados por influencias químicas y eléctricas o en instalaciones transportables por choque o descarrilamiento".

II

El litigio.

1. Mediante escrito de 12 de enero de 1968, el citado Carlos Angel Gutiérrez citó a la entidad "Held & Compañía, Sociedad Limitada", en proceso ordinario ante el Juzgado Civil Municipal de Codazzi, a efecto de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de la sociedad vendedora en su obligación de entregar el tractor por ésta vendido, el contrato de compraventa acordado por ellos y contenido en la factura número V.1578/305-707 de 19 de noviembre de 1962;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a restituirle, seis días después de la ejecutoria del fallo que así lo disponga, las siguientes cantidades por concepto de indemnización de los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento contractual: $ 162.500.00, valor equivalente al precio de compra pagado por el comprador; $ 40.718.32, suma gastada en "las reparaciones inútiles hechas al motor del tractor referido"; $ 7.500.00, valor de los gastos de transporte del motor de Codazzi a Bogotá, que debió hacerse durante varias veces para su reparación; la correspondiente a los intereses legales causados por dichas sumas, desde que éstas se entregaron y hasta el día de la restitución, y $ 36.000.00 mensuales, suma equivalente a la ganancia que el comprador dejó de obtener por la no entrega del tractor, y

c) Que, igualmente, se la condene al pago de las costas procesales.

En subsidio de lo anterior solicitó el demandante que se declare que el referido contrato de compraventa es absolutamente nulo, por carencia de causa; y como consecuencia de tal pronunciamiento, que se decreten las prestaciones mutuas pertinentes, las que a su favor determina en las cantidades y por los conceptos atrás indicados; impetrando, además, que a él se le exonere de pagar frutos "por cuanto tal tractor no los ha producido".

Pretende, igualmente, el demandante, que, en el evento de la improsperidad de las anteriores súplicas, la justicia declare que el aludido contrato de compraventa del tractor es absolutamente nulo, por falta de objeto, y que, como consecuencia de esta declaración, se condene a la demandada a pagarle, por idénticos conceptos, las mismas sumas que determina en las peticiones anteriores.

2. Además de algunos de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi* los siguientes:

a) Según los términos en que se ajustó el contrato, la compañía vendedora se obligó a entregar al comprador el tractor en Codazzi, "en perfecto estado de funcionamiento, útil y de buena calidad", deber éste que incumplió, puesto que en desarmonía "con las condiciones pactadas, entregó uno en forma tardía e inoportuna, cuatro (4) meses después, en abril de 1963, inservible y cuyo motor jamás ha funcionado por defecto de fabricación";

b) "Desde un principio y al empezar a funcionar el tractor objeto de la venta —dice el de-

mandante en el hecho 8º de su demanda— falló el sistema eléctrico del mismo en el primer día de trabajo, y poco después el motor del tractor dejó de funcionar completa y definitivamente por un daño o defecto de fabricación'';

c) Como de conformidad con el contrato la casa vendedora no solo se comprometió a entregar el referido tractor completo, instalado en Codazzi y en perfecto estado de funcionamiento, sino, además, a hacerle las reparaciones que fueren menester; cuando el motor manifestó sus fallas el comprador lo hizo saber a aquélla, la que, sin embargo, incumplió también esta obligación, ''ya que las varias reparaciones hechas por la compañía vendedora a la maquinaria vendida han sido defectuosas, inútiles e irresponsablemente mal hechas'';

d) La primera reparación, en efecto, se hizo en mayo de 1965 en los talleres que la sociedad demandada tiene en Bogotá, pero ''a las ocho (8) horas de instalada la maquinaria en Codazzi, se fundió el motor de la misma por defecto o daño de fabricación''; y la segunda, efectuada en el mismo lugar en septiembre de 1965, resultó también defectuosa, ''puesto que a las ocho horas de instalado, se volvió a dañar y dejó de funcionar definitivamente por el mismo defecto'';

e) Ante la imposibilidad de su funcionamiento, la casa vendedora ordenó que el motor del tractor se devolviera a sus talleres en Bogotá para hacerle una tercera reparación; por esta razón el comprador lo remitió en noviembre de 1965, y aquí se encuentra desde entonces, sin que durante todo el tiempo transcurrido la demandada lo haya reparado ''de una manera satisfactoria y completa y sin entregarlo puesto y debidamente instalado en Codazzi'';

f) Afirma el demandante que él pagó a la demandada, por concepto de las dos reparaciones que se hicieron al aludido motor, las sumas de $ 14.678.55 y $ 26.039.77, y, además, los gastos que implicó el transporte del motor de Codazzi a Bogotá y de Bogotá a Codazzi, en tres oportunidades, todo por valor de $ 7.500.00, y

g) Por causa del incumplimiento de la demandada en sus deberes contractuales, el comprador ''no ha hecho uso ni ha trabajado un solo momento la dicha maquinaria'', lo que ha implicado para éste un lucro cesante de $ 36.000.00 mensuales, que es el rendimiento que deja un tractor de estas características, trabajando un promedio de diez horas diarias, a razón de $ 120.00 cada una.

3. Con oposición de la sociedad demandada se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Civil del Circuito de Valledupar, le puso fin con setencia de 17 de junio de 1971, mediante la cual acogió todas las súplicas principales de la demanda.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte demandada contra dicho fallo, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el que, por sentencia proferida el 5 de abril de 1974, luego de revocar la apelada, decidió absolver a dicha sociedad de todos los cargos formulados contra ella por el demandante, sin hacer condenación por costas en ninguna de las instancias del proceso.

III

Motivación del fallo impugnado.

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y de compendiar el trámite de las instancias, inicia el Tribunal las consideraciones de su fallo advirtiendo que la demanda incoativa del proceso trae deducida, primera y principalmente, la acción resolutoria de contrato, cuya consagración positiva la halla en el artículo 1546 del Código Civil.

2. Asentado por él el anterior postulado, nota al punto que entre el demandante y la demandada se pactó, el 19 de noviembre de 1962, un contrato de compraventa de un tractor orugas marca ''Deutz'', cuyas características describe, contrato cuya existencia considera demostrada en el proceso con la factura número V-1578/305-707 suscrita en esa fecha, la que, agrega el sentenciador, fue expresamente reconocida por Walter Held ante el Juez Once Civil Municipal de Bogotá, tanto en la diligencia de reconocimiento practicada al efecto como en la absolución del interrogatorio que se le formuló.

Y después de sintetizar los términos en que fue acordado dicho pacto, refiriéndose a la obligación del comprador atinente al pago del precio del objeto de la compraventa, asevera que éste la cumplió, pues que de las diferentes pruebas aportadas al respecto ''se desprende que el pago se hizo en varias partidas y en distintas fechas, tal como se observa del documento de 18 de noviembre de 1962 y en el de 9 de enero de 1963, todo lo cual está complementado con la respuesta dada por el representante de la Compañía a la pregunta tercera del interrogatorio''.

3. Concretando sus consideraciones a la obligación que contractualmente incumbía a la sociedad vendedora de entregar al comprador el tractor enajenado, el juzgador *ad quem*, en clara discrepancia con lo que al respecto afirma el de-

mandante, la estima cumplida, apoyando su aseveración en algunas de las afirmaciones de hecho que trae la demanda.

Expresa el Tribunal, en efecto, que "en el hecho 8º se dice que 'desde un principio y al empezar a funcionar el tractor, falló el sistema eléctrico del mismo en el primer día de trabajo, y poco después el motor del tractor dejó de funcionar completa y definitivamente por un daño o defecto de fabricación', para luego decir en el numeral 11 que 'las varias reparaciones hechas por la casa vendedora a la maquinaria vendida han sido defectuosas', y luego rematar diciendo que el motor fue sometido a reparación tres veces consecutivas; en mayo de 1965, septiembre del mismo año y en fecha posterior, desde la cual el motor permanece en los talleres de la entidad 'Held & Compañía, Sociedad Limitada', de Bogotá, como se deduce de lo relatado en los hechos 12, 13 y 14 del libelo de demanda, permanencia que obedece a la falta de pago de la última reparación al motor del tractor, según declaración del señor Walter Held al absolver las posiciones solicitadas por el demandante".

Como razón corroborativa de la conclusión a que en el punto llega, afirma el Tribunal que en el proceso obra, aducido por el propio demandante, el documento privado de 18 de noviembre de 1962, reconocido por el representante de la sociedad vendedora, en el cual se expresa que para entonces el tractor ya se encontraba en "la propiedad del señor Angel".

4. Acomete en seguida el sentenciador el estudio de la afirmación del demandante, consistente en que la vendedora no entregó el tractor "en las condiciones pactadas y en perfecto estado de funcionamiento, y en cambio entregó uno en forma imperfecta y retardada, incompleto, cuyo motor jamás ha funcionado por defecto de fabricación", para inferir que este hecho no está probado en los autos.

Apoya el *ad quem* su negativa conclusión en el punto, observando que el representante de la sociedad demandada al responder la pregunta décima del interrogatorio propuesto, negó radicalmente el hecho afirmado por el demandante, aclarando en su respuesta que el tractor trabajó más de mil horas en terrenos de propiedad de éste. "De aquí —dice el Tribunal— que no puede tenerse como prueba de que no se entregó el tractor y su correspondiente motor en las condiciones pactadas y en perfecto estado de funcionamiento, el testimonio del señor Held, pues éste no lo ha confesado como se deja traslucir en alegato formulado por el apoderado del demandante".

Y añade el Tribunal que sobre este aspecto de la cuestión litigiosa "no puede tenerse como prueba" el testimonio rendido por Nicolás García y Arturo Hernández, ni el dictamen pericial de José María Fernández y Marceliano Cuentas, porque en la práctica de estos medios se omitieron ciertos requisitos legalmente necesarios para su ritualidad.

5. Refiriéndose a la prueba testifical aludida, dice el *ad quem* que como al decretarla el juzgado no señaló fecha ni hora para recibir las declaraciones, el litigante al cual se pretenden oponer no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción. "Mal podía, pues, —concluye el Tribunal— infirmar la prueba del testimonio presentado por el demandante la sociedad demandada si no tuvo conocimiento del día y la hora en que debían recibirse las declaraciones a que se viene haciendo referencia".

Analizando la prueba pericial, expresa el sentenciador que, sin embargo, de haberse ordenado el traslado del dictamen, el auto que así lo dispuso no se notificó; y que esta omisión impidió que la parte demandada lo conociera y por ende el ejercicio por su parte del derecho de fiscalización de la prueba. Agrega que la copia del estado número 41 de 22 de mayo de 1962, aducida al proceso por el demandante al descorrer el traslado para alegar en la segunda instancia, no puede ameritarse como prueba por haberse allegado extemporáneamente; y que, de otra parte, como el secretario no dejó en el expediente constancia de haber surtido el traslado, esa copia no suple la notificación.

6. Conclusión de su estudio es, para el Tribunal, la de que "no se ha dado la prueba" de los hechos fundamentales de la pretensión resolutoria de contrato, ni los de las consecuenciales a ésta, por lo que tales peticiones están llamadas a su improsperidad. Y agrega que tampoco "hay lugar para hacer las declaraciones subsidiarias de nulidad absoluta por falta de objeto y de causa en razón de que los hechos que se adujeron para sustentar estas peticiones no tuvieron la debida comprobación".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado, interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula cuatro cargos: el primero, con fundamento en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y los tres

restantes dentro del ámbito de la primera, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos por ser el que lógicamente corresponde.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal por haberse incurrido en el proceso en nulidad por falta de competencia del juzgador *ad quem*, según lo establecido por el numeral 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Consecuencialmente solicita el censor que la Corte, previa infirmación del fallo impugnado, declare la invalidez de la actuación surtida en el Tribunal de Valledupar, "a partir del auto de junio 17 de 1972, por haberse incurrido también en la causal de nulidad que contempla el numeral 3" del precitado artículo 152.

2. En desarrollo de esta censura considera el acusador, y así lo asevera, que la sentencia de primera instancia proferida en este proceso el 17 de junio de 1971, se encontraba ya ejecutoriada cuando el 13 de julio siguiente se interpuso apelación contra ella; y que siendo ello así el Tribunal carecía de competencia para decidir la alzada.

Explanando su tesis dice el censor que la sentencia de primer grado quedó legalmente notificada el 8 de julio de 1971; que el término de la ejecutoria comenzó a correr el 9 siguiente y expiró el 12, "ya que el día 11 de julio fue domingo"; que, por consiguiente, "corrieron tres días completos" sin que durante éstos se interpusiera recurso alguno; y que dicho término no pudo interrumpirse por haberse pasado el 9 del mismo mes el expediente al despacho del juez, puesto que no duró allí "un día completo, sino una hora o unas horas, porque fue regresado a la secretaría el mismo día 9 de julio de 1971 con un auto de 'cúmplase' de esta misma fecha".

"Luego —dice el censor— si el expediente no estuvo en el despacho del juez un día completo, sino una hora o unas horas, y entró y salió del despacho el mismo día, el término no puede interrumpirse, porque de acuerdo con la ley, *los términos no se computan, no se interrumpen, no se cuentan, por horas, sino por días completos*".

Con cita de algunas normas procedimentales, asevera el censor que el término de ejecutoria de las providencias judiciales "es perentorio e improrrogable, corre ininterrumpidamente"; y que por consiguiente, durante su transcurso no puede el secretario pasar el expediente al despacho del juez; que si equivocadamente dicho funcionario lo pasa, su error inexcusable "no puede generar perjuicios a una parte, quien no puede correr el riesgo que se le vulneren sus derechos y la defensa de sus intereses, ya que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento".

Se considera.

1. Al revisar la Corte la actuación surtida en este proceso, advierte al golpe que la pretensión aquí deducida por el recurrente ya la había formulado infructuosamente, con apoyo en la misma razón que ahora invoca, tanto al juez de la primera instancia como al de la segunda. Ante aquél, al impetrar la revocatoria del auto que concedió el recurso de apelación interpuesto por la demanda contra el fallo de primer grado; y ante éste, cuando solicitó que dicho recurso se declarara inadmisible.

Y es palmar que así el Juzgado Civil del Circuito de Valledupar, en su auto de 25 de enero de 1972; como el Tribunal Superior de la misma ciudad, en el suyo de 19 de junio siguiente, denegaron las correspondientes solicitudes del demandante, apoyando sus decisiones los dos funcionarios en idéntico fundamento, a saber: que si bien la sentencia de primera instancia quedó notificada el 8 de julio de 1971, a las seis de la tarde, el término de su ejecutoria se había interrumpido a causa de que el expediente pasó al despacho del juez el 9 del mismo mes, por lo que, descontado el 11 que fue día festivo, dicho término solo expiró el 13 siguiente, que fue precisamente el día que se recibió el memorial mediante el cual se interpuso la apelación.

Trátase, pues, hoy del ejercicio por la misma parte de idéntico acto procesal, el que, por haberse ejercido infructuosa, pero válidamente en dos oportunidades anteriores, las providencias judiciales que lo rechazaron tienen que traer como efecto la preclusión del derecho a incoarlo nuevamente, tanto más si se considera que contra el correspondiente auto del Tribunal el interesado no interpuso recurso alguno.

2. Pero si haciendo abstracción del anterior argumento la Corte debiera entrar a estudiar en el fondo el cargo, tendría que decir que la nulidad invocada por el recurrente no existe. En efecto:

Si conforme al artículo 120 in fine *del C. de P. C., "mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias, dentro del período de recepción de éstas. El cómputo del término se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiere", se impone aceptar, de acuerdo con esta preceptiva,*

que el término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia no corrió el 9 de julio de 1971, porque ese día entró el negocio al despacho; y que se reanudó el 13, o sea el siguiente día de la notificación del auto que en aquella fecha se profirió.

Y si dicha norma legal establece esta específica causal de suspensión de "los términos", el carácter general del precepto no autoriza creer, como lo sostiene el recurrente, que tal suspensión lo sea exclusivamente para los términos judiciales y no para los legales, desde luego que como lo pregonan los principios de hermenéutica jurídica, en donde la ley no distingue no le es lícito al juzgador hacer distinciones.

3. A más de que no está demostrado que el expediente solo permaneció en el despacho del juez el 9 de julio por "una hora o unas horas", tal cual lo asevera el recurrente, es lo cierto que aún en tal supuesto, el término se habría suspendido por ese día, ya que, como éste lo reconoce, los términos procesales, según la ley, "no se computan, no se interrumpen, no se cuentan por horas, sino por días completos".

Si lo que es de meridiana evidencia en el proceso es la entrada del expediente al despacho del juez el día 9 de julio, el término de ejecutoria de la sentencia tiene que entenderse interrumpido cuando menos en un día, aun prescindiendo de la regla que al efecto trae la norma transcrita.

4. Sin embargo, de que el secretario del juzgado de la primera instancia pasó equivocadamente el expediente al despacho el citado 9 de julio, puesto que tal día apenas comenzó el término de ejecutoria de la sentencia, ese error no puede tener jamás virtualidad para cercenar el derecho que a impugnar el fallo correspondía al litigante desfavorecido con él; ni amparada en dicho yerro la parte vencedora puede reclamar la inimpugnabilidad de la sentencia, desde luego que su pretensión encuentra obstáculo insalvable en lo preceptuado por los artículos 120 *in fine* y 352 del C. de P. C.

5. Basta lo expuesto para advertir la improcedencia del cargo de nulidad formulado contra la sentencia de segunda instancia, el cual por tanto se rechaza.

Censuras fundadas en la causal primera.

Cargo segundo.

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1849, 1870, 1872, 1880, 1881, 1882, 1884 1932, 1545, 1546, 1602, 1603, 1604, 1605, 1606, 1607, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 1626, 1627, 1634, 1645, 1648 y 1649 del Código Civil, como consecuencia de los errores de derecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las siguientes pruebas: la confesión del apoderado del demandante, contenida en el escrito de demanda; la confesión de la parte demandada, hecha al absolver el interrogatorio a ella formulado; los testimonios de Nicolás García y Arturo Hernández; y, finalmente, el dictamen de los peritos José María Fernández Cuello y Marceliano Cuentas.

La censura señala, como violación medio, la de los artículos 597, 674, 675, 693, 719 y 720 del Código Judicial anterior; y 174, 176, 177, 194, 195, 200, 201, 220, 237, 238, 241 y 699 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente.

2. Concretando el error de derecho que en la apreciación del escrito de demanda le enrostra al sentenciador, dice el censor que es equivocado sostener, como aquél lo hace en su sentencia, que no está procesalmente demostrado el hecho de la entrega del tractor objeto de la compraventa, "en las condiciones pactadas, en forma completa y en perfecto estado de funcionamiento", aseverado por el demandante en su libelo demandatorio; que dado el carácter negativo de dicha aseveración, y al no haber sido ésta infirmada, está amparada por la presunción de certeza; y que en tales circunstancias el Tribunal, al no haberle dado mérito probatorio, incurrió en error de derecho.

Explanando la tesis que pregona, dice el recurrente que "esta afirmación del demandante en su demanda, de no entrega de la cosa vendida en las condiciones pactadas y en forma completa y perfecta, o sea de la entrega imperfecta, incompleta y retardada, de acuerdo con la ley, es una afirmación indefinida, sustancial de un hecho, que no necesita probarse, porque se presume legalmente cierta, y así mismo ese incumplimiento se presume que fue por culpa del deudor o vendedor"; que, como consecuencia, correspondía al vendedor el deber de probar el hecho contrario al negativo, o sea demostrar que hizo la entrega de la cosa vendida "en forma completa, oportuna y en perfecto estado de funcionamiento"; y que como tal no hizo, el hecho negativo afirmado se presume cierto.

Añade el censor que también incurrió el Tribunal en la misma clase de yerro, al apreciar "la prueba de confesión contenida en el escrito de demanda, en forma divisible". Explica que como el demandante en su demanda reconoce que la vendedora hizo la entrega del tractor, pero que a su vez aclara que esa entrega no se efectuó

"de manera completa y perfecta, en las condiciones pactadas", se trata entonces de una confesión indivisible, la que, en acato a lo preceptuado por el artículo 200 del C. de P. C., debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones "y explicaciones favorables y concernientes al hecho confesado".

3. Con relación al yerro de derecho que en la apreciación de la confesión del representante de la sociedad demandada le endilga al *ad quem*, asevera el casacionista que en tal falencia cayó el sentenciador al considerar como indivisible la que, por su contenido, es divisible.

A intento de fundar esta censura el objetante, después de referirse a la pregunta décima del interrogatorio consistente en que si es cierto o no, que "el tractor vendido, jamás ha funcionado", expresa que el interrogado la negó pero agregó que la maquinaria "trabajó más de mil horas en terrenos de propiedad del demandante"; que el hecho agregado "no guarda íntima conexión con lo confesado en la pregunta décima, y en la novena"; que, por tanto, se trata de confesión divisible; y que siendo esto así el Tribunal incurrió en error de derecho al aceptar "las declaraciones favorables del demandado, y no apreciar o aceptar las que le son desfavorables, con lo cual divide la confesión del demandado".

4. Estima el recurrente que como los testimonios de Nicolás García y Arturo Hernández se decretaron como prueba en abril de 1968 y se recibieron en julio de ese año, su práctica debía regirse por las regulaciones que al efecto contenía el Código Judicial derogado, que era el que regía a la sazón, y no por el Decreto 1400 de 1970, cuya vigencia se inició después; y que como los artículos 674 y 675 de aquel estatuto, en lo atinente a la citación de testigos, no exigían "que debía señalarse fecha y hora para recibir las declaraciones, sino que bastaba que el juez decretara la práctica de la prueba testimonial en su decreto de pruebas y al ser notificada esta providencia, quedaba surtida la citación de la contraparte", el Tribunal incurrió en error de derecho al no ameritar en su valor demostrativo los referidos dos testimonios.

"Por manera que —dice el censor concretando el yerro que denuncia— esta formalidad de fijar fecha y hora en audiencia para recibir testimonios, es tan solo ahora exigida en el nuevo C. de P. C. que no es aplicable al caso en estudio, sino que el aplicable es (sic) el artículo 674, 675 y 693 del antiguo Código Judicial... Es, por tanto —agrega— evidente que para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso en alguna de las oportunidades que señalaba el artículo 597 del antiguo C. de P. C., sin que fuera dable afirmar que para recibir testimonios debiera señalarse fecha y hora precisa".

5. Finalmente, refiriéndose a la prueba pericial, asevera el impugnador que el juzgador *ad quem*, al no haberle atribuido mérito demostrativo por estimar que se había omitido notificar legalmente el auto que ordenó el correspondiente traslado a la contraparte, también incurrió en yerro de derecho.

En sustentación de esta censura expresa el casacionista que, como aparece de autos, el dictamen de los peritos Fernández y Cuentas, rendido el 14 de mayo de 1968, "fue puesto en conocimiento de las partes, según auto de mayo 20"; y que si bien es cierto "que en el expediente no aparece la constancia secretarial de que esta providencia haya sido notificada por estado", también lo es que al proceso se allegó debidamente autenticada, "una copia fotostática del estado número 041 de mayo 22 de 1968", con la que se demuestra que dicho auto "fue notificado legalmente por estado que se fijó el mismo día mayo 22 de 1968".

Agrega el impugnante que, sin embargo, de tratarse de un documento público y de haberse aducido al proceso "en una audiencia ante el Tribunal", dicha prueba "debió ser admitida y apreciada" por el fallador de segundo grado; y que como no lo fue, solicita que la Corte, con apoyo en lo estatuido por los artículos 179, 180, 184 y 375 del C. de P. C. "*decrete de oficio*, la admisión de esta prueba, antes de fallar, y la tenga en cuenta en el momento de su fallo".

Se considera.

1. Ciertamente no son infrecuentes los casos en que el demandante, al elaborar la demanda inicial del proceso, consigna en ella afirmaciones de hechos positivos y negativos como fundamento de sus pretensiones. Y si en relación con los primeros es claro que corre siempre con el deber de probarlos; no acontece lo propio con los segundos, puesto que éstos en algunos supuestos son de imposible demostración.

Por cuanto no todas las negaciones contenidas en una demanda son de igual naturaleza, ni producen tampoco idénticos efectos jurídicos en materia de prueba judicial, para este efecto la doctrina las ha dividido en definidas e indefinidas. *Corresponden las primeras a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual na-*

turaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, y que desde antiguo se han llamado negativam praegnantem; *las segundas, es decir, las indefinidas, son aquellas negaciones que no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno.*

*Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesario profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda. Así, si el comprador alega que la mercancía recibida no es de la buena calidad pactada, está afirmando en el fondo que lo es de mala; y esta negativa de cualidad es susceptible de prueba. Las negaciones indefinidas, en cambio, son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno: de aquí que, como lo ha dicho la Corte, estas negaciones "no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas" (*LXXV, *23).*

*Ya desde el año de 1936 la Corte, interpretando el alcance del artículo 595 del Código Judicial derogado, sustancialmente igual a lo que en el punto preceptúa el texto 177 de la codificación procedimental hoy vigente, había dicho que "la imposibilidad aun absoluta en que se encontrara el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado. Solo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible (*XLI, *106). Y en sentencia de 15 de julio de 1939 agregó que "bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos, las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse en resultados de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que ha fundado su acción y en que se basan las negaciones para el éxito del medio judicial instaurado" (*XLVIII, *400).*

Por cuanto la afirmación que el demandante hace en su demanda, consistente en que la demandada no le entregó el tractor objeto de la compraventa "en forma completa y en perfecto estado de funcionamiento", implica la aseveración de que sí se entregó pero incompleto y con desperfectos mecánicos, es una negación definida que permite la demostración de este hecho positivo contrario implícitamente afirmado, y por esto es inaplicable a ella la preceptiva contenida en el artículo 177 del C. P. C., conforme a la cual solamente "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Consiguientemente cabe inferir que el primer yerro de derecho que en este cargo el censor le enrostra al Tribunal no existe.

2. Al estatuir el artículo 200 del actual C. de P. C. sustancialmente igual a lo que al respecto consagraba el 609 del C. J., que la confesión debe aceptarse "con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado", sienta como regla general su indivisibilidad; pero al agregar luego esta misma norma que si "la declaración de parte comprende hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente", consagra, como excepción al principio, la divisibilidad de la confesión.

Distintivo de la confesión calificada es el de que las explicaciones dadas por el confesante guarden íntima relación con el hecho reconocido como cierto, no solo por su naturaleza sino también por el tiempo de su ocurrencia, hasta el punto de integrar una unidad jurídica que el principio de la lealtad procesal impide dividir, a fin de que quien la provocó no pueda prevalerse únicamente de lo que de ella le beneficia. Se caracteriza la confesión compuesta, en cambio, por la ausencia de íntima conexidad entre lo que se confiesa y lo que se agrega: como el hecho agregado es aquí distinto y separado del reconocido, la falta de relación íntima permite dividirlos, ya que el primero tiene origen distinto al del segundo, en frente del cual el confesante asume el deber de probar su defensa.

Ocurre, empero, que como la calificación de divisible o indivisible que el Tribunal le haya dado a la confesión, es aspecto que dice relación a la contemplación objetiva de esta prueba y no a la ponderación legal que de ella hace, puesto que se trata de la apreciación del contenido de la confesión, y no de la valoración de su mérito demostrativo, su ataque en casación solo es posible por error manifiesto de hecho y no por yerro de derecho.

Por cuanto la ley deja al arbitrio de los jueces el análisis de la confesión para calificarla de individua o dividua, según que de su contenido encuentren que el hecho añadido como explicación tenga o no conexión íntima con el confesado: que los dos sean inseparables o separables, el juicio que en el punto se forma el Tribunal es intocable en casación, a menos de que aparezca ostensiblemente contraevidente con la realidad que la prueba ostenta. Así lo ha dicho la Corte, entre otras,

en las sentencias de 30 de julio de 1943, 28 de julio de 1955 y 31 de agosto de 1960, publicadas en los tomos LXXVIII, 368; LXXX, 757 y XCIII, 154.

Lo dicho da base suficiente para afirmar que los ataques que en este cargo el recurrente le hace a la sentencia, en torno a la calificación de divisible que el Tribunal hizo de la confesión del demandante, contenida en la demanda; y de indivisible la de la demandada, vertida en la absolución del interrogatorio, por venir formulados ambos por error de derecho no se ajustan a la técnica de la casación; y que como la Corte no puede, por impedírselo la limitada actividad jurisdiccional que en este recurso tiene, cambiar la clase de los yerros denunciados por el recurrente, estas dos censuras están llamadas al fracaso.

3. La doctrina del derecho procesal tiene averiguado que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no tuvo injerencia en su producción. El conjunto de normas de ritualidad probatoria que los distintos legisladores han consagrado, han tenido siempre como punto de mira la garantía de los derechos de igualdad y lealtad que corresponden a las partes del proceso.

A la contraparte le asiste legítima facultad de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y este derecho se debe observar a todo lo largo del período que dura la incorporación de ella al proceso, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba, el auto respectivo se notifica a la contraparte; continúa su intervención durante la práctica de la prueba, como cuando se le permite presenciar la declaración de los testigos para contrainterrogarlos; y se prolonga aún después, como cuando se le permite objetar el dictamen pericial.

4. En tratándose de la prueba testimonial, para que ésta sea pública y pueda, por tanto, controvertirse, el contradictorio se cumple, por exigencia de las leyes que han regulado el diligenciamiento de este medio de demostración, brindándole a la contraparte la oportunidad para que la fiscalice en su producción a través del contrainterrogatorio que quiera formular al declarante.

Bien es cierto que hoy, según lo imperado por el artículo 220 del Código Procesal Civil vigente, la publicidad de la prueba testifical se surte, a efecto de que pueda contradecirse, con la notificación del auto que la decreta, el cual debe ordenar la "citación de los testigos y señalará fecha y hora para la audiencia en que deban recibirse las declaraciones"; pero como este señalamiento temporal no lo exigía el artículo 674 del Código Judicial de 1931, que era el que regía en la materia cuando en este proceso se rituaron las pruebas, incurrió en error de derecho el sentenciador al no ameritar los testimonios de Nicolás García y Arturo Hernández, pues fueron oportunamente decretados como prueba y el auto que así lo dispuso se notificó legalmente a las partes.

Ocurre, empero, que como el dicho de tales declarantes no tiene virtualidad suficiente para desvirtuar la conclusión que con apoyo en las demás probanzas sacó el sentenciador, en punto de la entrega de la cosa enajenada por parte de la sociedad vendedora, ese yerro de derecho se torna intrascendente y por ende incapaz para llegar a la quiebra del fallo recurrido.

5. Tampoco incurrió el sentenciador en el yerro de esa estirpe que igualmente le enrostra el casacionista por no apreciar el dictamen de los peritos Fernández y Cuentas, pues es una evidencia procesal que el auto que dispuso hacer conocer de las partes la peritación no se notificó legalmente, ni menos se surtió el traslado correspondiente. En efecto:

El artículo 199 del Código Judicial anterior, norma vigente cuando en este proceso se produjo la prueba pericial referida, después de definir el traslado, *determinaba que tal formalidad se surtía notificando el auto en que se mandaba dar y poniendo a disposición de las partes, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, "los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado", añadiendo que todas "estas circunstancias deben anotarse por el Secretario en el expediente". De los términos en que se hallaba concebida la norma en comento se infiere, como aquí lo dedujo el sentenciador* ad quem, *que esta manera o forma de surtir el traslado no se había cumplido, puesto que ni siquiera se notificó la providencia que ordenó el traslado del dictamen pericial.*

Y según el artículo 719 ejusdem *el dictamen de los peritos, a fin de darle publicidad a esta prueba y por ende la posible contradicción para poderla apreciar en su mérito demostrativo, debía correrse en traslado por tres días a las partes, hay que aceptar que por la ausencia en el proceso, tanto de la constancia de notificación del auto que así lo dispuso como de la de haberse corrido el traslado, el dictamen no se practicó con observancia plena de los requisitos exigidos por la ley vigente al tiempo de su producción.*

6. Finalmente cabe observar, para mayor abundamiento, que en el supuesto de que procediera considerar la copia del estado número 41 de 22 de mayo de 1962, fijado en esa fecha en la Secretaría del Juzgado Civil Municipal de Codazzi, dicho documento acreditaría que el auto que ordenó el traslado del dictamen pericial se notificó; pero no demostraría, no solo porque no aparece de su texto sino, además, porque esta no es la forma de hacerlo, que el traslado se surtió. Y es indiscutible que, en principio, un traslado no queda surtido con la sola notificación del auto que lo ordena.

7. Viene de todo lo expuesto la conclusión de que el cargo que aquí se considera es infundado en todas las censuras que él contiene, y, por tanto, se rechaza.

Cargo tercero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de segundo grado de ser indirectamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos del Código Civil que señala en el encabezamiento del cargo y que son los mismos que denuncia como infringidos en el anterior, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de algunos medios de prueba y por falta de apreciación de otros.

Como pruebas que a juicio del censor fueron erróneamente estimadas por el *ad quem*, aquél señala las manifestaciones del demandante contenidas en su demanda, y el documento de 18 de noviembre de 1962, visible al folio 27 del cuaderno número 2; y entre las pruebas no apreciadas por el sentenciador, el recurrente cita la confesión de la demandada, los documentos "que obran a folios 28 y 30" del mismo cuaderno, los testimonios de Nicolás García y Arturo Hernández, el dictamen de los peritos José Fernández Cuello y Marceliano Cuentas, y, finalmente, la fotocopia del estado número 41 de 22 de mayo de 1968 del Juzgado Civil Municipal de Codazzi.

2. Refiriéndose a la primera de las censuras que en este cargo le formula a la sentencia impugnada, dice el objetante que si se leen los hechos de la demanda incoativa del proceso corresponde afirmar, en contra de lo que en el punto dedujo el juzgador *ad quem*, que la casa vendedora no entregó el tractor objeto de la venta "en forma completa, perfecta, oportuna y en perfecto estado de funcionamiento, lo cual no es entrega, porque al entregar en forma incompleta, imperfecta e inoportuna es incumplimiento de la obligación de entregar".

Añade que si en dicho libelo el demandante reconoce la entrega, en varias de sus afirmaciones explica que ésta no le fue satisfactoria, dando las razones de su aserción; que, por tanto, el Tribunal alteró el contenido de ese escrito porque vio en él "una confesión de entrega que no existe"; y que, consecuencialmente, "toma la afirmación del demandante en forma divisible, no aceptando las modificaciones, explicaciones y aclaraciones concernientes al hecho confesado o afirmado; porque no es lo mismo decir o afirmar que el vendedor entregó simplemente la cosa vendida, o afirmar que esa entrega se realizó de manera incompleta, imperfecta y fuera del plazo estipulado".

3. En torno al contenido del documento de 18 de noviembre de 1962, que fue considerado por el sentenciador como elemento corroborativo del cumplimiento de la obligación de entrega a que llegó en su fallo, dice el censor que mediante ese recibo la sociedad demandada, luego de expresar que había recibido una parte del precio de la cosa vendida, afirmó que el tractor "se encuentra en la propiedad del señor Angel", expresión ésta que, agrega el impugnante, "de ninguna manera demuestra el hecho de la entrega de la cosa vendida", puesto que no dice "de manera categórica que el referido tractor haya sido recibido por el señor Angel, en forma completa, perfecta, en perfecto estado de funcionamiento, y en el lugar, plazo y condiciones pactadas".

4. Con relación a las respuestas que el representante de la sociedad vendedora dio al interrogatorio que a él se formuló, asevera el recurrente que en ellas está la confesión, en primer lugar, de la obligación de entregar el objeto vendido en determinados lugar y fecha y en las condiciones estipuladas; y en segundo, del incumplimiento de la demandada a dicho deber suyo.

Estos hechos, dice el casacionista rematando su censura, "que aparecen demostrados en la prueba de confesión del demandado, no los vio el Tribunal, no obstante ser protuberantes y aparecer ostensiblemente demostrados en esta prueba, por lo cual cometió error evidente de hecho, por falta de apreciación de esta prueba".

5. Emprende en seguida el recurrente sus consideraciones para sustentar el error de facto que le imputa al sentenciador en la apreciación de las cartas "que obran a folios 28 y 30 del cuaderno de pruebas".

En esta tarea expresa que si en la primera de ellas, escrita el 27 de julio de 1966 y dirigida desde Bogotá a Codazzi por la vendedora al comprador, aquélla afirma que "con el fin de hacer

entrega a usted de ese motor en perfectas condiciones de trabajo, estamos dispuestos a enviar a Codazzi uno de nuestros técnicos, con el fin de que instale el motor en la oruga y lo someta a una prueba", esta declaración demuestra fehacientemente, en oposición a lo que en el punto dice el Tribunal, "que para esa fecha, el objeto vendido aún no había sido entregado, instalado y en perfecto estado de funcionamiento".

6. Continuando en el desarrollo del cargo, dice el censor que los testimonios de García y de Hernández acreditan que "la casa vendedora no cumplió con su obligación de entregar el objeto de la compraventa, en forma completa, perfecta y en perfecto estado de funcionamiento"; que, de otra parte, el dictamen de los peritos citados demuestra "el estado inservible del tractor, la falta del motor, como parte esencial, considerable y fundamental de la maquinaria"; y que como el Tribunal no vio estas dos pruebas, dio por no demostrados los hechos que ellas indican, incurriendo así en evidente error de hecho.

7. Finalizando el desenvolvimiento de este cargo, dice el recurrente que el sentenciador "no apreció" la copia del estado número 41 de 22 de mayo de 1968; y que al no ver esta prueba incurrió en manifiesto yerro fáctico que lo condujo a estimar carente de notificación el auto que dispuso el traslado del dictamen pericial.

Se considera.

1. Afirmó el demandante en su demanda que "desde un principio y al empezar a funcionar el tractor objeto de la compraventa, falló el sistema eléctrico del mismo en el primer día de trabajo, y poco después el motor dejó de funcionar", hecho 8º; que "las varias reparaciones hechas por la casa vendedora a la maquinaria han sido defectuosas", hecho 11; que en mayo y septiembre de 1965 la entidad demandada procedió a hacer dos reparaciones al motor, hechos 12 y 13; y que luego "la casa vendedora ordenó se le devolviera el motor del tractor, para hacerle nueva y tercera reparación".

Apoyado en estas afirmaciones de hecho el Tribunal consideró y así lo dedujo en su sentencia, que la demandada había entregado al comprador el tractor referido. Y su conclusión en el punto en nada es contraevidente con la realidad que tales afirmaciones ostentan, puesto que es claro que si el demandante acepta que después de haber comenzado a funcionar, la maquinaria falló en su sistema eléctrico, es sencillamente porque reconoce que el tractor le fue entregado.

2. Y si bien es cierto que al través de dichas afirmaciones el demandante aseveró que la entrega del tractor no lo había sido en forma completa y en perfecto estado de funcionamiento, tales asertos, que constituyen negaciones definidas y no indefinidas como se vio al despachar el cargo anterior, no están excusados de prueba por implicar la afirmación de un hecho positivo contrario, susceptible de demostración y cuya prueba corría a cargo del demandante.

Que la alegación del demandado concebida en tales términos no estructura una negación indefinida, para que en razón a este carácter no requiera prueba, lo ratifica el Código de Comercio hoy vigente, al preceptuar en su artículo 931 que "si el comprador..., alega que la cosa presenta defectos de calidad o cantidad, la controversia se someterá a la decisión de peritos", quienes deben dictaminar si los defectos afectan notablemente la calidad de la cosa; y en el 940 al establecer que "cuando el comprador, al recibir la cosa, alega no ser ésta de la especie o calidad convenida, o no ser de recibo, la diferencia se someterá a la decisión de expertos".

Consiguientemente, al afirmar el Tribunal que demostrada la entrega del tractor, incumbía al comprador la carga de probar su afirmación de que no estaba en perfecto estado de funcionamiento, prueba ésta que el sentenciador echó de menos en el proceso, no incurrió con ello en yerro fáctico.

3. En su sentencia el Tribunal no tomó el documento de 18 de noviembre de 1962 como prueba única, ni siquiera principal, para dar por demostrada la entrega de la máquina por la vendedora al comprador, sino que al efecto lo consideró como corroborativa de la confesión del demandado, y si los razonamientos del *ad quem* en torno a esta última probanza han salido ilesos de los cargos contra ellos formulados, el pretenso error de hecho invocado en relación con ese documento resultaría inane para casar la sentencia impugnada.

Además, frente al contenido de dicho instrumento, que como ha quedado dicho proviene de la sociedad vendedora, no puede decirse, como lo arguye el recurrente, que él demuestra que la maquinaria "no se entregó en perfecto estado de funcionamiento", porque esta expresión negativa no aparece consignada en su contexto, ni expresa ni implícitamente.

En manera alguna, pues, el Tribunal alteró el real contenido del referido documento de 18 de noviembre de 1962, y, por lo mismo, no incurrió en el yerro fáctico que en su apreciación le imputa la censura.

4. Todo el contexto del fallo de segundo grado indica que el *ad quem* sí vio, y consiguientemente apreció, las respuestas que el representante de la sociedad demandada dio al interrogatorio absuelto el 30 de mayo de 1968. Precisamente con apoyo en esta prueba dedujo la celebración del contrato de compraventa y sus estipulaciones, puesto que al respecto expresa la sentencia que, además de la factura "reconocida por el señor Walter Held el día 30 de mayo de 1968 ante el Juzgado Undécimo Civil Municipal de Bogotá", obran en el proceso "las posiciones rendidas ante el mismo Juzgado".

No podía ver el Tribunal, como evidentemente no vio en la respuesta respectiva, confesión de la demandada al incumplimiento de ésta de entregar el tractor en forma completa y en perfecto estado de funcionamiento, sencillamente porque este hecho, lejos de ser reconocido como cierto por el absolvente, fue negado por éste.

En efecto: si al responder la pregunta décima, consistente en que dijera "si es cierto o no, que el tractor vendido jamás ha funcionado, ni le ha prestado ningún servicio a su comprador, señor Carlos Angel Gutiérrez, desde la fecha en que le fue vendido", el interrogado contestó que "no es cierto", el texto de su respuesta significa que no hubo confesión del hecho; mucho menos si a continuación agregó: "el tractor trabajó más de mil horas en terrenos de propiedad del demandante".

No dejó entonces el sentenciador de ver las respuestas que la demandada dio al interrogatorio, las apreció en su real contenido; pero consideró que ellas no demostraban la afirmación negativa del demandante, lo que es cosa muy distinta. Por consiguiente, no existe el error de facto que en el punto le atribuye la censura.

5. No es exacto que el *ad quem* no hubiera visto los testimonios de García y de Hernández, ni menos el dictamen pericial rendido por Fernández Cuello y Cuentas. Al contrario de lo que afirma el recurrente, el Tribunal dijo en su sentencia que estos dos medios "tampoco pueden tenerse como prueba de incumplimiento por parte de la entidad demandada", porque en su producción se habían pretermitido los requisitos propios de su ritualidad.

Lo cual significa que no se trata de un caso de preterición de estas probanzas, que ciertamente implicaría error de facto, sino de que partiendo de su existencia en los autos, el Tribunal no las ameritó por estimar que en su práctica se habían infringido las normas legales regulativas del contradictorio. Si en esta consideración hubiere caído en falencia el sentenciador, en la que no incurrió como se dejó visto al estudiar el cargo anterior, ese pretenso yerro sería de derecho y no de hecho.

En sentencia de 5 de noviembre de 1973, proferida en el proceso ordinario de Hersilia Caldas de Tobón contra Nancy Piedrahita de Quijano, dijo la Corte y ahora lo reitera, que como para que el error de hecho "tenga trascendencia en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces", o, se añade hoy, los considera indebidamente rituados.

6. Y si, como también lo dijo esta corporación en esa misma providencia, no se presume el desconocimiento de una prueba por el fallador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o la estimación que a la misma ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de la copia del estado número 041 de 22 de mayo de 1968, puesto que este documento, a más de haberse aducido extemporáneamente al proceso, no acredita, por ser legalmente inidóneo al efecto, que el traslado de la prueba pericial se hubiera surtido.

Atrás se dijo que, según lo preceptuado a la sazón por el artículo 199 del C. J., en concomitancia con el 719 *ibídem*, el traslado de la prueba pericial se surtía poniéndola en conocimiento de las partes, de lo cual el Secretario *debía dejar constancia escrita en el expediente;* por lo que, aun en el supuesto de que dicha copia acreditara la notificación del correspondiente auto, con esta notificación no quedó surtido legalmente el traslado.

7. Es cierto, como lo afirma el recurrente, que el Tribunal de Valledupar no hizo en su fallo alusión expresa a las cartas visibles a los folios 28 y 30 del cuaderno de pruebas número 2. Tal preterición, sin embargo, no puede estructurar error de hecho con trascendencia para aniquilar la sentencia impugnada, puesto que, ora se les considere separadamente o ya en conjunto, no acreditan que el motor del tractor, en la época de la entrega de éste, estuviera en imposibilidad de funcionamiento.

En la primera de ellas, fechada el 27 de julio de 1966, el representante de la sociedad vendedora le dice al comprador que "al motor le encontramos en nuestros talleres una obstrucción en uno de los conductos de aceite de la carcasa, y

fue ésta la que originó, ya varias veces, daños en el mismo cilindro. La reparación del mismo cilindro la hemos efectuado en forma gratuita''. Y en la segunda le expresa a su destinatario que ''el daño ocasionado y las perforaciones para lubricación, sí pueden deberse a descuidos en la lubricación; al motor, al hacerle un cambio de aceite pudo haberle entrado algún pedazo de mugre que causó la obstrucción causando el daño en el cilindro''.

Siendo así que de estas cartas no puede inferirse que para las fechas de las mismas, ''el objeto vendido aún no había sido entregado, instalado y en perfecto estado de funcionamiento'', como lo pretende el recurrente, el error en que hubiera podido incurrir el Tribunal al no haberlas apreciado resultaría intrascendente, pues que aun habiéndolas apreciado la conclusión del sentenciador, consistente en que no se demostró la falta de funcionamiento del tractor en la época de su entrega, continuaría siendo cierta.

El cargo, pues, no prospera.

Cargo cuarto.

1. Denúnciase en él violación indirecta por falta de aplicación, de los artículos 1849, 1870, 1872, 1880, 1881, 1882, 1884, 1740, 1741, 1742, 1746, 1502, 1517, 1511, 1524, 961, 962, 964, 965, 966, 969, 970, 1602, 1603, 1604, 1605, 1606, 1607, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal ''al no encontrar probados los hechos que se adujeron para sustentar las peticiones subsidiarias de nulidad por falta de causa y por falta de objeto''.

Como pruebas que a juicio del censor no fueron apreciadas por el *ad quem*, aquél indica las siguientes: ''la confesión del demandado; la documental; la testimonial; la copia fotostática autenticada del estado número 041 de mayo 22 de 1968; y el escrito del apoderado del demandado (C. 1, folio 20)''.

2. Y luego de expresar que no se trata aquí de la repetición de las censuras formuladas en el cargo anterior, sino ''del quebranto de las normas sustantivas que sustentan las peticiones subsidiarias'', el recurrente emprende la sustentación de su objeción afirmando que los errores de facto que le enrostra al Tribunal se contraen a la inapreciación ''de las pruebas antes indicadas''.

Al efecto dice que basta leer dichas pruebas, ''para constatar también que estos hechos que sustentan estas peticiones subsidiarias aparecen debidamente demostrados en las pruebas relacionadas que el Tribunal dejó de apreciar. Para no caer en repetición oficiosa —añade— solicito a la honorable Corte tener en cuenta para este cargo, las manifestaciones y consideraciones que me permití exponer, en el desarrollo del cargo anterior, en lo referente a los errores evidentes de hecho por falta de apreciación de las pruebas, que son las mismas para este cargo''. Y agrega que ''conviene sí notar que no estoy complementando un cargo con referencia a otro, porque los cargos los he formulado en forma separada y autónoma, por cuestión de método y de orden, para acusar en forma separada la violación de las normas sustantivas, que sustentan las peticiones subsidiarias impetradas en la demanda''.

Se considera.

1. Por cuanto el artículo 374 del C. de P. C. establece que la demanda de casación debe contener, entre otros requisitos, la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, ''expresando los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara'', la Corte ha dicho reiteradamente que los cargos ''son autónomos, tienen individualidad propia'', y que por lo tanto, para su eficacia, cada uno de ellos debe proponerse en forma concreta, completa y exacta para que la Sala, situada dentro de los límites que le demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación, lo que no entra en sus poderes (XC, 326; CVII, 205, y CXVIII, 204).

''Cada cargo debe hacerse con entidad propia, separadamente de los demás, sin que sea viable hacer de cargos dispersos, específicamente distintos y en sí fragmentarios, uno solo, ni por lo tanto, el intentar que un cargo incompleto se integre con la simple referencia a lo deducido en otro'' (CXXX, 176).

Es, pues, la autonomía de los cargos y su propia individualidad lo que conduce a considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por lo tanto le sea permitido a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con el otro u otros, conducta ésta que de otra parte pugnaría con el procedimiento establecido en el artículo 375 del estatuto atrás citado, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentre próspero ''solo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se hubieren propuesto otros respecto de los demás''.

2. De acuerdo con la anterior preceptiva se impone afirmar que el cargo cuarto de la demanda de casación que aquí se estudia no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario, puesto que, como se advierte de su resumen, al sustentarlo el recurrente se limita a remitir a la Corte a considerar los fundamentos que da para el cargo anterior.

Resulta así la censura incompleta en su formulación y por ende ineficaz, sin que le sea dado a la Corte, dado el carácter extraordinario del recurso, aceptar la invitación del recurrente para extraer de un cargo anterior a fin de integrarlos al presente, los fundamentos que para sustentar aquél allá se consignan.

3. Pero no es éste el único defecto que en el plano de la técnica de casación cabe hacerle al cargo que aquí se estudia. Formulado como viene por error de hecho en la apreciación de "la prueba documental", de "la prueba testimonial" y de "la prueba pericial", de su postulación resulta que el censor omite determinar, singularizándolos, los documentos, los testimonios y los dictámenes periciales cuya estimación habría omitido el Tribunal.

Ha sido doctrina constante e invariable de la Corte, que a la luz de la preceptiva contenida en el artículo 374 del C. de P. C. conserva hoy toda su vigencia, la de que no es de recibo en casación hacer referencia genérica e indeterminada al conjunto de unas pruebas, o a todas ellas; que siendo improcedente acusar la sentencia a través del planteamiento global del problema probatorio, es deber inexcusable del recurrente singularizar cada una de las pruebas que se pretenden no consideradas o erróneamente apreciadas por el sentenciador.

Por lo dicho, se desestima este cargo.

V

Decisión.

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 cinco (5) de abril de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

FILIACION NATURAL

Error de hecho.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de marzo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por Mario Alberto Fernández Ruiz, frente a los herederos de Jesús Emilio Fernández García.

I

El litigio.

1. Mediante escrito de 12 de mayo de 1972 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, el citado Mario Alberto Fernández Ruiz o Mario Alberto Ruiz, representado por su madre natural Alicia Isabel Ruiz, demandó a los herederos de Jesús Emilio Fernández García, a saber: Julia Gómez vda. de Fernández, en su carácter de cónyuge sobreviviente del causante y como representante legal de sus menores hijos legítimos Julián Eduardo, Olga Luz y María Isabel Fernández Gómez; Humberto, Fernando, Rodrigo de León, Margarita María y Juan Guillermo Fernández Gómez, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

Que el demandante, hijo natural de Alicia Isabel Ruiz, lo es también de Jesús Emilio Fernández García, y que, como consecuencia, se declare que aquél tiene derecho a heredar a éste.

2. Los hechos que el demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi,* quedan sintetizados en los siguientes:

Que Jesús Emilio Fernández García, muerto en la ciudad de Medellín el 22 de mayo de 1970, durante los años de 1951, 1952, 1953 y 1954 mantuvo relaciones sexuales estables y notorias con Alicia Isabel Ruiz, quien a la sazón era soltera; que fruto de estas relaciones fue el nacimiento del demandante, ocurrido el 7 de octubre de 1953; que "por un error muy común cuando el padre reconoce ante la madre, los parientes y amigos del hijo natural", el nacido fue bautizado católicamente, cuando cumplió el primer año de vida, "como hijo legítimo de Emilio Fernández y Alicia Isabel Ruiz"; que desde el nacimiento del demandante el citado Jesús Emilio Fernández lo reconoció como hijo natural suyo; que en esa condición lo trató "y así lo presentaba a sus amigos, a sus conocidos y a sus hermanos"; y que a la muerte del presunto padre lo sobrevivieron, como parientes inmediatos suyos, su cónyuge y los ocho hijos legítimos demandados.

3. Con excepción de Humberto y Margarita María Fernández Gómez, quienes recibieron notificación personal del auto admisorio de la demanda, a los demás demandados se les designó, luego de emplazarlos, curador *ad litem,* el que oportunamente dio contestación al libelo incoativo del proceso, oponiéndose a las súplicas en él deducidas y exigiendo la prueba de los hechos invocados.

Posteriormente, en escrito que fue inadmitido por el Juzgado al estimarlo irregular en su presentación, los demandados, con excepción de Humberto Fernández Gómez, dieron contestación a la demanda oponiéndose a las súplicas de su demandante y negando los hechos afirmados por éste como constitutivos de la paternidad natural demandada.

4. Surtido que fue el trámite de la primera instancia del proceso, el Juzgado del conocimiento pronunció su sentencia de 28 de febrero de 1973, mediante la cual acogió las pretensiones del demandante e impuso las costas procesales a los demandados.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por éstos contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber agotado el trámite correspondiente a la segunda instancia, incluso la apertura y práctica de pruebas, por sentencia proferida el 11 de marzo del pasado año, revocó el fallo apelado, absolvió a los demandados de los cargos formulados y condenó al demandante al pago de las costas causadas en las dos instancias.

II

Motivación de la sentencia impugnada.

1. Después de afirmar que en el presente caso es pertinente proferir sentencia de mérito por hallarse presentes todos los presupuestos del proceso, inicia el Tribunal las consideraciones de su fallo notando que para sustentar sus pretensiones el demandante "solamente invoca" la presunción de paternidad natural consagrada por el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, esto es, la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en la época de la concepción del demandante.

Y luego de transcribir algunas jurisprudencias de la Corte atinentes a la naturaleza y a la prueba de dicha presunción de paternidad natural, asevera el sentenciador que las declaraciones testimoniales con las cuales se pretenda demostrar "deben ser claras, precisas y evidentes hasta tal punto que formen en el ánimo del juzgador una convicción sólida acerca de la veracidad de los hechos generadores de la filiación".

2. Considera el *ad quem,* y así lo asevera en su sentencia, que la aludida pretensión de paternidad natural está integrada por los siguientes tres presupuestos, a saber: a) Relaciones sexuales preexistentes entre los presuntos padres naturales; b) Coincidencia de tales relaciones con el tiempo probable de la concepción del demandante; y c) Que el hijo nazca después de 180 días del inicio de las relaciones y dentro de los 300 siguientes al día en que cesaron.

Singular énfasis hace el Tribunal del último de los tres presupuestos por él indicados, puesto que, dice, "tiende a evitar que se le atribuya a un hombre la paternidad de un hijo engendrado por otro". Y dando por sentado que si en el presente caso el demandante nació el 7 de octubre de 1953, "su concepción debió producirse entre el 7 de diciembre de 1952 y el 7 de abril de 1953", pasa el *ad quem* a analizar la prueba testimonial aducida por el demandante para justificar los hechos por él aducidos como fundamento de sus pretensiones.

De la labor ponderativa que hace de dicha prueba testifical, el sentenciador deduce que con ella no se demuestra ciertamente que las relaciones sexuales habidas entre los presuntos padres del demandante hubieran tenido lugar por la época de la concepción de éste, ni menos que su nacimiento hubiese ocurrido después de los 180 días en que empezaron esas relaciones o dentro de los 300 días siguientes al día en que ellas cesaron. Observa a renglón seguido el Tribunal que advertida por él esa deficiencia probatoria, y con el ánimo de "escudriñar la realidad de la pretensión de filiación que se cuestiona, la Sala abrió el proceso en segunda instancia a prueba e interrogó a los testigos acerca de estos dos hechos"; pero que, sin embargo, los declarantes "no acertaron a explicar la posible época en que empezaron las relaciones o terminaron y cuando señalaban fecha o épocas incurrían en flagrantes contradicciones".

3. En el estudio separado que el Tribunal hace de cada uno de los testimonios recibidos a instancia del demandante, se refiere primeramente al de Manuel Dolores Vergara, del cual dice que "simplemente manifiesta que ellos —don Emilio e Isabel— convivían", sin indicar la fecha de tal convivencia; observa que es una declaración "demasiado vaga, de la que no puede afirmarse que sea responsiva y que dé la razón de la ciencia de su dicho". Nota, además, que, sin embargo, de haberse llamado para aclarar su testimonio en la segunda instancia del proceso, este testigo "no se presentó".

En relación con el testimonio de Erasmo Antonio Madrid, el sentenciador lo considera como "un indicio para acreditar las relaciones sexuales entre don Emilio y Alicia", con fundamento en que el testigo afirmó haber fabricado unos muebles por cuenta del primero para regalar a los padres de la segunda, que fueron pagados por Julio Percy, administrador de la finca del señor Fernández. Y luego de transcribir los pasos trascendentes de su declaración rendida en la segunda instancia, dice el Tribunal que "si las relaciones sexuales entre los presuntos padres naturales solo duraron tres meses como lo afirma Alicia Isabel; si don Emilio iba esporádicamente a la finca Berlín, pues allí no tenía su domicilio; y si este testigo apenas trabajaba a destajo y vivía permanentemente a una distancia de la finca 'Berlín' de diez kilómetros, es dable afirmar que no pudo conocer las intimidades amorosas del causante Fernández y Alicia Isabel". Añade el sentenciador que este testigo declara no haber

visto juntos, conversando siquiera, a Alicia Isabel y a Emilio, ni constarle lo de las relaciones amorosas entre ellos, ni si éste pernoctaba en casa de aquélla.

Refiriéndose a la declaración de Julio Percy, administrador de la finca Berlín, dice el sentenciador que de ella "pueden extractarse indicios de que ciertamente entre don Emilio y Alicia Isabel existieron relaciones sexuales, pero no las sitúa en el tiempo, y cuando las sitúa cae en abierta contradicción con Alicia Isabel, pues ésta manifiesta que las relaciones con don Emilio duraron tres meses, o sea que tuvieron que ocurrir en el lapso en que se presume la concepción; sin embargo, el testigo afirma que las relaciones empezaron en el año de 1951.

Refiriéndose a los anteriores tres testimonios, dice el sentenciador que ellos "ofrecen tales vacíos y dudas que no es posible sustentar un juicio de filiación", puesto que, añade, no demuestran que las posibles relaciones sexuales habidas entre los presuntos padres del demandante hubieran ocurrido por la época en que pudo tener lugar la concepción de éste.

Afirma a continuación el Tribunal que las declaraciones de Carlos Salgado, Francisco Ortiz y Alba Luz Olmos de Ortiz no le reportan credibilidad sobre los hechos que ellos deponen: la del primero, porque, dice el sentenciador, si narra hechos ocurridos desde 1955, es decir, después del nacimiento del demandante, "no le pudo (sic) constar las relaciones sexuales previas al parto entre los presuntos padres, que es lo que se pretende demostrar"; y las de los dos restantes, porque ellos afirman haber sido padrinos de Mario Alberto por petición de la madre de ésta, advirtiendo que la partida de bautismo, donde figura como hijo legítimo de Emilio Fernández, fue ordenada por los parientes de aquélla.

4. Conclusión de este análisis de la prueba testimonial es, para el Tribunal, la de que "no se demostraron los elementos estructurales de la pretensión deducida en este juicio a pesar del esfuerzo que se hizo en segunda instancia cuando nuevamente se abrió este proceso a prueba". Apoyado, pues, en esta deducción, el *ad quem* infirmó la sentencia apelada que había hecho la declaración de paternidad natural deprecada en la demanda.

III

El recurso extraordinario.

1. Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra dicho fallo un solo cargo.

Mediante él se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por falta de aplicación, del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, como consecuencia del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal al apreciar erróneamente algunas pruebas y por falta de apreciación de otras.

2. Entre las pruebas que a juicio del censor el Tribunal habría apreciado erróneamente, aquél señala las declaraciones rendidas por Manuel Dolores Vergara, Erasmo Antonio Madrid y Julio Percy Oviedo.

A intento de demostrar el yerro fáctico que por tal concepto le enrostra al sentenciador, refiriéndose a la primera de estas tres declaraciones dice el recurrente que en ella el Tribunal solamente vio la afirmación que el testigo hace de la convivencia de Emilio Fernández e Isabel Ruiz, "cuando es muy claro al afirmar que conoció a los protagonistas de este proceso en un tiempo en que trabajó con don Emilio, quien se comprometió con Alicia, que cuando iban a Berlín ellos (don Emilio y Alicia), convivían de lo cual se dio cuenta el testigo quien más adelante afirma otros hechos relativos al trato dado por don Emilio a su manceba".

En relación con la declaración de Erasmo Antonio Madrid el censor, después de referirse a sus afirmaciones de que hizo unos muebles por orden y cuenta de Emilio Fernández para regalarlos a los padres de Alicia Isabel, dice que el Tribunal no apreció en esa declaración "las afirmaciones claras y terminantes del testigo acerca de las relaciones sexuales existentes entre don Emilio Fernández y Alicia Ruiz, tales como las siguientes: me consta que Alicia iba a la finca Berlín, porque la mandaba a buscar don Emilio con algunos de los trabajadores; que cuando construyó los muebles todavía no había nacido el niño y que recuerda esto porque cuando pasaba a trabajar veía a Alicia en estado de embarazo; que es muy difícil saber eso de las relaciones sexuales porque uno cómo se va a dar cuenta de lo que hacen las personas dentro de una pieza".

En cuanto a la declaración del testigo Julio Percy, considera el censor que el Tribunal solo vio en ella las equivocaciones del declarante en cuanto a la fecha en que empezaron las relaciones; pero que "todo lo demás relatado por este testigo que coincide con lo dicho por otros deponentes en cuanto a las relaciones sexuales, no lo aprecia el Tribunal".

Concretando el error de hecho que denuncia por este aspecto, dice el impugnador que "esta errónea apreciación de las pruebas señaladas tenía que llevar al Tribunal... a la violación indirecta de la norma sustancial que consagra la presunción de la paternidad natural cuando han existido relaciones sexuales entre los presuntos padres naturales".

3. Desenvolviendo el cargo por el segundo aspecto, dice el recurrente que el sentenciador incurrió también en evidente error de hecho al no haber apreciado en su fallo las declaraciones de la madre del demandante hechas en las dos instancias del proceso; ni la prueba indiciaria que en él aparece, e indica como tal los siguientes hechos: a) Los nombres y apellidos dados al presunto hijo natural; b) La fama que el demandante tuvo de ser hijo de Emilio Fernández; c) La contumacia de los demandados para recibir la notificación del auto admisorio; d) La no contestación de la demanda por parte del demandado Humberto Fernández Gómez, y e) La partida de bautismo del demandante donde éste aparece como hijo legítimo de Emilio Fernández y, además, que fue padrino Francisco Ortiz, amigo de aquél.

Expresa el recurrente que "la no apreciación de estas pruebas y la errónea apreciación de las citadas en el acápite anterior llevaron fácilmente al Tribunal a cometer el manifiesto error de hecho que lo condujo a violar la ley sustancial".

IV

Consideraciones de la Corte.

1ª Ha dicho insistentemente la doctrina que si el examen de los hechos está excluido del ámbito de la casación, a ellos puede, sin embargo, referirse este recurso extraordinario cuando la errada apreciación que de ellos haga el juzgador de instancia al través del estudio de las pruebas es el medio que lo conduce a la violación de la ley sustancial.

De lo cual se sigue que en punto de estimación de las pruebas que obren en los autos el juzgador de instancia tiene autonomía; y que, por lo mismo, no corresponde a la Corte variar dicha apreciación sino cuando aparezca que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho o en yerro de derecho, y que se haya alegado por el recurrente sobre este punto.

En consonancia con el anterior principio el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, al determinar la causal primera de casación, estatuye en el artículo 368 que "si la infracción proviene de errónea interpretación de la demanda, o de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que el recurrente así lo alegue y demuestre que el Tribunal incurrió en error *de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en el proceso"; y luego, al señalar los requisitos de la demanda, establece en el artículo 374 que ésta debe contener la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, "los fundamentos de cada acusación* en forma precisa y clara", *añadiendo que si se alega la infracción cometida a consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, "deberá determinarse cuáles son éstas, la clase de error que se hubiere cometido* y su influencia en la violación de norma sustancial". *(Subraya la Corte).*

Siendo, pues, excepcional la jurisdicción de la Corte en casación para las cuestiones de hecho, cuando de infracción indirecta se trata, el acusador está inexorablemente obligado, so pena de que el recurso fracase, no solo a expresar en su demanda la clase de error que le enrostra al sentenciador en la apreciación de las pruebas y a determinar éstas, sino, además, a demostrar en ella el yerro cometido por el fallador, demostración que, para el caso de errónea apreciación de pruebas, se traduce en la concreta explicación de las razones en que tal yerro consiste. Solo así puede tener la Corte un derrotero seguro en el estudio del cargo, para saber si en realidad el fallador, al apreciar determinados medios probatorios, les hizo decir lo que éstos no expresan o dejó de ver lo que ellos ciertamente exponen.

2ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal de Medellín, y fue esta la consideración cardinal que tomó en apoyo de su fallo denegatorio de la declaración de paternidad pedida, que si bien con los testimonios de Manuel Dolores Vergara, Erasmo Antonio Madrid y Julio Percy quedaba demostrada la existencia de relaciones sexuales entre Emilio Fernández y Alicia Isabel Ruiz, dichas pruebas, ni ninguna otra, acreditan que tales relaciones hubieran ocurrido por la época en que, según la ley, debe presumirse la concepción del demandante; ni menos que el nacimiento de éste hubiera sucedido después de los 180 días en que dichas relaciones empezaron y antes de los 300 siguientes a aquel en que cesaron, porque, dice el *ad quem*, dichos declarantes "no acertaron a explicar la posible época en que empezaron las relaciones o terminaron, y cuando señalaban fechas o épocas incurrían en flagrantes contradicciones". Agregó el sentenciador que dichos testimonios son vagos y no dan la razón de la ciencia de su dicho.

Considera el acusador de la sentencia, y en esta aseveración funda esencialmente el cargo que contra ella formula, que en la apreciación de estos tres testimonios el Tribunal incurrió en error evidente de hecho, porque, dice, el sentenciador no vio en esas declaraciones las afirmaciones de los testigos que justifican "la existencia de relaciones sexuales entre los presuntos padres naturales".

Acontece, empero, que si el *ad quem* denegó la declaración de paternidad natural no en la inexistencia de relaciones sexuales habidas entre Emilio Fernández y Alicia Isabel Ruiz, sino en la ausencia de prueba de que tales relaciones, por el tiempo de su ocurrencia, hubieran coincidido con la época en que debió tener lugar la concepción del demandante, la censura cae en el vacío porque se le atribuye al fallador una conclusión contraria a la que éste tomó en el punto.

3ª Y si la censura debiera entenderse como formulada contra la inferencia que en punto de época de la ocurrencia de tales relaciones sexuales sacó el Tribunal, habría que decir que el recurrente no demuestra en su demanda, ni remotamente, la existencia de ese presunto yerro de facto, puesto que no explica en qué pudo éste consistir. Se limita el censor a hacer afirmaciones generales y abstractas en relación con dichos tres testimonios, afirmaciones que no pueden configurar la exigida demostración del cargo, puesto que no cita los pasajes de las declaraciones que habría dejado de apreciar el Tribunal y que constituirían la prueba de que la concepción del demandante ocurrió ciertamente durante la época en que tuvieron lugar las relaciones sexuales; ni menos los que le permitían a la Corte advertir que dichos testimonios, al contrario de lo dicho por el sentenciador, son responsivos exactos y completos.

Ha dicho esta corporación que "apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de los testigos, es tarea que compete al juzgador de instancia, como llamado a decidir la controversia; y en cuanto tales calidades se constituyen por elementos de hecho, es claro que el concepto que él se forme de ellas es intocable en casación, mientras no resulte convicto de arbitrariedad evidente (CVI, 141).

Cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustancial como consecuencia de la errónea apreciación que el juzgador de instancia hizo de la prueba testifical, es deber inexcusable del recurrente, para la procedencia de la censura, decir en su demanda cómo debió ser apreciada dicha prueba testimonial para que la Corte pueda deducir, luego de parangonar las consideraciones del sentenciador con el contenido de las declaraciones, en qué pudo errar ostensiblemente éste al hacer el análisis de valoración de ese elemento probatorio.

4ª El Tribunal sí tuvo en cuenta en su fallo las manifestaciones que Alicia Isabel Ruiz, madre del demandante, hizo en el interrogatorio por ella absuelto y en la diligencia de careo con Alberto Fernández. Precisamente, apoyado en ellas dijo que "si las relaciones sexuales entre los presuntos padres naturales solo duraron tres meses como lo afirma Alicia Isabel", no podía aceptar el testimonio de Madrid en cuanto alude a hechos ocurridos con posterioridad al nacimiento del hijo; ni al de Julio Percy, quien al deponer sobre las relaciones "no las sitúa en el tiempo, y cuando las sitúa cae en abierta contradicción con Alicia Isabel, pues ésta manifiesta que las relaciones con don Emilio duraron 3 meses, o sea que tuvieron que ocurrir en el lapso preciso en que conforme al artículo 92 del C. Civil se presume la concepción; sin embargo, el testigo afirma que las relaciones empezaron en el año de 1951".

Y si, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a la misma ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al *ad quem* desconocimiento de las demás manifestaciones hechas en su declaración por la madre del aquí demandante, puesto que ellas, por provenir de persona interesada en la litis, permitían al juzgador desconocerles credibilidad para demostrar la paternidad natural de su hijo que ésta misma le atribuye a Emilio Fernández, (artículo 217 C. P. C.).

5ª Exhaustivamente ha dicho la doctrina de la Corte que "los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba de indicios, la cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su aplicación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del juez. No pudiendo la Corte de Casación cambiar la estimación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, en tratándose de error de hecho, sino cuando éste aparece de modo evidente, arbitrario sería que aquélla, sustituyendo su propio criterio al de la Sala y hallando diferencia de apreciación, decidiese solo por eso que el Tribunal incurrió en el error evidente. Trataríase en tal caso de una simple diversidad de criterio al estimar el valor de una prueba, y en ello, como es obvio, podría caber error, si se quiere, pero no en los términos que la ley de casación exige para que en razón de él se pueda infirmar una sentencia.

De otro modo la Corte se convertiría lisa y llanamente en Tribunal de instancia" (LXVIII, 168).

Como en el presente caso no aparece, por las razones que adelante se consignan, que el Tribunal hubiere procedido arbitrariamente al no considerar en forma expresa algunos de los hechos que el censor señala como indicios de la paternidad demandada, el cargo que por error de hecho se le enrostra, resulta carente de fundamento y por ende ineficaz para casar la sentencia recurrida. En efecto:

a) No está demostrado que los demandados hubiesen sido contumaces para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda. Si bien con excepción de Humberto y Margarita María debió emplazarse a los demás, es lo cierto que todos, salvo aquél, oportunamente contestaron el libelo incoativo del proceso; y que si su contestación no fue admitida, de ello no puede inferirse un indicio en su contra;

b) Como no se trata en el presente litigio de un caso de litis consorcio necesario, la no contestación de la demanda por el demandado Humberto Fernández Gómez sería hecho que solo podría afectarlo a él y no a los demás demandados;

c) A más de que no aparece comprobado en los autos que Francisco Ortiz, quien según lo dice el acta correspondiente fue el padrino de bautismo del demandante, era "el amigo íntimo y paisano" de Emilio Fernández, es lo cierto que aquél claramente explicó al rendir su testimonio, como también lo hizo su esposa al rendir el suyo, que para prestar ese servicio fueron "buscados por la madre del niño"; y que "la hoja concerniente a la partida de bautizo fue llenada por parientes o por orden de la señora Alicia Ruiz", y

d) Si el sentenciador no vio que al recién nacido le pusieron el apellido de su presunto padre y nombres correspondientes a los hermanos de éste; su omisión, por referirse a hechos tipificadores de una posesión notoria no alegada en casación, encarnaría un error intrascendente en su conclusión de que no se demostró la coincidencia de las relaciones sexuales habidas entre Emilio Fernández y Alicia Isabel Ruiz por la época en que debió ocurrir la concepción del demandante.

6ª Conclusión de todo lo expuesto es la de que el cargo que se estudia está llamado a no prosperar, y así habrá de declararlo la Corte.

V

Decisión.

En mérito de 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 once (11) de marzo de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

Confesión ficta o presunta: requisitos, valor probatorio.—El nuevo Código de Procedimiento Civil no exige declaratoria de confeso.

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

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dictada el 25 de marzo del año próximo pasado, en este proceso ordinario promovido por David Libreros contra Esther Julia Pulgarín de González.

La litis.

Libreros demandó a Esther Julia para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se declarase la resolución del contrato de compraventa que celebraron mediante la escritura número 339 otorgada el 23 de julio de 1970 en la Notaría de Zarzal, "por no haberse pagado por la señora Esther Julia... el precio estipulado..." y, en consecuencia, "se ordene la cancelación de sus registros"; b) Que, en tal virtud, se condenase a la demandada a restituir a David "el inmueble" que fue objeto de dicha compraventa, con sus mejoras y frutos; c) Que se declarase "sin valor la providencia proferida en el proceso sucesoral de... Juan de Dios Libreros Arana y Tránsito Libreros Varela que se adelanta en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo en virtud de la cual se reconoció... a Esther Julia... como subrogatoria de los derechos sucesorales que le correspondían a... Libreros en su calidad de hijo legítimo de los causantes, ya que se dice le fueron transferidos por medio de la escritura... 339..."; d) Y que se la condenase a pagar al demandante tanto "los perjuicios correspondientes" como las costas procesales.

Apoyó sus pretensiones en los hechos que en seguida se resumen:

1. Libreros había arrendado a Esther Julia, según documento privado del 22 de marzo de 1962, un inmueble denominado "Limones", con extensión de 20 plazas, ubicado en jurisdicción de Zarzal. 2. Dicha señora propuso a David "reanudar" ese contrato por escritura pública, "pero resulta que lo que aparece firmado... fue una escritura de venta de la mitad del derecho herencial que le corresponde en calidad de herederos de... Juan de Dios Libreros Arana y Tránsito Libreros Varela, cuyo proceso de sucesión se adelanta...". 3. La finca denominada "Limones", cuya superficie tiene unas 44 plazas, pertenecía a los citados causantes. 4. Según la escritura impugnada, David aparece vendiendo "la mitad de dicho inmueble" por un precio total de $ 90.000 que según la escritura la compradora pagó de contado. 5. "En ningún momento... David Libreros ha tenido la intención de vender su derecho herencial radicado en el predio... ni como cuerpo cierto... pues como se dijo al principio, la intención suya fue la de otorgar un contrato de arrendamiento por escritura pública, y no fue eso lo que se hizo por la presunta compradora, quien aprovechándose de la ingenuidad y confianza que le tenía su presunto vendedor y seguramente sin leérsele el contenido de la escritura número 339 citada, sino algo diferente, lo que entraña una falsedad que debe investigarse, se le llevó a firmar un contrato muy diferente...": 6. Esther Julia nunca pagó a David el precio estipulado en la escritura, como se desprende del interrogatorio de parte que como prueba anticipada se le pidió, ya que aquélla no compareció a la audiencia y por tanto se está en presencia de una confesión ficta o presunta. 7. Que la venta de que trata la escritura 339 "no fue real" y que por tanto "procede solicitar la resolución de dicha venta, por falta de pago del precio, y también por falta de consentimiento tanto del comprador como de la vendedora".

Opúsose la demandada a las pretensiones de David, aceptó algunos hechos y negó los referentes

al no pago del precio, a que el contrato no era verdadero y a que el vendedor había sido engañado para que lo celebrara.

El Juez del conocimiento desató la primera instancia en fallo del 9 de julio de 1973, en el cual absolvió a la demandada de los cargos que le había formulado David, a quien condenó en las costas del proceso. La apelación que interpuso el demandante contra esa sentencia fue resuelta, confirmándola, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante la suya que es objeto del recurso que ahora se decide.

Motivación de la sentencia impugnada.

Luego de resumir la demanda, la interpreta diciendo que David Libreros "al considerar que había sido víctima de un engaño por parte de la señora Esther Julia... al haber firmado una escritura de venta de sus derechos herenciales, creyendo que se trataba de la renovación de un contrato privado de arrendamiento, el cual se quería elevar a escritura pública, propuso la resolución del citado contrato de compraventa, puesto que en ningún momento le había sido cancelado el precio que aparecía allí estipulado".

Acomete en seguida el análisis de las pruebas aducidas al proceso, de las cuales llega a las siguientes conclusiones:

A) Que no obstante que el funcionario que practicó la diligencia de inspección judicial en la finca "Limones", a la cual asistió el demandante, hizo constar que éste "no tenía facilidad de expresión y sus respuestas eran vagas y tímidas, este hecho no tiene la incidencia e importancia que le ha querido dar su apoderado, puesto que por esas razones no puede llegarse a deducir a ciencia cierta, que se trate de una persona falta de espíritu o fácilmente sugestionable, lo que pudo dar como resultado que hubiera sido víctima de un engaño" y que, además, el Notario de Zarzal, al rendir su testimonio, manifestó que si bien Libreros era un "tipo campechano" no consideraba que fuese anormal "ni menos ignorante";

B) Que "como se atacara la validez de la escritura", según el testimonio del Notario que acaba de mencionarse, la minuta respectiva fue llevada a la Notaría por el mismo Libreros; que "al preguntársele dónde se encontraba la compradora, él salió y más tarde regresó con ella"; que, igualmente, le presentó un poder que debía otorgarle su hermano para celebrar ese contrato, y que con el fin de que éste lo firmara, el mismo Notario, en asocio de testigos, se trasladó a la finca "Limones" en donde se hallaba dicho hermano, quien no quiso contestar ninguna de las preguntas que se le formularon a pesar de la insistencia de David "que manifestara su voluntad de vender", ni firmó tampoco el poder en cuestión;

C) Que la declaración del Notario está corroborada con lo que expusieron los testigos Alberto Sánchez Osorio, José Miguel Castro, quienes lo acompañaron a la finca, y Susana Agudelo Garzón, esta última empleada de la Notaría;

D) Que analizadas tales pruebas, junto con los documentales que se allegaron al proceso, "dan la completa convicción de que en realidad de verdad, el demandante llevó una minuta previamente elaborada al Notario para que éste confeccionara la escritura de venta de sus derechos a la señora Esther Julia Pulgarín y de que el Notario simplemente cumplió con su deber al elaborarla, puesto que, además, cuando preguntó si ya se había cancelado la suma de $ 90.000.00, valor de la negociación, Libreros manifestó que ya la había recibido";

E) Además —agrega el sentenciador— "es muy diciente el hecho de que el señor David Libreros exhibiera un poder confeccionado a nombre de su hermano para vender y que al no estar firmado por éste fuera hasta la finca y por todos los medios tratara de convencer a su consanguíneo de que lo hiciera. No puede alegar, pues, una persona no saber lo que está haciendo, si de otra parte trata de convencer a otra, no se sabe con qué intención, de que proceda en igual forma";

F) Por último, expresa que con certificación proveniente de la Caja Agraria, quedó desvirtuada la afirmación hecha por el demandante, de que Esther Julia le estaba consignando en esa entidad el valor de los cánones del arrendamiento de la finca "Los Limones" que le había arrendado en 1962.

En capítulo separado procede el *ad quem* a estudiar los efectos de la "confesión ficta o presunta" de la demandada, de la cual pretende David que resultan plenamente demostradas todas las afirmaciones que hizo en su libelo. Comienza por hacer breve recuento de las normas legales aplicables al interrogatorio de parte, de las cuales afirma que surge para ésta "la carga procesal de comparecer para la práctica de la diligencia, en el día y la hora señalados. El incumplimiento de esa carga trae la consecuencia de que se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles".

Sobre esa premisa procede en seguida a examinar cómo se desarrolló el interrogatorio de parte que como prueba anticipada solicitó David a Es-

ther Julia, ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo. Advierte que éste comisionó al efecto al Juez Municipal de Zarzal, de donde era vecina la demandada, "comisión que no pudo ser cumplida, porque a pesar de haber sido citada y emplazada... en forma legal, no asistió a la diligencia. En vista de eso, el Juzgado devolvió la actuación al comitente..." el cual "en forma bastante irregular devolvió las diligencias al Civil Municipal de Zarzal, para que éste diera aplicación al artículo 210 del C. de P. C." y que éste se abstuvo de hacerlo, diciendo que la comisión que le había sido conferida, no lo facultaba para proceder en esa forma.

Censura en seguida la actuación del Juez de Roldanillo, al haber atendido la solicitud que se le formuló para que se citase nuevamente a Esther Julia, por considerarla violatoria de lo que dispone el artículo 209 *ibídem,* y más todavía, que el auto respectivo se hubiese notificado por estado y no en forma personal a la presunta interrogada, y que en la audiencia, el Juez se hubiese limitado a calificar cuáles de las preguntas del interrogatorio eran asertivas. "De lo anterior se deduce claramente —dice el Tribunal— que no es posible darle valor a la referida confesión ficta...".

El recurso de casación.

Tres cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, todos ellos dentro de la órbita de la causal primera y por la vía indirecta, "por falta de aplicación de los artículos 1502, 1508, 1510, 1515, 1524, 1740, 1741 y 1743 del C. C."; 4º, 210 y 301 del C. de P. C.

Primer cargo.

Dice el recurrente que el quebranto de las indicadas normas legales obedeció al error de derecho en que incurrió el Tribunal "en la apreciación de la prueba de confesión ficta o presunta..." de la demandada, al no haberle reconocido el mérito probatorio que le asigna el artículo 210 del C. de P. C., lo cual conlleva también la violación medio del artículo 301 del mismo Código.

La censura estima que la confesión ficta respecto de varias de las preguntas asertivas del mencionado interrogatorio, demostraba plenamente que las partes que celebraron el contrato no tuvieron la intención de hacerlo; que el precio estipulado no fue pagado por las compradora; que, por tanto, las súplicas del demandante han debido ser despachadas favorablemente, y que al no haberlo reconocido así el Tribunal, quebrantó los preceptos legales que indica y la sentencia impugnada debe casarse. "De tener como cierto el hecho contenido en la pregunta 7ª —dice el recurrente— es forzoso concluir que la demandada no pagó el precio".

Cargos segundo y tercero.

Pretende el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho que lo llevaron a no aplicar las mismas normas que la Corte señaló al reseñar el primer cargo, por haber incurrido en los errores de hecho que expone así:

a) En la interpretación de la demanda, porque la sentencia acusada "se fundamenta también en que dizque no se comprobó por los medios adecuados... que el actor David Libreros por su estado psíquico carecía de la capacidad necesaria para contratar. El juzgador echa de menos tales probanzas y con base en su ausencia, invocando el artículo 1503, despacha desfavorablemente las peticiones del actor".

Para apoyar su aserto, dice el impugnante que en el libelo no se afirmó la falta de capacidad de Libreros, sino apenas que éste fue víctima de un engaño, a causa del dolo de su cocontratante, porque creyó que al firmar la escritura 339, estaba prorrogando un contrato de arrendamiento y no enajenando sus derechos herenciales radicados en la mitad de la finca "Limones";

b) En las pruebas documentales allegadas al proceso, las cuales enumera, porque con base en ellas dio por probado "que el actor sí recibió el precio y que firmó la escritura con intención de vender, cosa que no dice ninguna de ellas ni por asomo y mucho menos para llegar a destruir la presunción legal que *ordena* (subrayado en el texto), el artículo 210 frente a los hechos susceptibles de prueba de confesión consignados en las preguntas asertivas del interrogatorio".

"En cambio —agrega— se dejaron de apreciar dos pruebas que son la declaración de James García Valencia... y la inspección judicial que no se apreció en su verdadero contenido, sino que se le hizo decir todo lo contrario por el Tribunal. Veamos: De la declaración de la empleada de la Notaría, de que fue Libreros quien llevó la minuta, deduce el Tribunal que Libreros sí recibió el precio... de que el hermano de David Libreros se haya negado a firmar un poder y a efectuar una venta, deduce que David Libreros sí tuvo intención de vender. De que en el acta de visita a la Notaría se diga que no se observan irregularidades en el otorgamiento de la escritura, deduce que no hubo dolo de la demandada ni vicio del consentimiento del actor... Y, en

cambio, sobre la inspección judicial... el Tribunal no tiene en cuenta los hechos constatados personalmente por el Juez, al decir que... no se puede llegar a deducir que Libreros sea una persona pobre de espíritu o fácilmente sugestionable. El acta... dice todo lo contrario".

Y como remate de su argumentación dice el recurrente que "si el Tribunal hubiera interpretado de esta prueba lo que ella realmente dice, y la hubiera compaginado con los hechos contenidos en las preguntas asertivas, que la ley manda tener como ciertos, de seguro hubiera proferido un fallo completamente contrario al que profirió".

Se considera:

Los tres únicos cargos formulados contra la sentencia del Tribunal adolecen de un grave defecto común, que inevitablemente produce el fracaso del recurso extraordinario. En efecto, en ninguno de ellos se acusa el quebranto del artículo 1930 del Código Civil, ni aun del 1546 *ibídem,* normas éstas a cuyo imperio estaba sujeta la cuestión decidida en el fallo que se impugna. El primero de tales artículos fue precisamente uno de los que se incluyeron dentro de los fundamentos en derecho de la demanda que dio origen al proceso y toda la cuestión debatida, tal como se planteó en el *petitum* del mencionado libelo y como lo entendió el sentenciador, estribaba en la resolución del contrato que celebraron las partes por la falta de pago del precio en que se dice que incurrió la compradora.

Si el sentenciador se abstuvo de aplicar la norma sustancial en cuestión, que era precisamente la aplicable en vista de las súplicas formuladas por el demandante, en la demanda de casación, inexcusablemente, ha debido enderezarse el ataque por falta de aplicación de ese precepto. En tales condiciones, aunque fuese evidente el quebranto de las otras normas que señala la censura, el fallo impugnado continuaría en pie.

Sobre esta base, pues, se estudian en seguida, por vía de doctrina, los reparos de orden probatorio que el recurrente le formula a la sentencia impugnada.

a) *Error de derecho en cuanto a la confesión presunta.*

Cuando de la confesión judicial provocada se trata, tanto dentro de un proceso como cuando se pide como prueba anticipada, la no comparecencia de la parte legalmente citada (artículo 205 del C. de P. C.), para que dé respuesta al interrogatorio que le formula, o su renuencia a contestar a su respuesta evasiva (en estos dos últimos casos, previa la amonestación del juez de que trata el inciso 7 del artículo 208 *ibídem),* según lo estatuye el artículo 210 "harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, sobre los que versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá respecto de los hechos de la demanda o su contestación cuando no habiendo interrogatorio escrito, el citado no comparece".

Se produce, pues, en esos casos, la llamada confesión ficta o presunta, cuyo poder de convicción es el mismo de una confesión real y verdadera. Equivale a que el litigante contumaz o rebelde contesta en forma afirmativa todas las preguntas asertivas que contiene el interrogatorio. Por preguntas asertivas se entiende aquellas que se pueden contestar simplemente con un "sí, es cierto", o "no es cierto". Cuando tales preguntas no tienen ese carácter, esa actitud omisiva de quien debe responderlas, se aprecia, en el proceso, como un indicio en su contra (artículo 210, inciso final), el cual consiste en que se mira como probable que los hechos afirmados por su contraparte en el libelo o en su contestación, según el caso, corresponden a la realidad.

Si la declaración de parte se ha pedido como prueba anticipada, esa conducta omisiva del citado a contestar el interrogatorio escrito que de todos modos se le debe formular, según lo ordena el artículo 294, produce también los efectos que indica el artículo 210, es decir, se presumen ciertos los hechos sobre los cuales versan las preguntas asertivas del interrogatorio, según lo estatuye el artículo 301.

En cuanto al valor probatorio de la "confesión ficta o presunta", cabe observar, en primer término, que según el artículo 201 del C. de P. C., "toda confesión admite prueba en contrario" y, en segundo lugar, que está sujeta en lo pertinente a los requisitos generales que al respecto señala el artículo 195. Se requiere, pues, que ese presunto confesante tenga capacidad para confesar y "poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado"; que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; que "verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento"; y, por último, que recaiga sobre hechos susceptibles de ser probados por confesión. Por consiguiente, dicha prueba no sirve para acreditar actos jurídicos solemnes ni hechos relacionados con el estado civil de las personas, pues para unos y otros, la ley exige otros y específicos medios de prueba.

Además de lo expuesto, para que haya confesión ficta o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se han indicado, requiérese

sine qua non *que en todo caso se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley. Así, trátese de prueba anticipada o producida dentro del proceso, es indispensable que la respectiva petición se acomode a las normas del Código de Procedimiento Civil. Cuando se solicita como* prueba anticipada, *debe acompañarse el interrogatorio escrito, como atrás se dijo, y se requiere así mismo que se indique "sucintamente lo que se pretende demostrar" (artículo 294). Si la prueba se pide en el proceso, la correspondiente solicitud debe ser formulada oportunamente, vale decir, en la demanda o en el escrito mediante el cual se suscita un incidente o en sus respectivas contestaciones, a menos de que se decrete de oficio. Requiérese también en este último caso, o sea cuando de la prueba procesal se trata, que se cumplan los requisitos generales que para el decreto de cualquier medio probatorio o para que éste pueda ser apreciado por el juez establecen los artículos 178 y 183, y los especiales que para la prueba de confesión enumera el artículo 195.*

Y, finalmente, en lo que a la confesión ficta o presunta se refiere, conviene establecer una distinción: a) Si el interrogado se niega a contestar o da respuestas evasivas o inconducentes, es indispensable que el juez le haga la amonestación que ordena el inciso 7º del artículo 208, "con prevención sobre los efectos de su renuencia", y en el caso de no haber comparecido a la audiencia, si la hubo, que así lo haga constar el juez en el acta respectiva, como claramente lo estatuye el primer inciso, in fine, *del artículo 210; b) Cuando dicha confesión ficta se produce por no haber concurrido la parte o no haber permanecido en su casa de habitación o en su despacho en los casos especiales que señalan los artículos 204, inciso 2º y 222, el día y la hora señalados en el auto que decretó esa prueba, si era esa la única que debía practicarse, es apenas natural que no haya audiencia ni acta, aunque en todo caso es aconsejable que se deje testimonio escrito en el proceso sobre el hecho de la no comparecencia del citado o que habiendo concurrido al juzgado por uno u otro motivo no se pudo realizar la audiencia.*

En este último caso, como es obvio, no se producen los efectos que señala el artículo 210.

Por regla general, todos los actos procesales son solemnes, en el sentido de que no se perfeccionan y que por ende no producen sus efectos, si no se han hecho constar por escrito en el proceso. De esta suerte, en el primer caso arriba citado, no será suficiente que el juez amoneste verbalmente al interrogado renuente y que en la misma forma le haga la prevención de los efectos que su conducta le pueda ocasionar. Es indispensable que de ello quede atestación escrita en el acta de la audiencia.

Pues bien, aplicando las nociones expuestas al caso sub júdice, *la Corte considera que el sentenciador incurrió en el error de derecho que se le atribuye, al no haberle dado valor de convicción a la confesión ficta o presunta de la parte demandada. La no comparecencia de Esther Julia a absolver el interrogatorio que como prueba anticipada le formuló Libreros, sin que dentro de los tres días siguientes a aquél en que debía concurrir hubiese probado siquiera sumariamente que no pudo hacerlo por motivos justificados, le acarreó las consecuencias que indica el artículo 210 ya citado, para lo cual no se requiere tramitación alguna, como ocurría con la declaratoria de confeso de que trataban los artículos 618 y 619 del C. J. En este sentido, la Corte rectifica las razones que expuso el Tribunal para no estimar el valor probatorio de la citada confesión presunta de Esther Julia.*

En efecto, el Juez del Circuito de Roldanillo, ante quien se solicitó la prueba anticipada, comisionó con ese fin al Municipal de Zarzal, dispuso librarle el despacho del caso y le remitió el sobre que contenía el interrogatorio, previa su calificación. El comisionado, a su turno, ordenó la citación de la absolvente, y señaló el día y hora para la audiencia respectiva mediante auto que le fue notificado a ésta en forma personal, quien se limitó a manifestar que no podría concurrir por tenerse que ausentar de la población. Hasta aquí la actuación se ajustó a la ley. En la oportunidad debida, la citada no concurrió a dar respuesta al interrogatorio, de lo que dejó atestación escrita el secretario del comisionado, por lo cual éste dispuso devolver la actuación al comitente.

Con lo anterior bastaba para que se produjese el fenómeno de la confesión ficta o presunta, según el primero de los tres eventos que al efecto señala el artículo 210, y, por tanto, al no haberlo reconocido así la sentencia impugnada, incurrió en el error de derecho que le atribuye el recurrente. El Tribunal, pues, negó a esa prueba el valor de confesión presunta que le atribuye la ley, en cuanto a las preguntas asertivas del interrogatorio tendientes a demostrar hechos de la demanda que dio origen a este proceso. Es verdad que la actuación posterior a la indicada en el párrafo que antecede, especialmente en cuanto se refiere a la del entonces Juez Civil del Circuito de Roldanillo, careció por completo de respaldo legal, pero esas irregularidades en que incurrió el citado funcionario no alcanzan a afectar la validez de la prueba, ni impiden reconocer a

ésta el valor de persuasión que la ley le otorga, como equivocadamente lo consideró el sentenciador.

No obstante el error de derecho cometido por el Tribunal al haberle negado poder de convicción a esa prueba que sí lo tenía legalmente, por desviada interpretación del artículo 210 del C. de P. C., debe continuar en pie, porque el recurrente se abstuvo de acusar quebranto alguno de las normas legales aplicables a la acción impetrada, o sea, a la resolución de la compraventa por no pago del precio estipulado, tales como el artículo 1930 del C. C., su fallo que, además de ser pertinente para este caso, fue precisamente uno de los que señaló el demandante en su libelo como fundamento jurídico de sus peticiones. Para que por este aspecto el cargo hubiese podido prosperar, habríase requerido inevitablemente que se acusase la sentencia por falta de aplicación del precepto sustancial mencionado, como se expuso al comenzar el despacho de los cargos.

El quebranto por falta de aplicación de las únicas normas del C. C., a que se refiere el recurrente en todos los cargos que le hace a la sentencia, resulta inane, por cuanto ninguna de ellas regula la especie de litigio. No se trate de capacidad de las partes que celebraron el contrato (artículo 1502); en el *petitum* de la demanda no se impetra su rescisión por vicios del consentimiento, a algunos de los cuales apenas se hace vaga alusión en la *causa petendi* (artículos 1508, 1510, 1515 y 1743); ni se pide tampoco su nulidad por falta de causa o ilicitud de la misma (artículos 1524, 1740 y 1741). En tal virtud, la falta de aplicación de esos preceptos legales, no obstante el error de derecho en que incurrió el Tribunal, no permite la casación del fallo que se impugna.

B) *Errores de hecho.*

El Tribunal no incurrió en error de hecho alguno, ni menos todavía con carácter de ostensible, en la interpretación de la demanda que dio origen a este proceso, la cual, no sobra advertirlo, no es modelo de claridad. Estimó acertadamente, según se desprende del resumen que de sus peticiones y de los hechos en ella afirmados se hizo en el encabezamiento de esta providencia, que se pidió únicamente la resolución del contrato consignado en la escritura 339 atacaba por no pago del precio estipulado por parte de la demandada; que como consecuencia, se condenase a la demandada a restituir "el inmueble puntualizado en el hecho 3º..."; y que se decretase sin valor la providencia dictada en el proceso de sucesión de los padres del demandante, en el que, con base en dicha escritura, se reconoció a Esther Julia como cesionaria de los derechos hereditarios de Libreros. Eso es lo único que se pide en la demanda en cuestión y así lo consideró el Tribunal.

En parte alguna de su sentencia dice el *ad quem* que la impugnación del mencionado contrato se apoya en la incapacidad absoluta por demencia del demandante, como lo pretende el recurrente. Su decisión la fundamentó simplemente en que no encontró demostrados ni la falta de pago del precio ni el engaño que dijo haber sufrido el demandante al celebrar el contrato en cuestión, pago que obviamente incumbía a éste como parte demandante. Las pruebas que analizó el Tribunal tendían todas a corroborar, y así se expresa en el fallo, la seriedad del acto atacado por el demandante; que éste sí recibió el precio convenido, como lo hizo constar en la escritura y lo manifestó verbalmente al Notario ante la pregunta que dicho empleado le formuló en ese sentido; y que Libreros no sufrió engaño alguno al firmar la escritura de compraventa, como que él mismo llevó la minuta respectiva y salió luego a buscar a la compradora para que compareciera a firmar la escritura. Más aún, que trató de persuadir a su hermano para que le otorgara poder para enajenar los derechos herenciales de éste.

La carga de la prueba de los hechos expuestos como *causa petendi*, según lo estatuye claramente el primer inciso del artículo 177 del C. de P. C., incumbe al demandante: *Onus probandi incumbit actori*. Y lo que pretende el recurrente es precisamente lo contrario. A su juicio, era la demandada quien debía demostrar que sí pagó el precio de la compraventa; que no engañó al demandante; que no cometió dolo al contratar, y que el contrato celebrado entre ellos sí se ajusta a la realidad y refleja su verdadero consentimiento. Semejante pretensión es abiertamente injurídica y peca contra elementales principios de derecho probatorio.

Las declaraciones que hacen las partes en una escritura pública tienen plena fuerza obligatoria entre ellas y sus causahabientes; desde el punto de vista probatorio su contenido se asimila o equivale a una confesión; su poder de convicción es pleno, mientras no sea impugnado en forma legal y desvirtuado con otras pruebas que produzcan certeza en el juez. En la escritura número 339 se consignó el contrato que celebraron las partes, lo cual se presume cierto mientras no se demuestre lo contrario; otro tanto ocurre con la declaración que en ella hizo el demandante de haber recibido a su satisfacción el precio estipulado. A esta parte correspondía desvirtuar el pleno valor probatorio que tiene la aludida escritura y las declaraciones que en ella hicieron

sus otorgantes y no lo logró, como acertadamente lo estimó el sentenciador.

No existen, pues, los errores de hecho que señala la censura; ni ellos se refieren a pruebas relevantes; ni menos aún tienen el carácter de evidencia que se requiere para la prosperidad de un cargo en casación por la causal primera.

Finalmente, aun en la hipótesis de que el Tribunal hubiese cometido los errores de hecho de que tratan los dos cargos en estudio, no por ello podría prosperar la impugnación, por los mismos motivos expuestos en la parte inicial del despacho de la acusación. Las normas legales que se dicen violadas no son pertinentes ni aplicables al caso *sub júdice* y la que sí lo era (artículo 1930 del C. C.) no se señala como infringida.

No prospera la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 25 de marzo de 1974.

Sin costas por la rectificación doctrinaria.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

LIQUIDACION DE SOCIEDAD

Interés para recurrir y cuantía de la acción.—Aplicación de la nueva ley procesal. — Cosa juzgada.—Interpretación de la sentencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 30 de noviembre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en este proceso de liquidación de sociedad instaurado por Angélica Rosas de Moreno, frente a los herederos de Jesús Bernal Estepa.

I

Antecedentes.

1. El 6 de octubre de 1939, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron ante testigos en la ciudad de Sogamoso, se ajustó entre Jesús Bernal Estepa y Angélica Rosas un contrato, de cuyas estipulaciones es pertinente destacar las siguientes:

a) El primero expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquél, setenta (70) "reses vacunas, de cría, de año arriba, que tiene en su fundación denominada 'Macolla de Guafa', ubicada en jurisdicción del Municipio de Orocué, ganado que está marcado con el fierro del tres (3)";

b) Acordaron los contratantes como precio de dichos semovientes la suma total de $ 1.400.00, correspondiente al valor de $ 20.00 que convinieron para cada una de las 70 cabezas de ganado, suma que el vendedor declaró haber recibido "a su satisfacción", de manos de la compradora;

c) En ese mismo documento expresaron los convencionistas que el ganado materia de la compraventa quedó "en poder del vendedor, en calidad de compañía, en esta forma: Bernal hace todos los gastos de sostenimiento y administración de tales semovientes y la compradora Rosas reconoce a Bernal la tercera parte del ganado macho que produzcan dichas reses, o el valor de dicha tercera parte en dinero", y

d) Obligóse la compradora, mediante la cláusula final de dicho pacto, a que en caso de que quisiera vender "el ganado que es objeto de este contrato" le daría aviso previo a Bernal, para que éste, en igualdad de precio, fuese preferido como comprador, "de modo que la venta no se efectúe sino cuando Bernal manifieste que no lo compra al precio que se le haya ofrecido a la compradora".

2. Diez años después, y por cuanto en torno al alcance de dicho convenio surgieron discrepancias entre los contratantes, mediante libelo de 7 de mayo de 1949 la citada Angélica Rosas demandó al mentado Bernal Estepa ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que está disuelta la sociedad que para la cría de ganados constituyeron ellos, en documento firmado en Sogamoso el 6 de octubre de 1939;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordenase llevar a término la liquidación y partición del haber social, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato;

c) Que se dispusiese que al proceder a la liquidación y cómputo de utilidades e intereses, se tomasen en cuenta las bases que en lo atinente al número, edad y calidad de las reses se consignaron en dicho documento; lo mismo que el rendimiento ordinario de los ganados de cría; el término de duración de la compañía y el término unitario corriente que tenga el ganado llanero al tiempo de la liquidación;

d) Que en la partición se adjudicase a la demandante la cuota respectiva por concepto de capital aportado, utilidades del negocio e intereses, en cabezas de ganado vacuno de cría de las que existen en la citada fundación "Macolla de Guafa", o en su defecto, en dinero efectivo, con cargo al demandado, y

e) Que se previniese a las partes para que de común acuerdo designaran un liquidador, y si no que lo designara el juez.

En subsidio de las anteriores súplicas, la demandante dedujo en su demanda las siguientes:

a) Que el contrato de sociedad o compañía que consta en documento de 6 de octubre de 1939, ajustado en esa fecha entre la demandante y el demandado, es absolutamente nulo;

b) Que, por consiguiente, se ordenase llevar a término la liquidación de las operaciones anteriores a la declaratoria de nulidad, con sujeción a las normas legales que regulan el cuasicontrato de comunidad;

c) Que al proceder a la liquidación y cómputo de utilidades e intereses se tomasen en cuenta las bases consignadas en la petición tercera principal de la demanda;

d) Que en la partición se adjudicase a la demandante, por concepto de su correspondiente cuota social, ganado vacuno de cría del que pasta en la fundación "Macolla de Guafa", o en su defecto, en dinero efectivo con cargo al demandado y con la obligación de pagar la correspondiente cantidad una vez ejecutoriada la sentencia.

3. Con oposición del demandado se surtió la primera instancia de dicho proceso ordinario, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 22 de septiembre de 1950, mediante la cual absolvió al demandado de los cargos que contra él se formularon en esa demanda.

Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el que, una vez agotada la ritualidad del grado, profirió su fallo de 19 de noviembre de 1952, mediante el cual, luego de revocar el apelado, resolvió:

"Primero. Declárase disuelta la sociedad o compañía constituida para la cría de ganados por Jesús Bernal y Angélica Rosas, mediante contrato suscrito por ellos el día seis de octubre de 1939, en la ciudad de Sogamoso.

"Segundo. Como consecuencia, procédase a la liquidación y partición del haber social, de acuerdo con las cláusulas del contrato respectivo.

"Tercero. Que al proceder a la liquidación ordenada, se tenga en cuenta el concepto de los peritos que actuaron en la segunda instancia y que de común acuerdo rindieron su dictamen, o sea los señores Alberto Plata y Carlos Esguerra, teniéndose en cuenta, naturalmente, lo que de acuerdo con el contrato debe corresponderle al socio Bernal, y las bajas que, según pruebas, haya sufrido el ganado materia de la sociedad.

"Cuarto. Que en la partición se le adjudique al demandante lo que le corresponda, bien en ganado del que pasta en la fundación denominada 'Macolla de Guafa', de propiedad de Jesús Bernal, o su valor equivalente en dinero, teniéndose en cuenta los descargos que Bernal demuestre comprobados.

"Quinto. Que de común acuerdo las partes deben designar un partidor, con la advertencia de que en caso contrario lo designará el Juzgado".

5. Contra esta sentencia de segundo grado proferida en dicho proceso ordinario la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación, el que, luego de concedido, admitido y tramitado, decidió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de mayo de 1955, mediante la cual resolvió: "NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que lleva fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, dictada en el juicio ordinario de Angélica Rosas contra Jesús Bernal".

Refiriéndose a la resolución del fallo del *ad quem*, atinente a que en el proceso de liquidación se debía tener en cuenta el concepto de los peritos Plata y Esguerra, dijo la Corte en las motivaciones de su sentencia: "... el Tribunal al decretar la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad, solo indicó normas para llevar a cabo tal liquidación, las que en ningún caso tienen el carácter de obligatorias para el liquidador". Y luego de transcribir la correspondiente disposición de la sentencia impugnada, agregó la Corte: "...esta apreciación del Tribunal en nada puede obligar al liquidador, pues por una parte, apenas se dice que se tengan en cuenta esos dictámenes, sin darles carácter de obligaciones, y por otra, el acto de la liquidación es una consecuencia de la orden de liquidar la sociedad, lo que debe cumplirse de conformidad con la ley, y aun en juicio distinto si las partes no se ponen de acuerdo en tal liquidación".

II

El litigio en el presente proceso.

1. Invocando primeramente como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que fluyen de

los antecedentes relatados, y afirmando, además, que su consocio jamás se allanó a liquidar la compañía cuya existencia se había reconocido judicialmente, la citada Angélica Rosas, para entonces de Moreno, mediante libelo de 2 de noviembre de 1956 demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso a "la sucesión" de Jesús Bernal Estepa, quien a la sazón ya había muerto, "representada" por las siguientes personas, reconocidas como herederas de éste: Leticia Castillo de Bernal, como cónyuge sobreviviente, en su nombre y como representante de sus menores hijos legítimos: María Luisa, Victoria Eugenia, Mauricio Alfonso y Lulio Alfredo Bernal Castillo; Marco Julio, Adelina, Lucila y María Luisa Bernal Vacarés, y Ana Josefa, Jesús Enrique, Belisario, Alejandrina, Inés de la Trinidad y María Elena Bernal Pinzón, a efecto de que previos los trámites del proceso correspondiente la justicia hiciera las siguientes declaraciones:

a) En estado de liquidación la sociedad que para la cría de ganados constituyeron Jesús Bernal y Angélica Rosas, según documento por ellos suscrito en Sogamoso el 6 de octubre de 1939, liquidación que ordena la ley para todas las sociedades disueltas y que en particular para ésta dispuso la sentencia de 19 de noviembre de 1952, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo;

b) Se ordene la fijación y publicación del edicto emplazatorio para las personas que se consideren con derecho a intervenir en el proceso de liquidación de los bienes sociales;

c) Se disponga la práctica de los inventarios y avalúos de todos los bienes que forman el patrimonio de la sociedad;

d) Que una vez hecho lo anterior, se fije fecha para la diligencia de inventarios y avalúos, previo el nombramiento de peritos;

e) Que en la oportunidad debida se citara a los demandados, para que, de acuerdo con la demandante, procedieran a la designación del liquidador, conforme a lo resuelto en la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, y

f) Que se le señalase al partidor designado un corto tiempo para la práctica de la partición.

2. Por auto de 12 de noviembre de 1956 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso, luego de admitir la anterior demanda, para imprimir a ella el trámite debido dispuso: declarar en estado de liquidación la mentada sociedad; emplazar a quienes se creyeren con derecho a intervenir en los inventarios y avalúos de los bienes sociales; citar personalmente a todos los demandados, y, finalmente, que surtidos los emplazamientos y realizadas las citaciones, se fijaría fecha y hora para la práctica respectiva.

Sin embargo, de los recursos de reposición y apelación que interpuso la parte demandada, esta decisión se mantuvo, tal cual se infiere de los autos proferidos por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial el 25 de noviembre de 1957 y el 27 de mayo del año siguiente.

3. Decididas que fueron algunas incidencias en torno a la fecha para realizar la diligencia de inventarios y avalúos, se procedió a practicar ésta el 17 de febrero de 1960, con el siguiente resultado:

a) El apoderado de la parte demandada, previa la formalidad del juramento, denunció los siguientes bienes como activo de la sociedad disuelta: "*Partida primera.* Siete (7) vacas mayores de cinco años, paridas, con terneros menores de un año. Marcadas con horqueta y bocado y herradas con el hierro denominado el Tres, que pastan en la fundación Macolla de Guafa, en los rodeos conocidos con los nombres de La Primavera y El Rubio. *Partida segunda.* Cuatro (4) novillos o mautes de uno y medio a dos y medio años, marcados como las anteriores con horqueta y bocado y herradas con el hierro del Tres y que pastan en la misma fundación y en los mismos rodeos. *Partida tercera.* Cinco (5) novillas de uno y medio a dos y medio años de edad, marcadas con horqueta y bocado y herradas con el hierro del Tres, que pastan en la misma sabana y en los mismos rodeos".

En esta diligencia explicó dicho denunciante que esos eran los únicos bienes de la sociedad Bernal-Rosas, pues que, añadió, "son los únicos existentes ya que factores como la violencia que azotó al Llano y los cuatreros que están operando en los tres últimos años, menguaron a tal punto dichos ganados".

Y como pasivo social denunció las siguientes dos partidas: una por $ 1.000.00 a favor de Antonio Bernal, por concepto de gastos para la diligencia de examen de bienes; y otra por $ 20.000, como honorarios profesionales de dicho abogado denunciante;

b) Por su parte, el apoderado de la demandante, expresando que se amparaba en el dictamen pericial rendido en el proceso ordinario por los peritos Alberto Plata y Carlos Esguerra, denunció como bienes integrantes del activo de la sociedad disuelta, los siguientes:

"Un mil trescientas (1.300) cabezas de ganado llanero del que se encuentra en la fundación denominada "Macolla de Guafa" que perteneció a

Jesús Bernal Estepa, hoy a sus herederos, las cuales cabezas están marcadas con los hierros denominados El Triángulo (△), la letra E (E), el número Tres (3)''.

En la diligencia este denunciante procedió a discriminar el ganado denunciado por él, así:

''Hembras de más de cuatro años	580
De tres años	78
De dos años	90
De un año	102
''Total de las hembras	850
''Machos de más de cuatro años	303
De cuatro años	47
De tres años	53
De dos años	60
De un año..	67
''Total de los machos..	530''

Y como pasivo de la sociedad disuelta denunció una partida de $ 25.000.00, por concepto de gastos de la diligencia de inspección de bienes, a favor de ''quienes presenten los comprobantes correspondientes'';

c) En relación con los ganados últimamente denunciados, el apoderado de algunos de los demandados expresó en esa diligencia que ellos no existen en realidad, pues que los descritos son de propiedad de las sucesiones de Jesús Bernal Estepa y Espíritu Santo Pinzón de Bernal; que los datos suministrados por su denunciante están tomados de un dictamen practicado en el juicio ordinario sobre disolución de la sociedad; que en la sentencia pronunciada en dicho proceso se dijo que del número de ganados que apreciaron los peritos debían deducirse las bajas y pérdidas que se acreditaran en su oportunidad; que de acuerdo con informaciones fidedignas, del hato de ''Macolla de Guafa'', durante los últimos diez años, se han hurtado algo más de tres mil reses, correspondientes a los hierros de El Triángulo, la E y el Tres; que en días anteriores se había practicado el examen de los bienes, diligencia a la cual el perito designado por la demandante solo asistió los dos primeros de los ocho días que ella duró; y que si éste no conoció todos los ganados, no estaba en condiciones de rendir dictamen, y

d) Finalmente, a petición de los peritos que en ella intervinieron, en la citada diligencia el Juzgado concedió a éstos término para que rindieran su experticio.

4. Oportunamente, los expertos designados procedieron a rendir separadamente sus dictámenes, así:

a) El perito Pablo E. Sabogal, designado por la demandante, avaluó los ganados denunciados por ésta en la suma de $ 593.350.00, y los denunciados por los demandados en $ 5.100.00;

b) El perito Alfonso Camargo Chaparro, designado por los demandados, procedió a avaluar solamente los semovientes denunciados por éstos, a los que dio el valor de $ 4.700.00, y

c) Ante la discrepancia de los principales, el Juzgado designó a Néstor Reina como perito tercero, quien, una vez posesionado, el 22 de junio de 1961 conceptuó que los bienes denunciados por la demandante tenían entonces un valor de $ 586.550.00, y los denunciados por los demandados $ 6.650.00.

5. Durante el término del traslado que se dio de tales inventarios y avalúos, los apoderados de los demandados, en escrito de 10 de julio de 1961, formularon objeciones a aquéllos y a los dictámenes de los peritos Sabogal y Reina, objeciones éstas que, una vez rituado el trámite incidental respectivo, mediante auto proferido por el Juzgado del conocimiento el 6 de diciembre del año siguiente, recibieron la siguiente resolución:

a) Declaró fundadas las objeciones formuladas a los inventarios;

b) Consideró igualmente fundadas, por error grave, las objeciones contra los avalúos de los peritos Pablo Sabogal y Néstor Reina;

c) Ordenó repetir la diligencia de inventarios y avalúos, ''con intervención de nuevos peritos distintos a los anteriores'', y

d) Dispuso que para la práctica de la nueva diligencia ordenada, se tuvieran ''en cuenta los presupuestos de esta providencia''.

Tal proveído, sin embargo, fue modificado por el Tribunal Superior respectivo, al que, al desatar la apelación interpuesta contra él por la demandante, en su auto de 21 de noviembre de 1963, resolvió, luego de modificar uno suyo anterior, infirmar las resoluciones b) y d) contenidas en el apelado, y confirmar las restantes ''con la salvedad de que los peritos que deben intervenir en la diligencia de inventarios y avalúos deben ser los mismos''.

6. En cumplimiento de lo así dispuesto, el Juzgado, mediante auto de 14 de febrero de 1964, señaló el 30 de marzo siguiente para realizar la nueva diligencia de inventarios y avalúos; y como para entonces el perito Camargo Chaparro

había renunciado, en esa misma providencia designó en su reemplazo a Gustavo Torres Porras, quien tomó posesión del cargo.

No pudo, sin embargo, practicarse la referida diligencia en tal fecha, ni en las muchas que posteriormente se señalaron con tal fin, porque en torno a la designación de Ernesto Espinosa Infante, que como perito hizo el Juzgado para reemplazar a Pablo Sabogal quien no asistió, surgió una demorada incidencia, la que terminó con la declaración de nulidad del nombramiento.

Por esta época, corría ya el mes de julio de 1967, a instancias del apoderado de los demandados el Juzgado había requerido a la demandante, fundado en lo que preceptuaban los artículos 559 y 571 del Código Judicial que regía a la sazón, para que reembolsara a aquéllos el valor pagado por concepto de gastos, con la prevención de que si tal no hacía no sería oída en el proceso. Requerimiento que, repetido una y otra vez, al no ser acatado produjo los efectos procesales advertidos.

7. Finalmente, luego de haberse practicado el examen de bienes, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, que entonces conocía del proceso por impedimento del Primero, llevó a cabo en su despacho, a las 9.00 a. m. del 26 de febrero de 1970, la tan mentada diligencia de inventarios y avalúos, con el siguiente resultado:

a) A ella concurrieron solamente el apoderado de la parte demandada y los peritos previamente designados, Luis Pérez Laverde y Gustavo Torres Porras;

b) Aquél denunció, como activo social, estas dos partidas: 1ª "...una vaca de tipo llanero, negra enserada, de una edad de catorce años, y que según el decir de los testigos que firman el acta de examen de bienes, murió", y 2ª "...una novilla de año y medio, de clase llanera".

Expresó dicho denunciante, bajo la gravedad del juramento, que "...por ahora no tiene más bienes que denunciar, del activo, y que denuncia como pasivo por gastos de transporte y atenciones al personal que asistió a la diligencia de examen de bienes, la suma de dos mil pesos moneda corriente ($ 2.000.00)", y

c) Los citados peritos atribuyeron a los dos semovientes denunciados como activo social el valor total de $ 1.400.00, que discriminaron así: $ 600 al indicado en la partida primera, y $ 800.00 al de la segunda.

8. Por auto de 2 de marzo de ese mismo año, el Juzgado dispuso correr traslado "a la Administración de Impuestos Nacionales y a las partes", por tres días, de la "anterior diligencia de inventarios y avalúos".

Oportunamente la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso objetó tales inventarios y avalúos; pero el Juzgado al estimar que la Nación no es parte en este proceso, mediante auto de 20 de abril de 1970 decidió "abstenerse de tramitar" tales objeciones, y en su lugar impartió aprobación a los inventarios y avalúos dichos.

III

La partición.

1. Demandada que fue ésta por el apoderado de los demandados, quien en el escrito respectivo solicitó la designación de partidor, por cuanto, dijo "las partes no están de acuerdo en hacerla ni en nombrar", a quien la haga, el Juzgado, por auto de 1º de junio de 1970, decretó la "partición de todos los bienes pertenecientes a la sociedad ganadera formada por Angélica Rosas de Moreno y don Jesús Bernal Estepa"; designó a Luis H. Avellaneda S. como partidor, a quien mandó entregar el expediente, y ordenó, además, que al efectuarse el trabajo partible debería "tenerse en cuenta lo dicho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo" en su sentencia de 19 de noviembre de 1952, proferida en el proceso ordinario que dio origen al presente.

2. Luego de posesionado de su cargo, el Juzgado asignó al partidor a petición de éste, la suma de $ 10.000.00 "como honorarios".

Así las cosas, en cumplimiento de su encargo el partidor, quien dicho sea de paso, había sido recusado por la demandante, sometió al Juzgado algunas dudas suyas, a fin de saber si en su trabajo debía tener como base el dictamen pericial rendido en el proceso ordinario de disolución, como lo decía la sentencia respectiva, o el concepto que sobre la materia había expresado la Corte Suprema en fallo suyo.

Desatando el incidente a que las citadas dudas dieron lugar, el Juzgado del conocimiento, por auto proferido el 15 de octubre de 1970, dispuso: "declarar que la partición dentro del presente juicio debe efectuarse sobre los bienes que en la actualidad se hallen inventariados, avaluados y aprobados legalmente, así como con observancia de las demás reglas que la ley ha establecido para estos casos".

3. Tomando apoyo en la anterior decisión, el partidor presentó, el 14 de enero del año siguien-

te, su trabajo, en el que, luego de dividir en dos partes el activo denunciado y avaluado, adjudicó a la demandante una hijuela de $ 700.00 y otra, por igual valor a los demandados. También adjudicó al secuestre, "y en contra de la socia Angélica Rosas", un crédito por $ 35.090.00, por gastos realizados en la diligencia de secuestro, y otro por $ 16.600.00 "a favor del doctor Jesús Bernal Pinzón" y en contra de esta adjudicataria, correspondiente a la mitad de otros gastos procesales hechos y que aquél había atendido.

4. En oportunidad legal la demandante, después de haber consignado la suma de $ 16.600.00 para reembolsar a su contraparte y con el fin de readquirir su derecho a ser oída en sus peticiones, formuló objeciones a la partición presentada, las que, en suma, hizo consistir en lo siguiente:

a) Que no se han practicado en legal forma los inventarios y avalúos de los bienes partibles, pues que a la diligencia que con ese fin se hizo el 26 de febrero de 1970 no se citó debidamente a la socia Rosas;

b) Que se infringió el artículo 2141 del Código Civil, "por cuanto no se corrió el tralado de los inventarios por tres días a las partes, para que dentro de los tres días siguientes, como lo dispone el C. J., pudieran objetarlos";

c) Que el abogado que asistió como único denunciante de bienes a la diligencia de inventarios, "no representa a todos los demandados, y mucho menos a todos los herederos del socio Bernal Estepa, pues entre ellos hay menores de edad", y que por esto, para demandar la partición, "ha debido pedirse la licencia prescrita por el artículo 1379 del C. C.";

d) Que el partidor, al realizar su trabajo, no tuvo en cuenta la denuncia de bienes que hizo la demandante, ni el contrato de sociedad, y menos lo dispuesto en la sentencia de 19 de noviembre de 1952, proferida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en el proceso ordinario que antecedió a éste de liquidación, y

e) Que en su trabajo el partidor no tuvo en consideración "los presupuestos consignados en la aludida sentencia", cuales son, dijo el objetante, las cláusulas del contrato de sociedad; el concepto de los peritos Alberto Plata y Carlos Esguerra, y la adjudicación a la demandante, por concepto de aporte y aumentos, "bien del ganado del que pasta y se reproduce en las sabanas 'Macolla de Guafa', o su valor equivalente en dinero".

5. Con oposición de los demandados y aducción de pruebas por ambas partes, a las objeciones formuladas se les imprimió el trámite incidental debido, el que, luego de rituado, fue decidido por el Juzgado *a quo* en sentencia de 26 de febrero de 1973, mediante la cual declaró "infundadas las objeciones hechas por el señor apoderado de la parte demandante, el trabajo de partición realizado por el doctor Luis Avellaneda Sáchica"; y, como consecuencia de tal declaración, resolvió aprobar "en todas sus partes", la referida cuenta partible.

6. Por virtud de la apelación interpuesta contra dicha providencia por la demandante, este proceso de liquidación de sociedad subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el que, después de rituar la correspondiente instancia, profirió su fallo de 30 de noviembre del mismo año, mediante el cual confirmó el apelado e impuso las costas procesales a la demandante, quien, entonces, interpuso el recurso de casación que hoy es materia de estudio por la Corte.

IV

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia.

1. Después de compendiar todo el desarrollo de este proceso de liquidación de sociedad, capítulo en el cual hace énfasis en las incidencias que en torno a la facción de inventarios y avalúos se suscitaron, el Tribunal inicia las consideraciones de su fallo transcribiendo, para estudiarlas separadamente, las cinco objeciones que la demandante formuló al trabajo de partición y adjudicación de bienes.

En esta tarea el *ad quem* tomando apoyo en alguna doctrina jurisprudencial que al efecto transcribe, asevera que las objeciones a una partición, para ser consideradas como tales, deben versar sobre cuestiones atinentes a la distribución y adjudicación de los bienes; y que, por lo tanto, no tienen ese carácter las impugnaciones que se hacen a la partición para alcanzar fines distintos al de que el trabajo partible se modifique.

2. Orientado por este cardinal razonamiento suyo, el juzgador de segundo grado, refiriéndose a la primera de las objeciones presentadas, dice que ella, dados los fundamentos en que viene edificada, "no es propiamente una objeción al trabajo de partición, sino más bien una queja contra alguna irregularidad que pudo haber cometido el *a quo* en el señalamiento de fecha para la diligencia de inventarios y avalúos", irregula-

ridad que, agrega, "debe considerarse saneada por no haberse hecho uso en tiempo de los recursos pertinentes".

Estima, pues, el Tribunal de Santa Rosa, y así lo expresa en su fallo, que como esta primera impugnación que se le hace al trabajo partible no recae sobre la distribución y adjudicación de los bienes sociales, sino que con ella se busca la nulidad de la diligencia de inventarios y avalúos, "no debe ser considerada como objeción a la partición"; y que como, de otra parte, dicha irregularidad no fue alegada oportunamente, es procedente su rechazo.

3. Concretando sus consideraciones a la segunda objeción, el sentenciador, después de transcribir el texto del artículo 2141 del Código Civil, expresa que si, como se infiere del proceso, de los inventarios y avalúos practicados en él se dio traslado a los interesados por auto que se notificó legalmente, "no entiende la Sala cómo se haya podido violar la disposición sustantiva citada".

En seguida agrega que, de otro lado, "esta es también una objeción a la diligencia de inventarios, mas no a la partición y distribución de los bienes", que "carece de verdad procesal y real y no es tampoco objeción de mérito a la partición".

4. En lo atinente a la tercera objeción, que se concreta en suma a la pretermisión de la licencia que ordena el artículo 1379 del C. C., el Tribunal, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, asevera que tal disposición es inaplicable en el presente caso, puesto que, explica, la partición fue aquí demandada por el apoderado de los demandados, quien, por no ser 'tutor', ni curador, ni administrador de bienes ajenos, podía demandar la partición sin necesidad de autorización judicial".

5. Para rechazar la cuarta objeción el *ad quem* tras observar que en el presente caso se hicieron el inventario y avalúo de bienes el 26 de febrero de 1970, y de aseverar que es mandato legal para el liquidador partir de esta base en la ejecución de su cuenta, afirma que éste sí consideró todos los bienes denunciados en dicha diligencia y que fue precisamente con apoyo en ella que realizó el trabajo.

Aludiendo a los fundamentos en que el impugnante apoyó esta objeción, el Tribunal, después de expresar que para alcanzar el fin propio del proceso de liquidación de una sociedad, que consiste, dice, en determinar su haber partible para distribuirlo entre los socios, se hace necesario previamente confeccionar el inventario y el avalúo de los bienes sociales, añade que "en cuanto a que no se tuvo en cuenta el contrato de sociedad en la partición, resulta ilógico porque precisamente el contrato de sociedad no dice nada en cuanto a la liquidación de la sociedad y los bienes inventariados y avaluados y partidos son los que resultaron como ciertos en la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el presente juicio".

Y que es también infundado el reparo que se hace sobre el aserto de que el partidor no tuvo en cuenta la sentencia de 29 de noviembre de 1952, proferida por ese mismo Tribunal en el proceso de disolución, porque, explica el sentenciador, si bien esa providencia ordenó tener en cuenta el dictamen de los peritos Plata y Esguerra, también lo es, concluye, que la Corte Suprema, aludiendo a esta disposición, en la parte motiva de su fallo de 31 de mayo de 1955 expresó que ella no tiene carácter de obligatoria para el partidor. Añade el sentenciador *ad quem*, como razón corroborativa de la conclusión a que en el punto llega, que tal dictamen no podía ser tenido en cuenta en este proceso porque "se produjo en el juicio ordinario de disolución y por tanto no fue debatido en forma legal en el presente, en donde necesariamente y al no haber acuerdo para efectuar la liquidación amigablemente debía llevarse a cabo un nuevo inventario y avalúo de los bienes que formaban el haber social, al cual era al que debía atenerse el liquidador para realizar su trabajo, como así se hizo".

6. Finalmente, refiriéndose a la quinta objeción formulada a la partición, dice el juzgador de segundo grado que a términos de lo resuelto en su sentencia de 19 de noviembre de 1952, era deber del partidor, al realizar la liquidación de los bienes de la sociedad disuelta, computar "los descargos que Bernal demostrara comprobados"; y que los testimonios rendidos por Santiago Torres, Timoleón Vacarés, Carlos Mariño, Pablo Antonio Barrera, Gabriel Jarro Rodríguez y Julio Díaz Beltrán acreditan, de una parte, que las bajas del ganado se debieron a las guerrillas y a la violencia que azotaron los Llanos de Casanare en el período comprendido entre los años de 1949 y 1953; y, de otra, que "las pocas cabezas que quedaron después de la pacificación fueron terminadas por los cuatreros debido a que se desató en los años siguientes".

V

Cuestión previa.

1. En su escrito de réplica plantea el opositor, primera y principalmente, el punto referente a

la admisión de este recurso extraordinario, pues en su sentir estuvo mal admitido y en consecuencia solicita que se declare improcedente.

En sustento de su pretensión asevera el peticionante que tomado por base el valor de los bienes inventariados que fueron materia de partición en este proceso, la resolución desfavorable que para la recurrente contiene la sentencia por ella impugnada, no alcanza el valor de cien mil pesos, que es el límite cuantitativo mínimo determinado por la ley positiva hoy vigente para la procedencia del recurso de casación.

2. Tomando apoyo en la doctrina de que, como lo ha sostenido reiteradamente esta corporación, el auto que admite el recurso de casación, por no tener fuerza vinculante, es susceptible de revisión aun después de ejecutoriado, entra ahora la Corte a reconsiderar tal cuestión, no porque estime ilegal ese proveído, sino en procura de fundamentos para el rechazo que habrá de dar a la petición deducida principalmente hoy por este litigante.

3. Ciertamente, interpretando el contenido y el alcance del artículo 366 del C. de P. C., ha dicho la Corte que el interés para recurrir en casación no se determina hoy por la cuantía de la demanda, sino por el valor del agravio, de la lesión o del perjuicio patrimonial que con las resoluciones de la sentencia sufra el recurrente.

La cuantía que el demandante indique en su demanda como valor de su pretensión, como que es el monto económico del derecho para el cual impetra la tutela judicial, no es, sin embargo, absolutamente indiferente en la determinación del interés para recurrir en casación, puesto que si, como aquí ocurrió, en el libero inicial del proceso la actora estimó "en más de doscientos mil pesos" el valor de los bienes sociales que debían partirse entre ella y su consocio demandado; y si de este valor solo se le reconoció en la sentencia algo menos de $ 1.000.00, resulta incontrovertible que tal resolución le es desfavorable en suma superior a $ 100.000.00; y que, por ende, el fallo respectivo es susceptible de casación por este aspecto.

Y como es el valor de los bienes sociales por partir lo que en este litigio constituye el punto cardinal de discrepancia, desde luego que para la demandante supera el medio millón de pesos y para el demandado apenas si llega a $ 1.400.00, no le era dado a la Corte, para estimar inadmisible el recurso extraordinario, considerar solamente este justiprecio con prescindencia absoluta de aquél.

4. Mas si las anteriores consideraciones de la Corte en el punto no fueren atendibles, para rechazar la pretensión ahora formulada por el opositor, sería bastante recordarle que, conforme a lo imperado por el artículo 372 *ibídem*, "no podrá declararse inadmisible el recurso de casación por razón de la cuantía".

5. De lo atrás expuesto, brota la conclusión de que el auto que admitió el recurso de casación, interpuesto en este proceso de liquidación de sociedad por la demandante, es legal; y que, por tanto, debe la Sala entrar a su estudio.

VI

La demanda de casación y Consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia atrás extractada interpuso casación la demandante. En la demanda respectiva le formula cuatro cargos: el primero, con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y los tres restantes dentro del ámbito de la primera.

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia, en primer lugar, el cargo que acusa errores *in procedendo* y luego, en el supuesto de la improsperidad de éste, pasará a considerar los que recaen sobre errores *in judicando*.

Cargo primero.

1. Mediante éste el censor, apoyado en la teoría del antiprocesalismo, acusa la sentencia por haberse incurrido en el proceso en nulidad constitucional. En consecuencia, solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad de la actuación a partir del auto de 1º de junio de 1970, mediante el cual se decretó la partición del acervo social.

2. En el inicio del desarrollo de esta censura asevera el acusador que la enumeración de las causales de nulidad que consagraba la Ley 105 de 1931 no era taxativa; que, dada la limitada e insuficiente enunciación que de ellas hacía el artículo 448 del Código Judicial, era jurídicamente indispensable aplicar, para declarar las no contempladas expresamente en dicho estatuto, las teorías del antiprocesalismo y de la nulidad de origen constitucional.

Orientado por este razonamiento afirma el recurrente que en el presente caso se violó el principio del "debido proceso", puesto que el juez *a quo*, al decretar mediante su auto de 1º de junio de 1970 la partición y al designar en él al partidor, pretermitió el procedimiento que al efecto establecían los artículos 955 y 956 de la ley de

enjuiciamiento civil vigente a la sazón, según los cuales procedía requerir previamente a los interesados para que designaran partidor, nombramiento que solo correspondía al juzgador cuando aquéllos no lo hacían unánimemente o lo hacían después de vencido el término que al respecto se les fijara.

Y luego de transcribir el texto de dichos dos preceptos legales, refiriéndose a ellos dice el impugnante que "era, pues, indiscutiblemente obligatorio para el juez dar el traslado de cinco días, a las partes, para que designaran el partidor, y carecía el juez de facultad procesal para designar partidor antes de que transcurrieran esos cinco días sin que las partes hubiesen hecho tal designación".

Se considera.

1. Es hoy verdad inconcusa que la ley procesal, entendida como la que regula la actividad jurisdiccional en el proceso y la que fija los derechos y las obligaciones que emanan de éste, si bien es en principio de aplicación inmediata, no tiene, sin embargo, carácter retroactivo. La necesidad de darle estabilidad al orden jurídico reclama la irretroactividad de la ley procesal.

Ocurre, empero, que como el proceso se integra por una serie concatenada o sucesión de actos que es preciso realizar por las partes y por el juez para que llegue a su fin, cuando existe un cambio de legislación procesal la aplicación de las nuevas disposiciones suscita evidente dificultad. Tal ocurrencia ha llevado a la doctrina a estudiar el problema, para darle claridad, partiendo del supuesto necesario de distinguir entre los hechos consumados, los pendientes y los futuros.

Tratándose de procesos terminados, tramitados bajo el imperio de la legislación anterior, sus efectos son intangibles; en el caso de procesos no iniciados o futuros, se regulan por la nueva ley, aun cuando el litigio se refiera a hechos acaecidos antes de su vigencia; y, finalmente, cuando se trata de procesos pendientes o en curso al advenimiento de la nueva normación positiva, son intangibles los actos procesales ya surtidos y sus efectos, pero los preceptos nuevos vendrán a regular, en principio, los actos futuros. Como la nueva ley no se aplica a los hechos procesales realizados antes de que ella entre en vigor, los efectos que a ellos atribuye la norma jurídica entonces imperante continúan subsistiendo, y por ende su eficacia no puede desconocerse so pretexto del cambio de legislación.

2. Quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional y del antiprocesalismo surgieron entre los jueces, pero siempre siguiendo el criterio taxativo o de la especificidad, el legislador de 1970, mediante el numeral 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil que rige en el país desde el 1º de julio de 1971, consagró, como causal nueva de nulidad para todos los procesos, el hecho de seguir "un procedimiento distinto del que legalmente corresponda".

La nulidad por trámite inadecuado, pues, lo mismo que la atinente a la pretermisión de los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión, aparecen como causales específicas en la legislación procesal nueva. Acontece, empero, que en respeto al principio de la irretroactividad a que atrás se hizo alusión, tales nulidades deben considerarse improcedentes cuando se alegan en relación con actos procesales surtidos antes del 1º de julio de 1971, porque la legislación entonces vigente no establecía esas circunstancias como motivos específicos de nulidad.

Y en el supuesto de que la pretermisión del procedimiento debido para la realización de un acto procesal, quedara incluida dentro de alguna de las tres causales generales de nulidad que consagraba el estatuto de 1931, la alegación de tal irregularidad como nulidad procede hacerla hoy, no con estribo en motivos que vinieron a tener esa entidad por preceptos legales dictados posteriormente a su ocurrencia, sino con apoyo en una de dichas tres causales; vale decir, "incompetencia de jurisdicción", ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o falta de citación o emplazamiento en legal forma de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

3. Si bien es cierto que hoy, por virtud de los claros preceptos legales dictados en el punto, aparece más relievante dentro de la teoría de las nulidades procesales el principio básico de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca; no lo es menos que tal criterio también inspiró la legislación anterior, y así lo entendió y predicó la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte en muchas sentencias.

En efecto, en fallo de 26 de agosto de 1959 dijo la corporación: "...nuestro Código de Procedimiento Civil (aludía al de 1931), siguiendo el principio que informa el sistema francés, establece que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley. Las causales de nulidad, pues, son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. Es po-

sible que en el juicio se presenten situaciones que originan desviación más o menos importante de normas que regulen las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador" (G. J., XCI, 449 y ss.).

Y en esa misma providencia agregó la Sala de Casación Civil que si bien en la tramitación de un proceso puede incurrirse en varias irregularidades, los medios para su corrección son distintos según la naturaleza y gravedad de la irregularidad, que el remedio de la nulidad lo reserva la ley para los casos en que, por omitirse "un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa", revisten mayor trascendencia; y que las demás irregularidades pueden corregirse mediante las excepciones previas, los impedimentos procesales, los recursos, etc., llegando hasta su saneamiento con la ejecutoria de la providencia correspondiente.

4. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es la de que el cargo de nulidad formulado contra la sentencia, con apoyo en la causal quinta de casación, es improcedente; y que por ello se impone su rechazo.

Censuras fundadas en la causal primera.

De los cargos que con apoyo en esta causal de casación se formulan contra la sentencia de segunda instancia se despacha el tercero, que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Cargo tercero.

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, fundamentalmente del artículo 332 del actual Código de Procedimiento Civil; y de los textos 1392, 1394, 1395, 2117 y 2141 del Código Civil.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, después de transcribir la parte resolutiva del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 19 de noviembre de 1952, dentro del proceso que para el reconocimiento de la existencia de una sociedad de hecho y su disolución se siguió entre las mismas partes del presente juicio de liquidación, y de notar que, sin embargo, de haber sido recurrido extraordinariamente dicho fallo no fue casado, expresa que esa sentencia "es la base indiscutible e inmodificable para la liquidación de la sociedad".

Agrega el impugnante que en la referida sentencia se "reconoció a la demandante su derecho en los ganados entregados por ella al socio Bernal, en sus aumentos por crías que la naturaleza habitualmente produce y que los peritos, cuyo dictamen adoptó y aprobó el Tribunal en la misma sentencia, dejaron establecidos, o a recibir en dinero el equivalente a ese ganado inicial más esas crías o aumentos, salvo en cuanto el socio Bernal probara bajas u otros descargos"; y que ese derecho sustancial allá reconocido, "configurado por una cosa juzgada, no podía ser desconocido en el proceso de liquidación", sin embargo, de lo cual le fue vulnerado en el fallo que ahora impugna.

Y después de hacer énfasis en que jurídica y procesalmente es indiscutible que para liquidar la sociedad debe obedecerse estrictamente lo dispuesto en la sentencia proferida en el proceso de disolución, avanzando en el desarrollo de la censura dice el acusador que el Tribunal, al aprobar la partición y rechazar las objeciones formuladas a ella, en cuanto se tuvo en cuenta como activo social solamente dos reses en cambio del número de cabezas de ganado determinado por el dictamen de los peritos en el proceso de disolución, "no solamente patrocinó una monstruosa maniobra para burlar escandalosamente los derechos de la socia Angélica Rosas, sino que desconoció la cosa juzgada contenida en la sentencia de 19 de noviembre de 1952".

3. Pasa luego el impugnador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

En esta tarea, afirma primeramente que el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, vigente ya cuando en este proceso se dictó la sentencia aprobatoria del trabajo de partición y por ende aplicable, "crea el derecho sustancial a que el bien de la vida (derecho a lo que sea), reconocido en la sentencia sea respetado y satisfecho, sin que pueda volverse a decidir sobre el punto (ni siquiera en el mismo sentido) y mucho menos se pueda desconocer o modificar siquiera (la definitividad e inmutabilidad de la cosa juzgada)".

Estima, además, el censor que el *ad quem*, al aprobar la partición que se hizo de los bienes denunciados únicamente por los herederos del socio Bernal, con absoluta prescindencia de las ordenaciones contenidas en sentencia anterior ya ejecutoriada, desconoció los derechos sustanciales que los artículos 1392, 1394, 1395, 2117 y 2141 del Código Civil consagran a la socia Angélica

Rosas en el verdadero patrimonio de la sociedad, que debía determinarse conforme a la sentencia ejecutoriada, "es decir, que si no aparecían físicamente los ganados que debían existir por leyes naturales, como productos del aporte inicial, se debía tener como haber social el fijado por los peritos en ese primer proceso o su valor en dinero".

Se considera.

1. El proceso, que es la unión concatenada de los actos realizados por las partes y por el juez mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos, dada su finalidad específica no puede perpetuarse en el tiempo: poderosos motivos de interés general reclaman que su duración sea temporaria por esencia.

Y como lo tiene dicho la doctrina, ordinaria y normalmente el proceso termina con la sentencia, que es la manifestación mediante la cual el juez, aplicando al caso litigado la voluntad abstracta contenida en la ley, juzga y resuelve el conflicto que para su composición se le ha sometido a su jurisdicción.

Mas, *para mantener el orden jurídico y garantizar los derechos ciudadanos, es incuestionablemente necesario que la sentencia firme, proferida en procesos contenciosos, sea inmutable. Sin esta especial calidad del fallo jamás tendrían certeza las relaciones jurídicas definidas judicialmente, puesto que si la sentencia dictada en un proceso de dicha estirpe se pudiera revisar en otro posterior, la de éste en otro y así sucesivamente hasta el infinito, reinaría la incertidumbre en las pretensiones de los litigantes con desmedro del orden público y de la paz social. Es, pues, una necesidad política que los procesos se decidan definitivamente y que se cierre, en determinado momento, la discusión sobre un conflicto de intereses que previamente ha sido decidido.*

2. Respondiendo a esa necesidad, los legisladores han consagrado el principio de la cosa juzgada, como el fin natural del proceso, puesto que emerge como consecuencia lógica del carácter definitivo que corresponde esencialmente a la función jurisdiccional.

Fundada en la presunción de verdad legal que ampara el fallo definitivo, la cosa juzgada se presenta en el panorama de las instituciones jurídicas como la calidad especial de inmutables y definitivas de ciertas sentencias, cuando no existen medios legales de impugnación que permitan modificarlas, en cuanto por ellas el Estado ha manifestado su voluntad contenida en el precepto legal que aplica al caso concreto.

Y así la cosa juzgada adviene a cumplir dos funciones igualmente importantes: una negativa, que se traduce en la prohibición que se da a los jueces de resolver sobre el fondo de conflictos ya decididos en sentencia firme, evitando de paso que sobre la misma cuestión haya fallos contrarios al primero; y otra positiva, que los constriñe al reconocimiento del principio de la res judicata pro veritate habetur.

3. La legislación colombiana siempre ha consagrado el principio de la cosa juzgada pero no en forma absoluta. Tanto en la codificación procesal, hoy vigente, como en la Ley 105 de 1931 ese principio se excepciona en el caso del recurso extraordinario de revisión, puesto que siempre se ha considerado que la inmutabilidad de los fallos ejecutoriados tiene que ceder en ciertas circunstancias a una necesidad superior, cual es la de no tolerar una sentencia ganada injustamente.

Pero si bien ello es verdad, no lo es menos que la sentencia "ejecutoriada proferida en proceso contencioso", mientras no se modifique al través del recurso de revisión es no solamente obligatoria y coercible, sino inmutable y definitiva; y, por tanto los derechos que de ella emanan para las partes deben respetarse. Así lo estatuye hoy el artículo 332 del C. de P. C., como también lo establecía el 473 del Código Judicial derogado.

Consecuente con la consagración positiva del fenómeno de la cosa juzgada y para alcanzar su eficacia propia, el Código de Procedimiento Civil no solo autoriza al demandado para proponer la exceptio rei judicata *(artículo 97), sino que, además, eleva a la categoría de nulidad general el hecho de proceder contra providencia ejecutoriada para revivir "procesos legalmente concluidos" (artículo 152,3).*

4. La sentencia de 19 de noviembre de 1952, proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Santa Rosa de Viterbo en el proceso de disolución de sociedad seguido por Angélica Rosas contra Jesús Bernal Estepa, después de reconocer la compañía existente entre éstos y de ordenar la liquidación y partición del haber social, en el numeral 3º de su parte resolutiva dispuso que "al proceder a la liquidación ordenada, se tenga en cuenta el concepto de los peritos que actuaron en la segunda instancia y que de común acuerdo rindieron su dictamen, o sean los señores Alberto Plata y Carlos Esguerra, teniéndose en cuenta, naturalmente, lo que de acuerdo con el contrato debe corresponderle al socio Bernal, y las bajas que, según pruebas, haya sufrido el ganado materia de la sociedad".

Esta disposición de la sentencia referida, ni otra de las demás que ella contiene, fue infirma-

da por la Corte, desde luego que la corporación, el decidir en su fallo de 31 de mayo de 1955 el recurso de casación interpuesto contra aquélla por el demandado, decidió NO CASAR la sentencia recurrida extraordinariamente. En tales condiciones resulta jurídico y procesalmente indiscutible que la liquidación de la sociedad Bernal-Rosas, tiene que hacerse tomando como una de sus bases, lo dispuesto en la sentencia de 19 de noviembre de 1952, pues que en razón a su carácter inmutable son inmodificables los derechos que en ella se reconocieron a los contendientes, salvo la renuncia que éstos hagan de ellos.

No lo hizo así, sin embargo, el partidor, desde luego que en su trabajo de partición, guiado por el errado criterio que el juzgador de la primera instancia expuso al decidir las dudas que aquél le sometió, únicamente distribuyó entre los socios como activo social las dos reses que por valor de $ 1.400.00 denunciaron los demandados. Resulta así que el Tribunal, al rechazar en su sentencia de 30 de noviembre de 1973 las objeciones 4ª y 5ª que la demandante formuló al trabajo partible, con el objeto de que se tuviera en cuenta lo dispuesto en fallo anterior en punto al número de cabezas de ganado o su precio, y al aprobar, en cambio, dicho trabajo, quebrantó, por inaplicación, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, norma ésta de claro sabor sustancial, pues crea para la demandante el derecho a que el bien reconocido en la sentencia firme le sea respetado y satisfecho, sin que pueda volverse a decidir sobre el aspecto o aspectos que ella decide.

5. En su escrito de réplica dice el opositor al recurso que como la Corte, en la motivación de su fallo de 31 de mayo de 1955 expresó, refiriéndose a la pertinente disposición de la sentencia entonces recurrida en casación, que ella "en nada puede obligar al liquidador" porque no tiene carácter de obligación para éste, es preciso entender así el fallo de noviembre de 1952; y que, de consiguiente, quedando el partidor en libertad no se configura en este caso el irrespeto al principio de la cosa juzgada.

A lo cual observa ahora la Corte:

Por cuanto, como aquí ya se ha dicho, con el proceso se busca la certeza jurídica, la sentencia, que es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe ser clara, precisa y lógica en sus disposiciones. Determinando su contenido, preceptúa el artículo 304 del C. de P. C., que la parte resolutiva de la sentencia "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda resolver sobre ellas y sobre costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados".

Pero como el pronunciamiento de la sentencia en sí mismo constituye un juicio humano, una operación de carácter crítico indispensable para concretar la voluntad abstracta de la ley, la labor del fallador se desenvuelve entonces a través de un proceso intelectual en el cual es posible que llegue a conclusiones o disposiciones oscuras, ambiguas o dudosas.

En procura de alcanzar la claridad deseada, cuando la sentencia no la tenga, se puede y se debe acudir a su interpretación para conocer el verdadero alcance y sentido de sus resoluciones. Así como para interpretar la demanda oscura es indispensable su estudio conjunto y racional, el mismo criterio debe seguirse para interpretar la sentencia cuando en ésta no brilla la claridad, supuesto en el cual debe considerarse tanto la parte dispositiva del fallo como las motivaciones en que éste se apoya.

Pero si la parte resolutiva de la sentencia viene configurada con diamantina claridad, a tal punto que la sola lectura de ella impida abrigar duda alguna, entonces la labor interpretativa del fallo no solo no es menester sino que conduce correr el riesgo de que, so pretexto de una interpretación innecesaria, se desconozcan los derechos que en ella se reconocen a los litigantes, lo cual es inadmisible porque afecta el valor de la cosa juzgada.

6. En el caso que aquí se estudia la sentencia de 19 de noviembre de 1952, proferida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en el proceso de disolución de sociedad, es perfectamente clara en todas sus disposiciones y por tanto inocuo resulta tratar de interpretarla. Díjose particularmente en su resolución tercera que al liquidar la sociedad de hecho existente entre Angélica Rosas y Bernal Estepa se debían tener en cuenta, de un lado, "el concepto de los peritos que actuaron en la segunda instancia y que de común acuerdo rindieron su dictamen, o sean los señores Alberto Plata y Carlos Esguerra"; y de otro, "las bajas que, según pruebas, haya sufrido naturalmente el ganado de la sociedad".

Y como es procesalmente evidente, según lo atrás narrado, que dicho fallo no fue quebrado por la Corte, pues que expresamente decidió que "NO CASA la sentencia...", sin embargo, de que en sus motivaciones hizo alguna aclaración, que en todo caso no trascendió a lo resuelto por ella, fuerza es aceptar que la citada sentencia de noviembre de 1952 fue la que demarcó las pautas a seguir en el proceso de liquidación de la socie-

dad; el que, de otro lado, no es otra cosa que la ejecución de una sentencia firme.

7. Viene de todo lo dicho la conclusión de que el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, al proferir su sentencia de 30 de noviembre de 1973 en el presente proceso de liquidación de los bienes sociales, infringió las normas sustanciales que el cargo señala, y que, por tanto, se impone casar dicho fallo.

VII

Decisión sustitutiva.

1. De lo expuesto al despachar el cargo que prosperó, resulta que las objeciones cuarta y quinta, formuladas por la demandante a la partición, fundadas ambas en que el partidor no tuvo en cuenta al realizar su trabajo lo dispuesto al efecto por la sentencia de 19 de noviembre de 1952, son fundadas; pues ciertamente aquél, guiado por el errado criterio que en el punto le dio el Juzgado al decidirle las dudas que le sometió, prescindió absolutamente de los ganados inventariados y avaluados en el proceso ordinario de disolución social que antecedió a éste de liquidación, y que, en cambio, solamente distribuyó como activo de la sociedad las dos reses que denunciaron los demandados. Por esta razón, pues, se impone rehacer la partición y así habrá de ordenarse.

2. Las demás objeciones formuladas a la partición, que como con acierto lo dice el *a quo* tienden no a la redistribución de bienes sino a declarar nulidades que en caso de existir se hallarían hoy saneadas, no pueden prosperar.

No es cierto, como se infiere de la relación de actos procesales que atrás se hizo, que no se hubiera citado a las partes a la diligencia de inventarios y avalúos; ni menos que de los practicados no se hubiese corrido traslado; ni tampoco que en este caso, para demandar la partición, se requería licencia judicial previa, puesto que quien la demandó es persona capaz legalmente y por tanto, con libre disposición de sus bienes.

VIII

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida en este proceso de liquidación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. REVÓCASE la sentencia de veintiséis (26) de febrero de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso.

Segundo. DECLÁRANSE INFUNDADAS las objeciones primera, segunda y tercera que la demandante formuló a la partición que de los bienes sociales hizo el partidor Luis Avellaneda Sáchica.

Tercero. DECLÁRANSE FUNDADAS las objeciones cuarta y quinta que la misma parte formuló a dicho trabajo.

En consecuencia, ordénase el citado partidor que, dentro del término de sesenta días contados a partir de la comunicación que al efecto le haga el Juzgado *a quo*, rehaga la partición teniendo en cuenta, como lo dispuso la sentencia de 19 de noviembre de 1952, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso de disolución de sociedad seguido, entre las mismas partes del presente, "el concepto de los peritos que actuaron en la segunda instancia (de dicho proceso) y que de común acuerdo rindieron su dictamen, o sean los señores Alberto Plata y Carlos Esguerra", y, además, "lo que de acuerdo con el contrato debe corresponderle al socio Bernal (hoy a sus herederos) y las bajas que, según pruebas, haya sufrido el ganado materia de la sociedad".

Cuarto. CONDÉNASE a los demandados en el pago a favor de la actora de las costas causadas en la primera y en la segunda instancia de este incidente de objeciones, y

Quinto. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

CESION DE CREDITO CON RESERVAS DE INTERESES

Intereses: obligación accesoria.—El deudor ante cedente y cesionario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de febrero de mil novecientcs setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

En el proceso ordinario promovido por Carlos Gómez Gálvez contra Luis Eduardo González, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira desató la segunda instancia mediante el fallo de fecha 23 de enero del año en curso, contra el cual recurrió en casación la parte demandante.

Antecedentes.

1. Gómez Gálvez vendió a González, mediante escritura número 7111 otorgada el 27 de septiembre de 1968 en la Notaría Sexta de Bogotá, derechos proindiviso equivalente al 45% en dos fincas rurales contiguas denominadas "Vegagrande" y "Terranova", ubicada en jurisdicción de Victoria, Departamento de Caldas, por un precio total de $ 2.200.000.00. Como González ya era dueño de derechos proindiviso del 55% en las mencionadas fincas, por haberlos comprado antes al mismo Gómez Gálvez, mediante escritura número 7097 otorgada la víspera en la misma Notaría, vino a quedar como único dueño de aquéllas (C. número 1, folio 39).

2. El comprador pagó de contado la cantidad de $ 479.683.72 al suscribirse la escritura y se obligó a cancelar el saldo en la siguiente forma: $ 860.168.14, el 14 de julio de 1971 e igual suma un año después, con intereses "del 12% anual y su pago se hará en la Dorada, por trimestres vencidos". Para garantizar el pago del saldo del precio aludido, González constituyó hipoteca a favor de Gómez Gálvez sobre las dos fincas mencionadas.

3. Mediante documento suscrito en esta ciudad el 4 de agosto de 1970, Gómez Gálvez cedió a favor de Angela Restrepo Barco de Sánchez la totalidad del crédito hipotecario a cargo de González, quien en nota suscrita al día siguiente, aceptó la cesión y reconoció como su nueva acreedora a la cesionaria. En el aludido documento se estipuló lo siguiente: "Los intereses del crédito total que son del doce por ciento anual, se los reserva el cedente...".

4. Según la cláusula 5ª de la escritura mencionada, "si el comprador González González demorare el pago de los intereses o cualquiera de las cuotas del capital por más de dos meses, el plazo total quedará vencido y los acreedores pueden proceder al cobro de la totalidad de las deudas. En caso de mora los intereses serán el 1½% mensual".

5. Gómez Gálvez demandó a González para que éste fuese condenado a pagarle la cantidad de $ 209.020.76, afirmando, en síntesis, además de lo anteriormente expuesto, que éste había pagado los intereses "sobre $ 1.720.333.28 hasta el día 3 de marzo de 1971. A partir de ese momento incurrió en mora, razón por la cual habrá de liquidarse los intereses al 1½% mensual hasta el vencimiento del plazo acordado".

6. Opúsose el demandado a la súplica impetrada por Gómez Gálvez, afirmando no deberle nada por concepto de los intereses referidos, en vista de que había pagado anticipadamente y con el beneplácito de la acreedora la totalidad de la deuda originalmente contraída a favor del demandante, el día 27 de septiembre de 1971 y que, como consecuencia, mediante escritura número 7111 otorgada el 10 de noviembre del mismo año en la Notaría Sexta de Bogotá, se había cancelado la hipoteca que garantizaba el crédito en cuestión.

7. En la contestación de la demanda manifestó textualmente que "si la obligación principal (hipoteca) se extinguió por el pago, la consecuencia es que la obligación accesoria (intereses) se extinga igualmente. Lo contrario sería un

enriquecimiento sin causa, no previsto en la ley, y que la misma combate. Mi mandante, mediante carta de 26 de octubre de 1971, comunicó al señor Carlos Gómez que había cancelado la hipoteca a la cesionaria". Por lo demás, aceptó como ciertos los hechos restantes de la demanda, y presentó como prueba de haber pagado los intereses del crédito al cedente del mismo, o sea a Gómez Gálvez, desde el 27 de diciembre de 1970 hasta el 27 de septiembre de 1971, tres recibos suscritos por éste (C. número 1, folios 23, 25 y 27). Por auto del 26 de junio de 1973 (C. número 3, folio 1), el Juzgado dispuso tener como elementos de convicción los aludidos recibos, sin que el demandante los hubiese tachado de falsos, por lo cual adquirieron el carácter de documentos auténticos (artículo 252 del C. de P. C.).

8. Concluyó la primera instancia con sentencia del 17 de octubre de 1973, mediante la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, condenó a González a pagar al demandante "la cantidad de $ 73.687.73 por concepto de los intereses que quedó a deberle del crédito hipotecario de que habla la escritura número 7111... pago que debe hacer tres días después de que este fallo quede en firme", y le impuso el pago del 50% de las costas del proceso.

9. Por apelación que interpusieron ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el cual, mediante la sentencia que es objeto del recurso de casación que ahora se resuelve, revocó la apelada y en su lugar absolvió al demandado de los cargos que le habían sido formulados y condenó a Gómez en las costas de ambas instancias.

La sentencia impugnada.

Resume en primer término los hechos que dieron lugar a la litis y la actuación procesal; trae a cuento algunas de las normas que gobiernan el pago, como modo de extinguir las obligaciones; y expresa "que la acreedora que recibió el pago hecho por el demandado en forma anticipada, no sufrió perjuicio de ninguna laya. Supuestamente hubo de soportarlo un tercero, que en el *sub júdice* es el demandante... Comoquiera que el demandado contó con la aquiescencia de la acreedora para el pago, y lo hizo con la antelación al vencimiento del plazo, incluyendo capital e intereses causados... el acto así consumado adquiere la categoría necesaria para erigirse en modo extintivo de obligaciones. Otra cosa es que la acreedora no haya tenido en cuenta la situación jurídica de su cedente, originada en la negociación del crédito y la inusitada cláusula de la reserva de los intereses". Dice el sentenciador que "no tenía el cedente poder o facultad para impedir el pago anticipado de la deuda porque quien lo recibía sin su consentimiento era la única acreedora y poseedora del título correspondiente. De resultar lesionado tendría vías procesales para el resarcimiento pertinente, mas no contra el acucioso deudor. No se diga que la notificación de la cesión de crédito compromete al deudor con el cedente, pues de todos es sabido que el fin único de tal notificación es vincular al deudor con el cesionario para efectos de la validez del pago. Por eso el Código enseña que la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros si no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (artículo 1960). Ello en virtud de que el deudor no es parte en el contrato de cesión, el que no puede impugnar ni ocasionarle perjuicios".

Dice también que el demandado pagó bien, "porque canceló la totalidad de la deuda a términos del inciso segundo del artículo 1649 del Código Civil, y porque la antelación con que lo hizo fue consentida por la acreedora. Ya vimos que el interés del deudor en extinguir su deuda y de obtener su liberación no requiere demostración".

Luego de criticar la índole de la negociación que celebraron las partes en el primitivo contrato, en cuanto a la reserva de los intereses por parte del acreedor, dice que un principio de equidad natural estuvo ausente en ella y que resulta inexplicable el giro "dado por el demandante al contrato de cesión, al menos por el aspecto de la lógica contractual. Pero lo que importa de todo lo dicho —expresa— es destacar que con el pago efectuado por el demandado a la señora Restrepo Barco, quedó extinguida la deuda como obligación principal, e inexorablemente las obligaciones accesorias que de ella dependían, como consecuencia de la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (artículos 1649 y 2357 del C. C.). En estas circunstancias el demandado quedó liberado de toda aplicación dependiente de la contraída como principal de la compraventa celebrada con el demandante...".

Agrega luego que la cesionaria podía recibir anticipadamente el pago de la obligación, "porque era la única titular del crédito frente al deudor, y éste podía anticipar el pago porque la renuncia del plazo no lesionaba a su acreedora, y ambos de consuno, podían renunciarlo al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del C. C.". Insiste más adelante que en el contrato de cesión el deudor no es parte y que por tanto según el artículo 1743 *ibídem,* cualquier nulidad de que

dicho contrato pueda adolecer, "solamente puede ser alegada por aquellos en cuyo favor ha sido establecida, o por sus herederos o cesionarios".

Arguye también el sentenciador, que jurídicamente es imposible "identificar un crédito personal o real con el derecho de usufructo que define el Código en su artículo 823 y siguientes... en forma alguna puede sostenerse que el demandante sea titular de un derecho real por sentirse dueño de los intereses anexos al crédito por él cedido. En cambio, el usufructuario sí tiene un derecho real sobre la cosa, que necesariamente debe ser corporal, mueble o inmueble, según el caso". De donde concluye, que "en estricto derecho, las relaciones jurídicas se dan respecto de las personas, no de las cosas en sí mismas consideradas".

Agrega, por último, que todos los hechos relatados tienen pleno respaldo probatorio en los autos y remata su argumentación así:

"Recapitulando se tiene: a) El pago verificado por el demandado... es consiguientemente extintivo y liberatorio, precisamente porque se hizo de buena fe y al acreedor; b) El deudor no estaba obligado a probar su interés en la cancelación de la deuda, en razón de que dicho interés se presume; c) En el contrato de cesión no es parte el deudor porque se celebra entre cedente y cesionario; d) La notificación de la cesión tiende a proteger al deudor y a los terceros, porque sin ella se desconocería al legítimo acreedor; e) De consuno o independientemente, el deudor y la cesionaria podían renunciar al plazo, ya que tal acto no lo prohibe la ley; f) El deudor podía pagar antes del vencimiento del plazo y la acreedora recibir el pago... sin sujeción a la voluntad del cedente, porque éste no podía condicionarlo unilateralmente; g) La cesión no puede hacer más gravosa la situación del deudor, porque en ella no interviene el obligado; h) El supuesto derecho del demandante difiere sustancialmente del derecho real de usufructo porque los créditos son derechos personales, e i) El deudor no puede impugnar el contrato de cesión porque no es parte en dicho contrato. Se infiere de los precedentes planteamientos que las pretensiones del actor deben desestimarse en esta instancia por falta de supuesto de hecho que consagran el efecto jurídico perseguido (artículo 177 C. P. C.). Aprecia el Tribunal que así quedan mejor servidos la justicia, el derecho y la equidad".

El recurso de casación.

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro del campo de la causal primera, así:

Primero. Violación producida de manera directa por *indebida aplicación* de los siguientes preceptos legales:

a) Artículos 1625, num. 1º, 1626, 1627 y 1649, inciso 2º del C. C., "porque se le dio al pago que del crédito por el capital hizo el deudor González G., a la cesionaria... alcances cancelatorios y extintivos del derecho que pertenecía a Carlos Gómez Gálvez en relación con los intereses del capital pagado, no obstante estar insatisfechos";

b) Del artículo 1634 del C. C., "porque no obstante haber admitido el mismo Tribunal que Carlos Gómez Gálvez se reservó los intereses al ceder el crédito principal, inconsecuentemente consideró que la cesionaria sucedió también en ellos al cedente, y por eso tuvo a dicha cesionaria como acreedora única del deudor, y como totalmente extintivo, tanto de la obligación por capital como de la por intereses el pago anticipado hecho por el deudor a la cesionaria";

c) El artículo 1554, inciso 1º del mismo Código, "porque el plazo concedido en la escritura... al deudor para pagar, favorecía al acreedor Carlos Gómez Gálvez, entonces el deudor no podía renunciar a él, con efectos adversos al mismo Gómez Gálvez, sin mediar el previo consentimiento de éste. No obstante ello, el Tribunal aplicó la disposición mencionada prescindiendo en absoluto de la persona del acreedor Gómez Gálvez".

d) El artículo 15 *ibídem*, porque en el caso *sub júdice* "la renuncia que al plazo hizo el deudor, cuando le pagó el crédito principal a la cesionaria, versaba sobre un derecho que no miraba a su exclusivo interés, sino también al del titular del derecho a los intereses...";

e) Los artículos 33 de la Ley 57 de 1887 (que subrogó el 1959 del C. C.), 1960, 1961, 1962, 1963 y 1964 del mismo estatuto, "porque el derecho a intereses reclamado por el actor... quedó excluido de la cesión que del crédito principal hizo aquél a la señora Restrepo... y no es otro distinto que el constituido originariamente mediante la escritura de venta... Siendo ello así... las pretensiones del actor no tenían por qué ser examinadas y decididas a la luz de los preceptos reguladores de la cesión de créditos...".

Se acusa también en este cargo el quebranto ocurrido, igualmente, de manera directa, por *falta de aplicación* de los textos legales que en seguida se indican:

a) El artículo 718, en relación con el 716 del C. C., porque según el Tribunal, "los frutos civiles de un crédito pertenecen inexorablemente al titular de éste, sin que puedan pertenecer a persona distinta, con olvido total de que los ar-

tículos mencionados claramente admiten que por disposición de la ley 'o por un hecho del hombre', los frutos civiles pueden causarse a favor de quien no es titular del bien que los produce, y desde luego ser percibidos por él'';

b) Los artículos 6º, inciso 2º, 16 y 1602 *ibídem* ''en los cuales está estructurado el principio de la libertad contractual'', porque el sentenciador al aceptar que la cláusula de reserva de los intereses válidamente pactada, hubiera producido los efectos queridos por las partes, despojó a Gómez ''de un derecho que legítimamente le pertenecía'';

c) Los artículos 666, 1494, 1495 y 1602 del C. C., ''en cuanto en ellos está configurado el principio básico de que los actos jurídicos solo producen efectos entre quienes lo celebran y no aprovechan ni perjudican a terceros, al haber estimado el Tribunal que el pago anticipado que hizo el deudor a la cesionaria podía producir efectos contra un tercero como lo era Gómez Gálvez'';

d) Los artículos 1602 y 1603 del C. C., porque el sentenciador, si no los hubiera preterido, ''habría tenido que admitir, que González debía a Gómez los intereses pactados en la escritura de venta'';

e) Los artículos 1554, inciso 2º y 2229 del mismo Código, aplicables por analogía a la compraventa, según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que también fue inaplicado, porque el Tribunal no tuvo en cuenta ''la doctrina subyacente'' en aquéllos si se pacta un término para pagar el saldo del precio con intereses, ''de que cuando el plazo sea benéfico para el acreedor no puede prescindirse de él sin su consentimiento'';

f) Y los artículos 751, 1553, inciso 1º, 1928 y 1929 del C. C., ''porque si el vendedor Gómez Gálvez es titular del derecho a los intereses pactados... y no hay plazo pendiente para el pago de ellos, puede legítimamente exigir que se le paguen... en el lugar y tiempo estipulados''.

En la sustentación del cargo, insiste el recurrente en que éste se ha planteado por la vía directa, en vista de que no existe discrepancia alguna entre la realidad que acreditan las pruebas producidas en el proceso y la que contempló el Tribunal al proferir el fallo impugnado; que al perfeccionarse el contrato de compraventa, el vendedor quedó como titular ''de dos relaciones particulares de derecho personal'', una correspondiente al saldo del precio y otra a los intereses de éste que convinieron los contratantes; que no obstante la estrecha vinculación que existe entre una y otra, no por ello ''dejan de ser jurídicamente diversas, hasta el punto de constituir, miradas desde el punto de vista del sujeto activo, dos derechos distintos, dos elementos positivos diferentes del patrimonio de éste''.

La censura considera que ''por el aspecto que se examina, se presenta notoria diferencia entre los frutos naturales y los civiles''; que aquéllos, antes de su separación de la cosa que los produce, no son cosas autónomas sino integrantes de la cosa fructífera, en razón de lo cual, salvo el caso previsto por el artículo 659 del C. C., solo existe un solo y único derecho. Apenas cuando los frutos hayan sido percibidos, vendrán a ser cosas autónomas. Que, en cambio, los frutos civiles ''por constituir desde cuando se generan cosas o bienes distintos y separados de la cosa principal que los produce, es decir, bienes autónomos, son, por eso mismo, y desde entonces objeto de derechos independientes y separados del derecho que tenga como objeto la cosa principal''.

''Nada de particular tiene, por tanto..., que el titular de un crédito por cierta suma de dinero, pagadera dentro de determinado plazo durante el cual producirá intereses, ceda a otro el derecho principal, conservando en su cabeza el derecho a percibir los intereses''.

La Corte considera.

Los intereses remuneratorios *son los causados por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo, y los* moratorios, *los que corresponden a la indemnización de perjuicios que debe satisfacer el deudor cuando ha incurrido en mora de pagar la cantidad debida. En las obligaciones de origen contractual llámanse* convencionales, *cuando han sido fijados por las partes que celebraron el contrato y* legales *los que por falta de estipulación al respecto son determinados por la ley.*

Convencionalmente se pueden estipular los remuneratorios y los moratorios; cuando no ha habido tal estipulación, nada debe el deudor por razón de los primeros, pero en caso de mora, ipso iure, *deberá pagar intereses legales a título de indemnización de los perjuicios correspondientes ''quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos'' (artículo 1617 C. C.).*

Como no se concibe que puedan estipularse o subsistir por sí mismos, aisladamente de una obligación principal, y teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, los intereses son siempre una obligación accesoria. *Así la llaman los exposito-*

res von Tuhr (Tratado de las Obligaciones, Trad. Española, 1ª ed., 1934, Editorial Reus, Madrid, T. I, *página 49), Meza Barros (Manual de Derecho Civil, Ed. Jurídica, 1963, Santiago de Chile, 1963, páginas 43 y 44) y Francesco Messineo, quien al respecto dice: "Se llama* accesoria *la obligación que presuponga la existencia de otra,* a cuya suerte esté ligada; *tales son, por ejemplo... la obligación de los intereses". (Manual de Derecho Civil y Comercial, Eds. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, T.* IV, *página 47, trad. de la 8ª edición).*

La obligación principal a la cual accede la de pagar intereses puede tener por objeto el pago de una cantidad de dinero, ora recibida en mutuo por el deudor, ya como producto del precio de una compraventa que se quedó debiendo en todo o en parte o derivada de otro contrato que genere una obligación de naturaleza similar.

Los intereses convencionales remuneratorios equivalen a frutos civiles de la cantidad de dinero que se adeuda (artículo 717 ibídem); como tales, "se llaman pendientes mientras se deben y percibidos desde que se cobren", y están sujetos en lo pertinente a lo que estatuyen los artículos 716 a 718 del mismo Código. En cuanto al momento en que se originan, pueden clasificarse en devengados o causados y futuros o no devengados: *son los primeros, los remuneratorios o los moratorios que corresponden a un período de tiempo ya transcurrido y por consiguiente exigibles por parte del acreedor; en cambio, los segundos aun no se deben y, por tanto, no puede exigirse su pago. Respecto de aquéllos ha dicho la Corte: "De conformidad con el artículo 718 del C. C., los frutos civiles pertenecen al dueño de la cosa que los produce; si se trata de una obligación de pagar una cantidad de dinero, los intereses devengados pertenecen al acreedor o a sus herederos, cesionarios o causahabientes"* (XLIX, *página 212).*

Por regla general, pues, el acreedor de una cantidad de dinero lo es también de los intereses remuneratorios o moratorios correspondientes, pero dentro de los principios de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad que consagran los artículos 6, inciso 2º y 1602 del C. C., no hay obstáculo legal alguno para que dicho acreedor ceda a otra persona el derecho a percibir los intereses provenientes de la cantidad que a él se le adeuda o también, como ocurre en el caso sub júdice, *para que ceda el crédito principal y se reserva para sí los intereses respectivos.*

Esa posibilidad de que una persona sea acreedora del capital y otra de los intereses correspondientes, en cualquiera de las dos fases apuntadas, está prevista en el artículo 716 que se refiere a los frutos naturales y a cuyo texto se remite el artículo 718. En efecto, "en ambos artículos se establece el principio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre", el cual puede ser precisamente la estipulación contractual. Por virtud de éste, el primitivo acreedor del capital puede conservar su derecho y ceder los intereses, o puede también reservárselos y traspasar el capital a otra persona.

*En uno u otro caso se trata de una cesión convencional (artículos 1667, 1669 y 1670 del C. C.), celebrada entre cedente y cesionario, en la cual no es parte el deudor (*LII, *página 6ª* LXVIII, *página 62). Para que la cesión produzca efectos respecto de éste y de terceros, requiérese, según el artículo 1960* ibídem, *que el deudor la conozca o la acepte, pero nada más. Su voluntad no desempeña papel alguno en el contrato que originó la cesión, el cual se ajusta únicamente entre cedente y cesionario; para él dicho contrato es* res inter alios, *pues tanto le da satisfacer la prestación o las prestaciones a su cargo a su antiguo deudor o al cesionario, con el bien entendido de que cuando la cesión se le haya notificado o la haya aceptado, el pago válido solo podrá hacerlo a este último (artículo 1634) si fuere capaz para recibirlo (artículo 1636).*

Ha dicho la Corte: "La cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido. Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Respecto a la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión" (LX, *página 611).*

Cuando por virtud de una cesión hecha en la forma de que se trata (de rara ocurrencia, pero válida y eficaz, y en todo caso no prohibida por la ley), una persona queda con el derecho, a recibir el pago del capital y otra el de los intereses, resultan entonces dos obligaciones separadas, principal la una y accesoria la otra, cada una de las cuales tiene un acreedor distinto, aunque la parte obligada sea una sola. En tal virtud y salvo pacto expreso en contrario, si la de pagar el capital se extingue, o sea la obligación principal, por cualquiera de los modos que establece el Código Civil, la de cancelar los intereses, como accesoria que es, necesariamente corre la misma suerte de aquélla y desaparece también (artículos 1649-2 y 2457).

En el evento de que la obligación esté sujeta a un plazo, debe considerarse en favor de cuál de

las partes ha sido estipulado éste, en función de la utilidad que dicho plazo les produce. Así, en el contrato de depósito, ese beneficio lo recibe el depositante (artículo 2251), luego queda a su arbitrio la restitución de la cosa. En otros contratos en que hay lugar al pago de intereses, por regla general, el plazo beneficia a ambos contratantes y por consiguiente el deudor no puede satisfacer anticipadamente la prestación a su cargo, a menos que el acreedor consienta en ello. En consecuencia, cuando el plazo no es renunciable, ni el acreedor puede cobrar la obligación anticipadamente, ni el deudor pagarla u ofrecer su pago (artículos 13, num. 3º L. 95 de 1890, 1553, inciso 1º y 1627 y 2229 C. C.), porque el contrato es ley para los contratantes (artículo 1602 ibídem), *a la cual deben de todas maneras sujetarse.*

Desde luego, los contratantes de común acuerdo pueden convenir en el pago anticipado de la obligación, haya o no intereses, porque siendo asunto que solo a ellos atañe, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad (artículos 1602 y 1625 C. C.) y de acuerdo con la facultad que les confiere el artículo 15 del mismo Código, no hay ningún obstáculo legal para que así procedan. En efecto, el deudor puede renunciar válidamente al plazo que se le ha otorgado, y el acreedor, a su turno, a recibir los intereses futuros y no devengados de la obligación a su favor que corresponden a la porción del plazo aún no vencida. Esos dos derechos solo miran el interés de los respectivos renunciantes y no existe disposición legal alguna que les prohíba renunciarlos. Igual cosa ocurre aun en el evento de que en el contrato las partes que lo celebraron hubieren convenido en la irrenunciabilidad del plazo o que con éste manifiestamente se hubiera querido evitar un perjuicio al acreedor, puesto que se trata de un acuerdo celebrado entre las mismas partes. Así como la voluntad de éstos fue capaz en derecho de producir el contrato, esa misma voluntad acorde puede modificarlo o resolverlo anticipadamente (artículos 1602 y 1625 ibídem), *ya que no hay ningún interés superior de por medio que lo impida.*

La aplicación de los anteriores principios al cargo en estudio lleva a las siguientes conclusiones:

a) Las únicas partes originalmente interesadas en la obligación resultante del contrato de compraventa, en cuanto al pago del saldo del precio se refiere, eran el vendedor, acreedor de dicho saldo, y el comprador obligado a satisfacerlo. Posteriormente, por virtud de la cesión, el interés en cuanto a ese saldo se desplazó del vendedor al cesionario del crédito y quedó circunscrito a este último y al comprador-deudor, a quien se le hizo saber que la cesión se había efectuado;

b) Por consiguiente, aunque se hubiesen estipulado intereses y el titular de éstos fuese el primitivo acreedor al pago de la parte del precio de la compraventa que el comprador quedó a deber, la relación jurídica atinente al pago de ese saldo, quedó circunscrita al cesionario y al deudor, y éstos podían válidamente modificar dicha relación o ponerle fin anticipadamente, como así lo hicieron, sin necesidad de contar con la aquiescencia del cedente, que al respecto de aquélla era un tercero;

c) Si al celebrar el contrato de compraventa, y convenirse la forma y oportunidad del pago del precio, las únicas partes que intervinieron en ese acto jurídico hubiesen estipulado que el plazo para el pago del precio insoluto no era renunciable (artículo 1554 C. C.), tal estipulación no solo las habría vinculado a ellas, sino también a sus causahabientes a cualquier título. En esas condiciones, el cesionario del crédito y el deudor habrían quedado ligados por la irrenunciabilidad del plazo pactado en un principio por quienes celebraron el contrato y con ella se beneficiaban: el deudor, con el aplazamiento de cumplir su obligación y el primitivo acreedor que se había reservado los intereses remuneratorios durante el término estipulado. El cesionario, como es obvio, habría adquirido el crédito con las mismas características con que lo poseía el cedente, esto es, sin derecho a pagarlo por anticipado renunciando el resto del plazo (artículo 1669 C. C.). Efectuada la cesión del crédito que se había pactado en esa forma, al serle notificada al deudor que era ajeno a ella y en la cual no podía intervenir en forma alguna, la situación habría sido distinta. Habiéndose pactado intereses y siendo acreedor de éstos persona diferente de quien por virtud de la cesión había adquirido el carácter de acreedor del capital, entre este último y el deudor ya no podían convenir en el pago anticipado de la obligación. Y no podían hacerlo, porque ello equivalía a una renuncia del uno al resto del plazo y del otro al cobro de los réditos futuros y no devengados, que ya no miraba exclusivamente al interés personal de quienes la hacían, puesto que estaría de por medio el cedente del crédito a quien se debían los intereses, por habérselos reservado. Por otra parte, el cesionario no podría renunciar a un derecho que no le pertenecía, que no estaría en su patrimonio por no haberlo adquirido, cual sería el de cobrar los intereses correspondientes a la obligación principal durante el resto del plazo;

d) Sin embargo, la hipótesis planteada en el punto anterior no ocurrió en el presente caso. Comprador y vendedor, al convenir la forma de pago del precio en las cláusulas 4ª y 5ª de la escritura número 7111, respecto de la parte de éste que se quedó debiendo y del plazo que se convino para pagarlo, no hicieron la salvedad que contempla el artículo 1554 del C. C. en cuanto a la irrenunciabilidad de dicho plazo. Ni la hicieron tampoco, como habían podido hacerla, el vendedor y el acreedor de dicho saldo y la cesionaria del crédito respectivo en el documento que otorgaron al efectuar la cesión. De esta suerte, dentro de la libertad contractual de que antes se habló, los dos últimos estaban legitimados para convenir en la cancelación anticipada del crédito en cuestión como acreedor y deudor del saldo del precio, que era la obligación principal, y estándolo, el acreedor de la obligación accesoria, vale decir, de los intereses que se habían reservado, inevitablemente, tenía que sufrir las consecuencias de dicho convenio. El ha debido prever la posibilidad de que ese pago anticipado pudiera producirse. En todo caso, la obligación a su favor, como accesoria que era, estaba destinada a seguir la suerte de la principal, y él asumía el álea correspondiente. Si quería que esa eventualidad no se presentase, ha debido hacer salvedad expresa en ese sentido de la escritura de venta;

e) Dentro del principio de la libertad contractual, aplicado al caso *sub júdice,* el deudor estaba facultado para convenir con su nuevo acreedor que la obligación se cancelase antes del vencimiento del plazo, pues así se deduce claramente de lo que disponen los artículos 1554 y 2229 del C. C.; si el acreedor accedía a recibirle el pago anticipado, él podía hacerlo válidamente y en esa forma extinguía su obligación proveniente de la compraventa. Eso fue lo que ocurrió. *Fecit sed iure fecit.* En estas condiciones, si ese evento produjo perjuicios al acreedor de la obligación accesoria, éstos no le son imputables, ni tiene, por tanto, que indemnizarlos ni por qué pagar unos intereses que carecerían por completo de causa real (artículo 1524), como que la cantidad de dinero que adeudaba y que en derecho daba lugar a ellos (ora a los remuneratorios, ya a los moratorios), quedó extinguida con el beneplácito del acreedor que válidamente la recibió y que en tal virtud le expidió finiquito y canceló la hipoteca que le servía de garantía (artículo 2457).

f) De todo lo expuesto resulta fácil concluir que el Tribunal sí tuvo en cuenta todos los principios que se dejan comentados: no desconoció la validez ni los efectos de la cesión del crédito y la forma en que ésta se hizo; no ignoró el principio *res inter alios acta,* pero tuvo en cuenta el de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; reconoció pleno valor a la libertad de contratación, pero la ubicó dentro de los precisos límites que merecían las estipulaciones de las partes: vendedor y comprador en cuanto a la forma y oportunidad de pagar la parte del precio que quedó insoluto al firmarse la escritura, y cedente y cesionario del crédito proveniente de esa parte del precio y no desconoció que habiéndose pactado intereses, el deudor no podía pagar anticipadamente el capital debido, pero no desconoció tampoco que el acreedor de éste y el deudor podían válidamente convenir en que el pago se hiciera antes de expirar el plazo. En estas condiciones, no se quebrantaron las normas legales que señala la censura y por consiguiente, la acusación no prospera.

Segundo cargo.

También dentro del campo de la causal primera de casación, pero esta vez por la vía indirecta, estima el recurrente que se aplicaron indebidamente los artículos 1634, inciso 2º, 1625, numeral 1º; 1626, 1627 y 1649, y que se dejó de aplicar correlativamente el 1602 del C. C., y que ello ocurrió por manifiesto error de hecho al apreciar la prueba de quién era el verdadero acreedor de los intereses correspondientes al saldo del precio que quedó debiendo el comprador.

Afirma el recurrente que el Tribunal erró al estimar que el deudor hizo el pago de buena fe, y al haber considerado entonces que éste fue válido y que, por consiguiente, extinguió tanto el crédito como los intereses. Y le atribuye contraevidencia a ese razonamiento del sentenciador, porque a su juicio obedece a un evidente error de hecho en la apreciación de la prueba respectiva. Dice, en efecto, que de autos aparece en forma ostensible que el deudor sabía que el cedente del crédito se había reservado los intereses, puesto que así se estipuló en el documento en que se hizo constar dicha cesión, y que uno y otra fueron conocidos por el deudor, quien estampó su firma en la correspondiente notificación que se le hizo y la aceptó expresamente, reconociendo, además, a la cesionaria como "nuevo acreedor hipotecario". Tanto es así —agrega— que basado en ese conocimiento de que el acreedor de los intereses era el cedente y no la cesionaria, el deudor se los pagó a aquél durante varios meses, según consta en los recibos que el demandado acompañó a la contestación del libelo.

El error de hecho que según la censura cometió el Tribunal, consiste, pues, en que éste no tuvo en cuenta como prueba los apuntados do-

cumentos: la nota de aceptación de la cesión del crédito y la forma como ésta se hizo y los recibos de intereses devengados y pagados con posterioridad a la misma, que fueron presentados precisamente por el demandado. Y que esas pruebas descartan por completo que este último hubiese obrado de buena fe al efectuar el pago anticipado del crédito a su cargo y por ende la aplicabilidad del segundo inciso del citado artículo 1634; y que, en todo caso, si dicho pago fue válido y eficaz en cuanto al capital se refiere, no lo fue respecto de los intereses correspondientes al resto del plazo estipulado, porque el acreedor de éstos era persona distinta de aquella a quien se le adeudaba el capital.

Se observa.

No hubo preterición alguna por parte del Tribunal de las pruebas a que el recurrente se refiere en primer término: el texto del contrato de cesión del crédito y la aceptación que de ella hizo el deudor. Y no la hubo, porque la menciona en su sentencia, respecto de la cual se expresó así: "No sobra agregar que el inicial acreedor y cedente, aquí demandante, se reservó los intereses del crédito cedido a la señora Restrepo Barco v. de Sánchez, sin especificar si solamente los causados o solamente los futuros, o ambos, y durante cuánto tiempo. De tal guisa fue aceptada la cesión por el deudor demandado (folios 10 y 11)".

No ignoró tampoco los recibos de pago de intereses que el demandado acompañó a la respuesta del libelo, porque en otro paso de su fallo dice: "Las anteriores premisas encuentran respaldo probatorio *en los documentos presentados* con el libelo *y su contestación*..." (se subraya). No desconoció que el cedente se hubiese reservado los intereses, ni que el deudor hubiese aceptado la cesión, ni que éste hubiese continuado pagando al primero varias mensualidades de intereses hasta cuando canceló anticipadamente el crédito. La motivación de la sentencia impugnada podría resumirse en el siguiente párrafo de la misma: "Pero lo que importa de todo lo dicho es destacar que con el pago efectuado por el demandado a la señora Restrepo Barco, quedó extinguida la deuda como obligación principal, e inexorablemente las obligaciones accesorias que de ella dependían, como consecuencia de la aplicación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal (artículos 1649 y 2457 C. C.)".

Y esta apreciación del sentenciador la comparte la Corte, como lo expuso al despachar el primer cargo, sin que ella provenga de la preterición de ninguna de las pruebas que señala la censura, sino simplemente del análisis jurídico de las relaciones contractuales que dieron lugar a esta litis. En efecto, como atrás se vio, el deudor pagó anticipadamente el crédito hipotecario a la cesionaria del mismo, con el beneplácito de ésta, y ese pago fue válido, porque dicha cesionaria era la única acreedora del crédito principal y era también capaz para recibirlo. El pago total del saldo del crédito que aún estaba insoluto en ese entonces, según el artículo 1649, inciso 2º, comprendió, igualmente, el de los intereses e indemnizaciones correspondientes y extinguió, además, la hipoteca que lo garantizaba, al tenor del artículo 2457 *ibídem*. No se trató, pues de un pago hecho de buena fe a un acreedor aparente, sino a quien sí lo era, de suerte que no hubo aplicación indebida del artículo 1634 del C. C., ni de las demás disposiciones que señala el recurrente, ni se dejó de aplicar tampoco el artículo 1602 del mismo Código, que predica la fuerza de la ley que tienen las obligaciones contractuales, porque como se expuso, igualmente, además del carácter accesorio que tienen los intereses, tanto remuneratorios como moratorios, las partes no estipularon la irrenunciabilidad del plazo que prevé el artículo 1554 del C. C.

Como consecuencia de lo expuesto, el cargo no puede prosperar.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

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

Humberto Murcia Ballén, con salvamento de voto; *Aurelio Camacho Rueda*, *Ernesto Escallón Vargas*, con salvamento de voto; *José María Esguerra Samper*, *Germán Giraldo Zuluaga*, *Alfonso Peláez Ocampo*.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Humberto Murcia Ballén y Ernesto Escallón Vargas.

Por cuanto consideramos que el primero de los dos cargos que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira viene fundado en razones suficientes para alcanzar prosperidad, no compartimos la decisión tomada

por la mayoría de la Sala en el fallo que motiva nuestra discrepancia, ni la motivación cardinal en que dicha disposición se apoya.

Por lo consiguiente, con el respeto que debemos al criterio de nuestros ilustres compañeros de Sala, procedemos a continuación a exponer brevemente las razones de nuestro disentimiento.

La situación de hecho y el litigio.

1. Como efecto del contrato de compraventa ajustado el 27 de septiembre de 1968 entre Carlos Gómez Gálvez y Luis Eduardo González, plasmado en la escritura pública número 7111 que en esa fecha otorgaron en la Notaría Sexta de Bogotá, aquél advino a ser acreedor de éste de la suma de $ 1.720.336.28, correspondiente al saldo del precio de la cosa entonces enajenada por el primero al segundo.

El comprador se obligó a pagar a su vendedor dicha suma en dos contados de igual valor: el primero el 14 de junio de 1971, y el segundo el 14 del mismo mes del año siguiente, reconociéndole intereses a la rata del 12% anual durante el plazo y 1½ mensual en caso de mora. Y para garantizar el pago de estas obligaciones el deudor constituyó a favor del acreedor, en el mismo instrumento público, gravamen hipotecario sobre la misma finca que fue materia de la compraventa.

2. Mediante documento privado suscrito el 4 de agosto de 1970, Gómez Gálvez cedió a Angela Restrepo Barco vda. de Sánchez, "por igual valor recibido", el mentado crédito hipotecario. En el escrito contentivo de la cesión expresó, sin embargo, el cedente, y lo aceptó la cesionaria, que "los intereses del crédito total que son del doce por ciento anual se los reserva el cedente".

El día siguiente, es decir el 5 de agosto de 1970, y según lo dice la constancia que en esta fecha suscribió el deudor González, "conforme a los términos del artículo 1961 del Código Civil", éste manifestó que "he sido notificado de la *cesión del crédito hipotecario* contenido en la escritura pública número 7111 de 27 de septiembre de 1968, Notaría Sexta de Bogotá, que hace el acreedor hipotecario, Carlos Gómez Gálvez...".

3. Por cuanto antes del vencimiento del término estipulado contractualmente para ello el deudor pagó a la cesionaria el capital debido, pero en todo caso, sin el consentimiento del cedente, éste demandó a aquél en procura de que la justicia lo condenase a cubrirle el valor de los intereses estipulados a su favor, pretensión que a la postre le ha sido denegada.

Motivación de la sentencia de la Corte.

Estimó la mayoría de la Sala, y en este cardinal argumento edifica su fallo, que ocurrida la cesión del crédito "la relación jurídica atinente al pago de ese saldo, quedó circunscrita al cesionario y al deudor, y éstos podían válidamente modificar dicha relación o ponerle fin anticipadamente, como así lo hicieron, sin necesidad de contar con la aquiescencia del cedente, que respecto de aquélla era un tercero".

Orientada por este razonamiento, sostiene la mayoría de la Sala que el pago hecho por el deudor a la cesionaria tiene como efecto extinguir la obligación, tanto en capital como en intereses, por cuanto éstos tienen carácter accesorio, así correspondan a persona diferente de la que es acreedora del capital.

Razones de nuestro disentimiento.

Primera.

Base fundamental del orden positivo y garantía de los derechos ciudadanos es la *normatividad de los actos jurídicos,* que, como tributo a la autonomía de la voluntad, consagró el legislador colombiano en el artículo 1602 del Código Civil al estatuir que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

El efecto de toda obligación radica en que coloca al deudor en la necesidad de cumplir la prestación debida. Y si la situación normal es el cumplimiento voluntario, cuando esto no ocurre la ley otorga al acreedor el derecho y los medios de compeler al deudor al cumplimiento forzoso, pues que estaría desprovista de toda trascendencia una obligación a cuyo cumplimiento pudiera éste sustraerse caprichosamente.

Y si bien es verdad que dentro de la órbita del derecho cada cual puede, en principio, contraer compromisos por sí mismo y modificarlos a su talante; también lo es que nadie puede, sin ostentar poder de representación alguna, modificar la situación jurídica en que un contrato ha colocado a los demás. De ahí que al lado de la fuerza vinculante del acto jurídico, el precitado artículo 1602 haya consagrado el principio de la *relatividad de sus efectos,* para responder a la necesidad de demarcar el ámbito de su aplicación en cuanto a las personas.

Las convenciones jurídicas no surten efectos sino entre las partes contratantes; el vínculo obligatorio que de aquéllas surge no alcanza a los terceros, quienes como *penitus extranei* que

son en esas relaciones no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes, pero tampoco quedan sujetos a cumplirlas.

Segunda.

El pago, como acto jurídico que es, produce como efecto propio la extinción de la obligación.

Mas, según las normas contenidas en el Título XIV del Libro IV del Código Civil, para que el pago goce de eficacia jurídica y alcance por ende el efecto indicado es menester, entre otras condiciones, que consista en la prestación de lo que se debe; que se haga "bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación" (art. 1627); que si se trata de obligación cuyo objeto sea una deuda, la solución comprenda la "de los intereses e indemnizaciones que se deban" (artículo 1649); que lo haga el *solvens* u otra persona que actúe a nombre de éste; y al *accipiens* o acreedor, a sus causahabientes, o a la persona que la "ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro" (artículo 1634).

Agrega esta última disposición que es también válido el pago hecho de buena fe "a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía", con lo cual dicha norma establece, atendiendo claras razones de equidad, una excepción al principio de que un acto no perjudica a quien no ha tomado parte en él.

Tercera.

Ciertamente los artículos 1554 y 2229 del Código Civil permiten presumir que el plazo se estipula en favor del deudor. Pero estimamos, sin embargo, que se trata solamente de una presunción simple que puede infirmarse ante la prueba de la voluntad contraria de las partes, la cual puede encontrarse manifestada en el contrato mismo, o descubrirse de otras circunstancias atinentes a la naturaleza y efectos de la convención.

Singularmente delicada es la cuestión de determinar a favor de quién existe el término en materia de préstamo con intereses, pues no son infrecuentes los casos en que el acreedor, por razones de diferente índole, obtiene ventajas económicas al rechazar un pago anticipado. Desde luego, y como se infiere del texto mismo del artículo 2229 citado, el exclusivo hecho de que se hayan pactado intereses le permite al juez presumir, salvo prueba en contrario, que el término se ha convenido en interés común de ambas partes.

Y así creemos que no pueda afirmarse absolutamente que el deudor pueda, sin contar con el consentimiento de su acreedor, hacer el pago anticipado de lo que debe, puesto que si de la estipulación de un plazo para el cumplimiento de la prestación se derivan derechos para éste solamente él podrá disponer de ellos.

En este orden de ideas fuerza es aceptar que cuando en relación con el crédito debido hay dos acreedores, porque al uno corresponde el capital y los intereses al otro, la aceptación de un pago anticipado, disminuido con el monto de intereses no causados aún, debe quedar sujeto a la aprobación del titular de éstos. Si así no fuere, si para extinguir la obligación en su integridad bastara el consentimiento que al pago dé el acreedor del capital, ello significaría que éste podría disponer de derechos ajenos, lo cual es, nos parece, sencillamente inadmisible.

Cuarta.

En el caso de este proceso Carlos Gómez Gálvez, por virtud del contrato plasmado en la escritura número 7111, adquirió la calidad de acreedor de Luis Eduardo González de determinada suma de dinero y de los intereses que para ésta estipularon los contratantes. Y si bien es verdad que posteriormente cedió a Angela Restrepo el crédito, no lo es menos que la cesión la contrajo al capital, pues expresamente reservó para sí los intereses.

Así lo aceptó la cesionaria, y así se le hizo saber al deudor a quien, al notificarle la cesión, se le exhibió el correspondiente título. Luego, como lo reconoce la sentencia de cuyas motivaciones y disposición nos separamos, por virtud de este pacto lícito, resultaron dos obligaciones separadas, "cada una de las cuales tiene un acreedor distinto, aunque la parte obligada sea una sola"; y si son separadas e independientes por la diversidad de los objetos que comprenden y por las personas titulares de los derechos correlativos, correspondía al deudor hacer el pago, para que éste tuviera eficacia de extinguir dichas dos obligaciones, con la aprobación de los dos acreedores. Como así no lo hizo, como solamente se entendió con la cesionaria del capital, pero no con el acreedor de los intereses, el pago hecho a aquélla no puede tener virtualidad para extinguir la segunda obligación, la cual en nuestro sentir sigue subsistiendo.

Con absoluta ausencia de poder de representación del cedente, el pago recibido por la cesionaria no puede tener virtualidad alguna para modificar la situación jurídica en que por efecto del contrato se encontraba Gómez Gálvez, pues

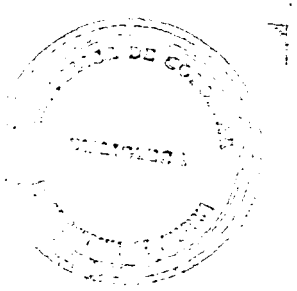
que si éste no tomó parte alguna en el pago, este acto no puede ser lesivo de sus intereses. Lo contrario es desconocer el principio de la relatividad de los efectos de los actos jurídicos, que es lo que en nuestra modesta pero respetuosa opinión hace la sentencia adoptada por la mayoría de la Sala y por ello nos separamos de sus disposiciones.

Quinta.

Finalmente consideramos, y así lo exponemos como razón corroborativa de nuestro disentimiento, que si en este caso ante la renuencia del acreedor a recibir, el deudor hubiera tenido que acudir al procedimiento del pago por consignación, le habría sido indispensable dirigir la demanda contra los dos acreedores, el del capital y el de los intereses, pues que solo así quedaba bien integrado el contradictorio indispensable para la declaración judicial de validez del pago.

Las consideraciones anteriores nos sirven de fundamento para separarnos de la decisión tomada en este negocio por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala, cuyas conclusiones deploramos no compartir y por ello salvamos el voto.

Humberto Murcia Ballén, Ernesto Escallón Vargas.



CLAUSULA RESOLUTORIA TACITA EN LA COMPRAVENTA

Requisitos que debe llenar la demanda de casación.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 18 de julio de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario instaurado por "Premaderas Ramírez Duque, Limitada", contra "Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S. A. (CODEMACO)".

I

El litigio.

1. Mediante libelo de 24 de marzo de 1972 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, la citada sociedad "Premaderas Ramírez Duque, Limitada", demandó a la "Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S. A. (CODEMACO)", a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la renuncia "al beneficio de la cláusula resolutoria tácita" hecha por Anatolio Ramírez, en su nombre y en el de la sociedad Premaderas Ramírez Duque y contenida en el ordinal j) de la cláusula decimaprimera de la escritura número 3046 de 31 de julio de 1970, otorgada en la Notaría Primera de Cali, "no produce efecto alguno";

b) Que, de consiguiente, se declare que el contrato de compraventa ajustado en esa fecha entre Anatolio Ramírez y Premaderas Ramírez Duque, Limitada, como vendedores, y la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S. A., como compradora, plasmado en la mentada escritura pública número 3046, "está afectado por la condición resolutoria tácita a favor de los vendedores hasta tanto se pague íntegramente el precio convenido";

c) Que, por lo mismo, se decida que "en el supuesto de que la compañía compradora incumpliere en el pago total del precio", concretamente de las cuotas a que se refiere el ordinal j) de la cláusula decimaprimera de la precitada escritura, la sociedad Premaderas Ramírez Duque, Limitada, "podrá ejercer las acciones legales que se desprenden de la condición resolutoria tácita, acciones que son las enunciadas por el segundo inciso del artículo 1546 del Código Civil", y

d) Que en caso de oposición a estas pretensiones por la entidad demandada, se la condene al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que la demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sintetizados en los siguientes:

a) Mediante la escritura pública número 3046 de 31 de julio de 1970, otorgada en la Notaría Primera de Cali e inscrita en la Oficina de Registro de dicha ciudad el 30 de diciembre siguiente, la mentada sociedad "Premaderas Ramírez Duque, Limitada", y Anatolio Ramírez, obrando conjunta y solidariamente, vendieron a la "Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S. A. (CODEMACO)", todos los bienes muebles e inmuebles que aparecen consignados y detallados en dicho instrumento escriturario;

b) Por la cláusula decimaprimera de dicha escritura los contratantes acordaron como precio de la compraventa la suma de $ 25.000.000.00, la que la compradora se obligó a pagar en la forma que allí se describe.

Por ser la única trascendente en este litigio, de las estipulaciones atinentes al pago del precio se transcribe la que en la escritura se halla referida en el aparte j) de la citada cláusula decimaprimera: "j) La suma de cuatro millones de pe-

sos ($ 4.000.000.00) moneda legal colombiana, que los vendedores declaran recibidos de manos de la sociedad compradora en documentos de crédito por medio de los cuales ésta se obliga a pagar esa cantidad en el plazo de treinta y seis meses, y en treinta y seis cuotas de valor de ciento once mil ciento once pesos ($ 111.111.00) moneda legal colombiana, las treinta y dos (32) primeras y de ciento once mil ciento doce pesos ($ 111.112.00) las cuatro últimas, en productos elaborados por la sociedad compradora, que elijan los vendedores, a precio de distribuidor a la fecha de su exigibilidad. Expresamente declara el exponente, obrando en su propio nombre y en representación de la sociedad 'Premaderas Ramírez Duque, Limitada', que ha recibido de la compradora los documentos en que constan esas obligaciones de entregar productos fabricados por ella, en forma mensual y consecutiva a partir del 31 de agosto de 1970, en que se debe verificar la primera entrega, y que, por haberlo convenido así las partes en la promesa de compraventa que se cumple por este instrumento declara extinguida por la novación la obligación consignada en el literal j) del punto decimoprimero de este instrumento y que, por lo tanto, declara que sobre los bienes objeto de esta compraventa no queda pesando por razón de ella condición resolutoria alguna en virtud de la forma que se establece para el pago del precio de ella y que renuncia expresamente en las calidades indicadas en el punto primero a cualquier derecho que en su favor, o en favor de 'Premaderas Ramírez Duque, Limitada', pudiera existir en virtud de lo establecido en este punto";

c) De lo convenido por los contratantes y consignado por ellos en dicha cláusula, se infiere que de los $ 25.000.000.00 acordado como precio de la compraventa, la sociedad compradora "quedó a deber la cantidad de $ 4.000.000.00, que se obligó a pagar en treinta y seis cuotas proporcionales, resultando —por lo tanto— evidente que la sociedad compradora quedó debiendo una parte del precio";

d) La compraventa, como contrato bilateral que es, conlleva, según lo indica el artículo 1546 del C. C., la condición resolutoria "que es de la esencia de este" tipo de contratos, y por tanto, "si el comprador no paga íntegramente el precio en el lugar y forma convenidos, el vendedor podrá pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios";

e) "Y siendo la condición resolutoria de la esencia de los contratos bilaterales" —dice el demandante en el hecho quinto de su demanda— no pueden las partes o alguna de ellas "renunciar válidamente al ejercicio de cualquiera de las acciones que de dicha condición resolutoria tácita pueden derivarse". "y si tal renuncia se hace, no produce efecto de ninguna clase", y

f) En la cláusula atrás transcrita de la escritura número 3046 de 31 de julio de 1970, el vendedor aparece renunciando a la condición resolutoria tácita; pero, añade el demandante en el hecho sexto de su libelo, "como al mismo tiempo se declara que la sociedad compradora queda debiendo un saldo del precio que asciende a $ 4.000.000.00 moneda corriente, resulta entonces que esa renuncia es inoperante y no produce efecto alguno, y como consecuencia si la sociedad compradora deja de pagar alguna de las treinta y seis cuotas convenidas, la parte vendedora podrá pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en cualquiera de los dos casos".

3. Oportunamente la demandada contestó la demanda negando los hechos en ella invocados, salvo los atinentes a la celebración de la compraventa contenida en la escritura número 3046 de 31 de julio de 1970, los cuales aceptó, y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Afirmó, refiriéndose al hecho cardinal alegado en la demanda, que como se desprende de los claros términos en que fue concebida la cláusula decimaprimera de dicha escritura, "los vendedores *recibieron la totalidad del precio de la compraventa,* en la forma que allí se indica. Entre los bienes que recibieron en pago de precio están 'los documentos de crédito' de que se habla en el literal j)... En consecuencia, la 'Compañía Colombiana de Maderas Compensadas, S. A.', no quedó debiendo a los vendedores suma alguna de dinero"; y añadió que si el precio de la compraventa fue pagado, "cualquier disquisición sobre lo que puede o no puede hacerse por el vendedor en el evento de que no le paguen el precio de la compraventa son (sic) simplemente especulativas".

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, el Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con sentencia de 16 de agosto de 1973, mediante la cual absolvió a la demandada de los cargos contra ella formulados e impuso las costas correspondientes a la demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, en fallo proferido el 18 de julio del año siguiente, confirmó el apelado con costas de las instancias a cargo de la demandante, quien propuso el recurso de casación que ahora se decide.

II

Motivación del fallo de segunda instancia.

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de relacionar el desarrollo del proceso, advierte el Tribunal que en éste, según la demanda inicial, se instaura una acción puramente declarativa, puesto que, dice, el demandante no persigue que se imponga condenación alguna a la demandada, sino la resolución sobre la existencia de determinada relación de derecho.

2. Asentado por él el anterior postulado, el sentenciador *ad quem,* luego de transcribir la súplica de la demanda, con citas doctrinarias analiza la naturaleza jurídica y los fines de la acción puramente declarativa. Observa, a renglón seguido, que "es evidente que las cláusulas que conforman una relación contractual pueden ser materia de pronunciamiento y decisión jurisdiccional a virtud del desacuerdo sobre su interpretación, aplicación o extensión entre las partes. En tal caso —añade— la declaración judicial establece con fuerza obligatoria para estos contratantes la interpretación, la extensión o la aplicación de aquellas cláusulas en que no haya incidido el consentimiento de los interesados contratantes".

Y después de afirmar que para que el Organo Jurisdiccional del Poder Público profiera sentencia favorable al demandante, es indispensable, en todo caso, que exista correspondencia entre los hechos afirmados en la demanda y la situación fáctica prevista por la norma legal que consagra el derecho respectivo, refiriéndose a la súplica tercera del libelo incoativo del proceso, deduce el Tribunal que "no puede ser materia de pronunciamiento en sentencia judicial una declaración que se suplica sobre la afirmación hipotética de un hecho"; por lo que, concluye, "la declaración suplicada bajo el aparte 3º del escrito de demanda, pretendida bajo la afirmación hipotética de incumplimiento de la sociedad demandada, no puede ser materia de decisión judicial".

3. Emprende en seguida el *ad quem* el estudio y consideración de las dos primeras súplicas deducidas en la demanda. Estima, al respecto, que la condición resolutoria tácita, que va implícita en todo contrato según lo preceptuado por el artículo 1546 del C. C. y en especial en el de compraventa conforme al texto 1930 *ejusdem,* "no es elemento de la sentencia de las relaciones contractuales, si se definen tales elementos, según el artículo 1501 del citado Código, como aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente".

Orientado por este razonamiento, observa el sentenciador que no son infrecuentes los casos en que los contratantes, al acordar una compraventa renuncian expresamente a dicha condición resolutoria, sin que tal renunciación afecte la eficacia jurídica del pacto ni, por tanto, la de las obligaciones que de él dimanan; añade, con apoyo en citas jurisprudenciales, que la condición resolutoria consagrada positivamente obedece a la consideración de equidad, "que no permite dejar a uno de los contratantes ligado por un contrato en que el otro no ha satisfecho la contraprestación equivalente"; y que, no siendo de la esencia del contrato, es permisible "la renuncia de aquella condición tácita o su sustitución por otras contraprestaciones".

4. Tras copiar en su integridad el texto de la cláusula contractual a que alude básicamente la demanda, estima el Tribunal al interpretarla, y en ello apoya también su fallo desestimatorio de las pretensiones, que la sociedad compradora pagó a los vendedores todo el precio de la compraventa, si bien una parte de éste se hizo mediante la novación que implicó la dación en pago de algunos documentos de crédito.

"Como se ve, y en lo esencial —dice la sentencia— la obligación de pago del saldo del precio de la compraventa contenido en la escritura base del proceso, nació bajo el convenio de hacer desaparecer la incidencia del precepto 1930 del C. C., sobre la relación jurídica, por un aspecto, porque la obligación de pagar la parte del precio de que trata dicho numeral j) se sustituyó por una obligación diferente consistente en dación en pago de productos elaborados por la sociedad compradora, y tal sustitución implica jurídicamente, como se dijo en forma expresa en la misma cláusula, el fenómeno de la novación por cancelación expresa de aquella obligación y el nacimiento de una nueva relativa a la obligación contenida en los documentos entregados consistentes en dación en pago de productos elaborados por la sociedad compradora, todo con los efectos de que tratan los artículos 1687 y siguientes del C. Civil, y especialmente la forma de novación señalada en el ordinal 1º del artículo 1690 del citado Código".

III

La demanda de casación.

En el capítulo tercero de su demanda expresa el recurrente que contra la sentencia antes extractada formula "estos cargos", los que la Corte procede a transcribir para conservar toda la fidelidad objetiva.

Primer cargo.

Mediante éste se acusa la sentencia de "ser violatoria de una norma de derecho sustancial por interpretación errónea, pues erróneamente se han interpretado los artículos 1501, 1546 y 1930 del Código Civil al sostener el Tribunal que el pago del precio no es cosa de la esencia del contrato de venta".

Y después de transcribir algún paso del fallo impugnado por él, el censor expresa: "En contra sostengo que el pago total del precio es cosa de la esencia del contrato de compraventa o por lo menos de su naturaleza, pues si se borra el precio el contrato degenera en una donación. Y esta cualidad trascendental del contrato de venta la respalda la ley atribuyendo al vendedor en caso de falta de pago del precio y previo requerimiento al comprador, derecho para exigir a su elección el precio o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios".

Segundo cargo.

Su formulación es del siguiente tenor: "Con la misma argumentación expuesta acuso la sentencia subsidiariamente como violatoria de una norma de derecho por aplicación indebida de los artículos 1501, 1546 y 1930 del Código Civil".

Tercer cargo.

Viene éste planteado así: "Acuso la sentencia por interpretación errónea y subsidiariamente por aplicación indebida del artículo 15 del Código Civil".

Luego de transcribir el aparte de la sentencia en el cual el Tribunal admite como válida la renuncia de la condición resolutoria tácita, censurando esta aseveración dice el recurrente: "Dos argumentos contra la interpretación o aplicación indebida que hace el Tribunal de este artículo 15: 1. Que las cosas que miran a la esencia de los contratos son de orden público y no pueden renunciarse, y 2. Que no se puede renunciar a un derecho inexistente. La acción resolutoria tácita solo surge a la vida jurídica cuando se ha dejado de pagar el precio en las condiciones y formas pactadas y previo el requerimiento del comprador. Considero que no se puede renunciar a un derecho inexistente por falta de materia. Tal ocurre —por ejemplo— en el caso del heredero que repudia la herencia antes de deferírsela, pues entonces su repudiación se considera intempestiva y carece de valor. Vulgarmente hablando renunciar al beneficio de un derecho que no se tiene es ensillar antes de traer la cabalgadura".

Cuarto cargo.

Su planteamiento es del siguiente tenor: "Acuso la sentencia por interpretación errónea de la prueba que resulta de la escritura pública número 3046 de 31 de julio de 1970 de la Notaría Primera de Cali, en la parte de su ordinal j)...".

Transcribe a continuación el censor la parte del fallo en el que el sentenciador considera que la compradora pagó todo el precio de la venta, y dice: "Para hacer resaltar la interpretación errónea que el Tribunal da a esta prueba, bastaría una sencilla pregunta: ¿Si la intención fue dar por pagados efectivamente los cuatro millones del saldo del precio, por qué se dijo en la escritura que se quedaban debiendo como parte del precio y se indicó una forma de pagarlos? Con haber declarado pagado el saldo del precio en la escritura y suscrito por separado un documento sobre entrega de productos, se hubiera cumplido el objeto si la intención de las partes hubiera sido declarar pagado el precio".

Se refiere luego a la afirmación del Tribunal atinente a la novación que como modo de extinguir la obligación de pagar parte del precio, éste encontró, y la censura así: "Aparece el Tribunal dando validez a una novación absolutamente inexistente. Si la novación es la sustitución de una nueva obligación a otra, presupone dos obligaciones: una originaria que desaparece y una nueva que la sustituye, conservándose los mismos acreedor y deudor. En el caso de estudio no hay obligación sustitutiva porque la originaria a cargo de la compradora (pagar cuatro millones de saldo), fue estipulada originalmente en 'productos elaborados', y no en dinero. No hay, pues, sustitución y no habiéndola no hay novación porque este fenómeno jurídico no se produce por el uso inadecuado de las palabras empleadas por los contratantes sino como consecuencia de la realidad. La novación en el caso del ordinal 1 del artículo 1690 precisa dos bases de sustentación: a) Una obligación nueva que sustituye la original, y b) Animo de las partes de novar. Si falta alguna no habrá novación. Y aquí precisamente falta una: La nueva obligación que sustituye otra".

Quinto cargo.

El censor lo formula así: "Y por este aspecto acuso también la sentencia por aplicación indebida y subsidiariamente por interpretación errónea de los artículos 1687 y 1690 del Código Civil.

"No habiendo una obligación nueva que hubiera sustituido una anterior, no hay novación. Y,

por lo tanto, hay aplicación indebida de los artículos 1687 y 1690 que definen la novación y señalan los casos en que tiene lugar".

IV

Consideraciones de la Corte.

1ª Repetidamente lo tiene declarado la doctrina de esta corporación, que como en esencia la casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se trata entonces de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo, y que, de consiguiente, la inobservancia de los principios legales que lo informan lo torna necesariamente impróspero.

Por tanto, para que la casación pueda alcanzar su fin propio, para que le sea dado a la Corte entrar a decidir el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido o admitido, ni tampoco que se presente el escrito sustentatorio, sino que es indispensable que la demanda respectiva, por su estructuración formal y técnica, sea legalmente idónea.

Dado el carácter extraordinario de este recurso, se impone aceptar que la demanda de casación no es ni puede ser un alegato de instancia, desde luego que en él la actividad jurisdiccional de la Corte está reducida al campo que para la impugnación lo demarque el recurrente; y que si bien está dentro de sus facultades interpretar la demanda cuando ésta no es dechado de claridad y concisión, no puede, sin embargo, considerar oficiosamente el quebranto de normas sustanciales no acusadas, ni cambiar el concepto de la violación indicado en ella, o alterar los fundamentos en que el recurrente basa sus censuras. No puede, pues, la Corte, como Tribunal de casación, completar, modificar o recrear un cargo planteado en la demanda con prescindencia de los principios legales que rigen este recurso extraordinario.

2ª Es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que conduce a considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que, por tanto, le sea permitido a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta ésta que de otra parte, contrariaría el procedimiento establecido en el artículo 375 del C. de P. C., conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentra próspero "solo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se hubieren propuesto otros respecto de las demás".

De ahí que el artículo 374 ibídem, *preceptúa que la demanda de casación, para ser admisible, debe contener, entre otros requisitos, "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera". Y añade esta misma norma que cuando se acuse infracción indirecta de la ley, o sea como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, la demanda de casación debe determinar las que se consideren no apreciadas o erróneamente estimadas por el Tribunal, indicando, además, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de la ley sustancial denunciada.*

3ª Exhaustivamente lo tiene dicho la doctrina de la Corte, con fundamento en la preceptiva legal pertinente, que la causal primera de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de normas sustanciales, o sea de aquellas que, frente a una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.

Y ha declarado así mismo que todo cargo en casación, fundado en dicha causal, debe contener una proposición jurídica completa, es decir que tiene que presentar el fenómeno de la violación normativa en aquellos casos en que la situación jurídica, cuya tutela se pide, se halla regulada por la combinación de diversos preceptos, señalando la totalidad de los textos legales que tengan incidencia en el punto controvertido. "Cuando la sentencia del Tribunal ad quem *—dijo la Corte en fallo de 16 de noviembre de 1967, aún no publicado— decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano".*

4ª La norma de derecho sustancial puede resultar infringida por la sentencia de tres maneras: por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Viólase la ley por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se le aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea, cuando, siendo la correspondiente, se la entendió sin embargo, equivocadamente y así se la aplicó.

Como cada uno de estos tres aspectos de violación de la ley sustancial es diferente para el éxito del recurso de casación el recurrente debe expresar por cuál de los tres casos de quebranto acusa la sentencia. Y como en casación la actividad decisoria de la Corte está limitada, tanto da para el fracaso del recurso que el censor no exprese en la demanda el concepto de la infracción, como que simultáneamente y en el mismo cargo indique los tres o dos de ellos en frente de las mismas normas sustanciales o que señala uno distinto al que realmente corresponde, pues que, se repite, a la Corte le está vedado elegir uno de ellos o cambiar el indicado por el recurrente.

5ª La demanda de casación que aquí se estudia, en los cinco cargos que ella plantea, se estructuró con prescindencia absoluta de algunos de los requisitos exigidos por la preceptiva técnica del recurso extraordinario. En efecto:

a) Sin embargo, de que el recurrente no expresa, en ninguno de los cargos, la causal que alega, lo que de por sí implica inobservancia del artículo 374 citado, la Corte entiende que los funda en la primera, como se infiere de su contenido, y en este entendimiento hay que decir que la demanda no indica "los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara", como lo requiere dicha norma;

b) Si el Tribunal basó su fallo absolutorio en la consideración cardinal de que, en lo atinente al saldo del precio de la compraventa, se produjo entre las partes una novación que extinguió aquella obligación y por ello aplicó las normas regulativas de dicho fenómeno jurídico, era deber inexcusable del recurrente denunciar violación de dichos preceptos legales. Como así no lo hizo en ninguno de los cuatro primeros cargos que formula, resulta que los artículos 15, 1501, 1546 y 1930 del C. C., cuyo quebranto acusa en los tres primeros, si bien son normas sustanciales, no constituyen por sí solos la indispensable proposición jurídica completa;

c) El Tribunal no aplicó en su fallo el artículo 1546 del C. C., ni el 1930 *ibídem* que consagran, el primero, el derecho de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, en el supuesto que esa norma señala; y el segundo ese mismo derecho para el vendedor cuando el comprador está en mora de pagar el precio. Y si el Tribunal no aplicó dichas normas, ni en todo ni en parte, es errado acusar la sentencia por interpretación errónea de ellas, como lo hace el censor en el cargo primero, o por aplicación indebida, como lo hace en el segundo, puesto que estos dos conceptos de violación suponen necesariamente la aplicación de la ley en la sentencia;

d) En el cargo cuarto el recurrente no cita como violada norma sustancial alguna; y si bien en el desarrollo de él alude al artículo 1690 del C. C., es lo cierto que no indica el concepto en que lo estima infringido. En este cargo el recurrente también olvidó la preceptiva del artículo 374 del C. de P. C., puesto que formulado como viene por la vía indirecta, omite indicar la clase de error en que el Tribunal habría incurrido al apreciar la escritura número 3046 de 31 de julio de 1970, y

e) Finalmente, además de que el cargo quinto aparece huérfano de fundamentación, en él el censor acusa simultáneamente violación de los artículos 1687 y 1690 del C. C., por aplicación indebida y por interpretación errónea, olvidando que son dos conceptos de infracción excluyentes.

6ª De todo lo dicho se sigue que la defectuosa formulación de los cargos los torna ineficaces y, en consecuencia, se rechazan.

V

Decisión.

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 ocho (18) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

FILIACION NATURAL

Asignatario a título singular y a título universal. El asignatario del remanente siempre es heredero.—El título de heredero no es cesible.—Nada impide citar también a los legatarios.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

En fallo calendado el 20 de febrero de 1974, del que se pidió aclaración que fue denegada en providencia de 8 de mayo siguiente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga desató la segunda instancia en este proceso ordinario que suscitara Leda Adalgiza González vda. de Tejada, frente a los asignatarios testamentarios de Genaro Flaker.

Como finalizó el trámite del recurso de casación que contra dicha sentencia propusieron los demandados, la Corte procede a decidirlo.

I

El litigio.

1. Ante el competente Juez Civil de Buga, en demanda que fue admitida por auto de 17 de junio de 1959, Leda Adalgiza citó a juicio ordinario a Persides Romero, Mercedes y Arturo Escandón, Comunidad de las Siervas de Jesús, Comunidad de los Padres Redentoristas, Comunidad de los Padres Capuchinos, Comunidad de los Hermanos Cristianos, Asilo de Ancianos de Buga, Hospital San José del mismo lugar, Mercedes y Elena Cabal, Himelda Potes, Gerardo y María Jesús Gómez, Isaura Zúñiga, Olga María Lemus, Marino Sarmiento, Otilia Salazar, Aura Sánchez, Aida Sarmiento, Ruth Cabal, Blanca Recio, Luz Zúñiga y Aurelio Rivar, todos en calidad de asignatarios testamentarios de Genaro Flaker, para que se declarase que la demandante es hija natural de éste y, por tanto, su legitimaria con derecho a intervenir en el proceso de sucesión testada del mismo.

2. La *causa petendi* se hizo consistir en que, desde 1920 y hasta finales de 1922, bajo un mismo techo y como marido y mujer, convivieron Genaro Flaker y Matilde González y que de este trato sexual es fruto la demandante, Leda Adalgiza, quien nació el 11 de junio de 1921; que desde su nacimiento hasta cuando se casó a la edad de los 16 años, Leda Adalgiza fue tratada por Genaro como hija suya, ya que atendió siempre a su crianza, educación y establecimiento y la presentó como tal ante deudos y vecinos.

3. Con oposición de los demandados se adelantó la instancia inicial del proceso, la que culminó con sentencia inhibitoria respecto del Asilo de Ancianos y del Hospital "San José" de Buga, y absolutoria relativamente a todos los demás demandados.

Como de este fallo apelara la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en providencia de 20 de febrero de 1974, revocó la sentencia recurrida y, en su lugar, declaró que Genaro Flaker es padre natural de la demandante Leda Adalgiza González vda. de Tejada, por lo cual ésta tiene derecho a sucederlo como hija.

La parte demandada, entonces, interpuso el recurso de casación que se está decidiendo.

II

Fundamentos del fallo del ad quem.

1. Expresa, en síntesis, el sentenciador de segunda instancia, que por cuanto el proceso de sucesión de Genaro Flaker ya estaba abierto para cuando se inició el ordinario de filiación natural y en aquel ya habían sido reconocidos los asignatarios instituidos en el testamento, la demanda, aunque los demandados son legatarios, está bien dirigida, pues "se encauzó contra una serie de personas que habían sido reconocidas como legatarias del causante en proceso de sucesión que se había declarado abierto y radicado

oportunamente''. Que si al promoverse la investigación de la paternidad la mortuoria no se hubiera iniciado, ''al no aparecer herederos del causante, se habría tenido que demandar al Instituto de Bienestar Familiar''. Que como el testador dispuso ''de todos sus bienes, con ese acto estaba instituyendo herederos a todas las personas a las cuales quiso favorecer, aunque en cada caso particular se haya hablado de que 'lega' determinados bienes''. Que si fueron demandados el Asilo y el Hospital de Buga que son asignatarios del remanente y que si las otras personas demandadas ''quienes a pesar de llamárseles legatarios, vienen a ser herederos del causante, la demanda estuvo bien dirigida y por lo tanto, la litis quedó trabada correctamente'', por lo cual será menester dictar sentencia de mérito y revocar la inhibitoria pronunciada por el *a quo*.

2. Que con los respectivos documentos aportados durante la segunda instancia, quedó plenamente demostrada la existencia jurídica del Asilo de Ancianos y del Hospital San José de Buga, como entes morales, lo mismo que se acreditó quiénes los representan.

3. Pasando al tema central del litigio: la investigación de la paternidad natural, el Tribunal, después del estudio del contenido de las declaraciones de Ramón Ríos Moreno, Ernesto Genaro Micolta, Soledad Lora, Mercedes Castillo, Manuel Vicente Cobo, Manuel Antonio Labrada, Francisco Antonio García, Benjamín Valencia, Genarina Cortés, Manuel Vivas, Miguel Antonio Escobar, Miguel Vicente Higuera, Manuel Ernesto Rojas, Silvestre Clímaco Lamus, José María Garcés y Marco Aurelio Jaramillo, testigos que dan fe de hechos que personalmente presenciaron y que indican las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron, concluye que de esas declaraciones, que ''forman en la mente del fallador el convencimiento completo de lo que se ha perseguido con ellas'', se deduce plenamente que la demandante es el fruto de las relaciones sexuales que, desde 1920 sostuvieron Matilde González y Genaro Flaker y que éste, desde el nacimiento de aquélla y durante 16 años, dio a Leda Adalgiza trato de hija. Que la conclusión anterior resulta fortificada con los escritos rubricados por Mercedes y Arturo Escandón, quienes cuidaron de Genaro los últimos 14 años de su vida, documentos donde se afirma que éste reconocía que Leda Adalgiza era hija suya.

III

La demanda de casación.

En ésta se formulan seis cargos contra la sentencia que se deja extractada, todos dentro del ámbito de la causal primera. Como cada uno de ellos está herido por el mismo defecto mortal, se despacharán en conjunto.

Primero. Afirma el recurrente en este cargo que como el testador hizo discriminada asignación de todos sus bienes a título singular y como, en la cláusula tercera de su memoria, dispuso que ''si por cualquier motivo resultare algún remanente de bienes, dineros, créditos u otros valores, se aplicaran preferentemente'' a satisfacer los gastos de sepelio y del proceso de sucesión, y que si de esta manera no quedaban totalmente cubiertas esas erogaciones, el faltante debía ser satisfecho por los legatarios a prorrata del monto de sus respectivas asignaciones, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al concluir que Genaro Flaker instituyó como herederos suyos al Asilo y al Hospital, pues si todo había sido distribuido y el posible sobrante debía destinarse a gastos de entierro y expensas comunes del proceso de sucesión, nada quedaba como remanente para las dos entidades mencionadas. Que si ningún bien podía quedar después de satisfechos los gastos del entierro y de la mortuoria, entonces no podían existir herederos del remanente, pues nada quedaba para éstos. Que, en síntesis, si el asignatario a título universal, no le quedan bienes del difunto, aquel no es heredero. Que como el causante carecía de descendientes, ascendientes y colaterales, ni designó heredero, ''al no haber dejado especies o géneros determinados para cubrir el hipotético remanente en beneficio del Asilo y del Hospital, es lógico que se está dando efecto a una disposición testamentaria que carece de fundamento''. Que el Tribunal, al entender que el Asilo y el Hospital eran herederos porque se les dejó un remanente inexistente, cometió error evidente de hecho en la interpretación del testamento, que lo condujo a infringir, por aplicación indebida, los artículos 1124, 1157, 1155 del C. Civil y 10 de la Ley 75 de 1968, y, por falta de aplicación, los artículos 1162 del C. Civil y 61, 62 y 66 de la Ley 75 apuntada.

El censor remata su ataque afirmando que, ''no existiendo en este proceso heredero universal, el Tribunal ha debido proferir fallo inhibitorio''.

Segundo. En este cargo dice el recurrente que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 1156 y 1157 del C. Civil y 10 de la Ley 75 de 1968, pues a pesar de ver que los asignatarios, distintos al Asilo y al Hospital, habían sido instituidos como legatarios del causante, puesto que se les llamó a suceder en cosas determinadas, sin embargo, expresó que por cuanto ellos habían

sido reconocidos en tal calidad dentro del respectivo proceso sucesorio, "vienen a ser herederos del causante". Que con lo anterior dejó de aplicar el artículo 1162 del C. Civil que establece que los legatarios no representan la persona del difunto, y los artículos 62-f) y 66 de la Ley 75 de 1968. Que el Tribunal ha debido declararse inhibido por falta de herederos.

Tercero. Arguye el impugnante que el testador distribuyó una a una las cosas que componían su activo, por lo cual todas sus asignaciones por causa de muerte lo fueron a título singular, es decir que todos constituyen legados; que si "por inútil relleno" dispuso que el posible saldo o remanente fueran el Asilo y el Hospital de Buga, ello no entraña voluntad de instituir como sus herederas a estas dos entidades. Que la disposición del remanente debe entenderse como institución de heredero solo cuando el testador ha dispuesto de un remanente que "cree tener y realmente tiene", pero que cuando lo hace solo por prevenir, el llamado al remanente no es heredero.

Que si el causante conoce todas las cosas que integran "su patrimonio" y dispone de ellas por testamento, menos de algunas que también conoce, a quien instituye asignatario del remanente no será heredero, sino legatario, pues no le asigna cuota, sino cosas determinadas.

De lo anterior concluye el censor que la sentencia quebrantó, por interpretación errónea, el artículo 1157, pues consideró que el Asilo y el Hospital San José de Buga eran herederos, por habérseles dejado un remanente, y por aplicación indebida, el artículo 1155, pues le dio al legatario facultad de representar al causante, y, por falta de aplicación, el artículo 1162 "por no haberlo tenido en cuenta para rechazar la representación de aquél en cabeza de legatarios". Que por las mismas razones aplicó indebidamente el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y dejó de aplicar los artículos 62-f) y 66 de la misma "al negarle al Instituto de Bienestar su calidad de heredero y la representación del causante". Que el Asilo y el Hospital San José de Buga son simples legatarios.

Cuarto. Denúnciase en este ataque violación, por interpretación errónea del artículo 1419 del C. Civil; por falta de aplicación, los artículos 1162 del C. C. y 62-f) y 66 de la Ley 75 de 1968, y por aplicación indebida los artículos 1155 del C. Civil y 10 de la Ley 75 citada. Dice el censor que si la acción consagrada contra los legatarios en el artículo 1419 es "subsidiaria" de la principal que debe adelantarse contra los herederos, no debió dictarse sentencia de mérito sino inhibitoria, desde luego que los demandados son todos legatarios y no fue llamado al proceso el Instituto de Bienestar Familiar "único heredero universal con legitimación para ser parte demandada".

Quinto. Expresa el atacante que cuando en el segundo inciso del artículo 10 de la Ley 75 se dijo que el hijo natural, muerto el presunto padre, *podrá* adelantar la acción de investigación contra los herederos de éste, con ello se buscó consagrar legislativamente el derecho que tiene todo hijo de averiguar quiénes son sus padres, así éstos hayan muerto; que aunque allí no se dice *deberá,* la acción siempre debe adelantarse contra los herederos; que nunca pueden ser demandados los legatarios del difunto. Que con lo anterior, se interpretó erróneamente el artículo 10 citado, se dejaron de aplicar los artículos 1155 del C. Civil y 62-f) y 66 de la Ley 75, y se aplicó indebidamente el 1156 del mismo Código.

Sexto. En este último cargo la censura acusa infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1155, 1157 y 1162 del C. Civil y 10 de la Ley 75 de 1968, y, por falta de aplicación, de los artículos 1162 del mismo Código y 62-f) y 66 de dicha Ley 75.

El recurrente alega que los artículos 1156 y 1157 apuntados "fueron aplicados a situaciones no contempladas en ellos", puesto que en el testamento del causante no aparece en parte alguna la voluntad de instituir heredero. Que no existiendo residuo de bienes, no se podía conceder al Asilo y al Hospital San José de Buga la calidad de herederos, aunque en la memoria testamentaria se les llamó a suceder como "legatarios del remanente". Que, entonces, como la demanda "no iba dirigida a las personas que legitiman la parte demandada", sino contra los legatarios, que no tienen facultad de representar al causante, el libelo demandador debía haber sido rechazado, pues los legatarios no pueden ocupar el puesto de los herederos; que con tal proceder "se desconoció al Instituto de Bienestar Familiar su condición de heredero y se le negó la representación que la ley le otorga".

IV

La Corte considera.

1. Como surge de lo compendiado en los dos primeros capítulos relativos al litigio y a la sentencia del *ad quem,* el tema central del debate jurídico de la instancia consistió en la existencia o no, durante la época de la concepción de la demandante, de relaciones sexuales entre la madre

de ésta y Genaro Flaker, y si éste dio a aquélla posesión notoria del estado de hija natural. La controversia, pues, tuvo como tema principal, ya que se trata de proceso en que se investiga la paternidad, el de si existe o no presunción legal en que pueda fundarse una sentencia declarativa de paternidad natural.

Y como el Tribunal, al dictar la sentencia de segunda instancia, halló plenamente demostrada presunción que permitía inferir que la demandante es descendiente natural de Flaker, así lo sentenció declarando a éste progenitor de aquélla. Ahora bien, como la demanda fue notificada rigiendo ya la Ley 75 de 1968, el Tribunal, al acoger la presunción de paternidad, dio cabal aplicación al artículo 6º de la ley mencionada, pues declaró la paternidad natural con base en la demostración de que, para la época en que Leda Adalgiza fue concebida, Genaro Flaker y su madre sostenían relaciones de tipo sexual, y que éste, desde el nacimiento de aquélla y por no menos de 15 años, la trató de tal manera que le dio posesión notoria del estado civil de hija. Así, pues, el sentenciador de segunda instancia aplicó en el fallo recurrido los numerales 4º y 6º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, según la redacción que les dio el artículo 6º precitado.

2. Como prontamente se advierte de la sola lectura de la acusación, el recurrente en ninguno de los cargos denuncia quebranto de las normas antes indicadas, lo que entrañaría la improsperidad de la demanda de casación, pues ni la relación jurídica debatida en el proceso no sólo está regulada por los preceptos que el censor denuncia como quebrantados, sino muy especialmente por los que antes se indicaron, para que el ataque hubiera quedado bien formalizado, menester era el señalamiento de todas las normas que gobiernan la relación jurídica y no meramente las atinentes a herederos y legatarios.

3. Dejando de lado, empero, este grave defecto de técnica de la demanda de casación que se advierte en todos y cada uno de los cargos, la Corte expondrá en seguida las razones que, desde el punto de vista sustancial, muestran la sinrazón del ataque.

4. Según lo declara llanamente el artículo 1008 del C. Civil, se sucede a una persona difunta a título universal, o a título singular, precisando que de esta segunda manera sólo puede sucederse cuando existe testamento, pues cuando la vocación hereditaria emana de la ley, todas las asignaciones son siempre a título universal. Por eso se dice con razón que el legislador sólo instituye herederos, es decir, asignatarios a título universal, y que el hombre, en cambio, puede instituir, por causa de muerte, asignatarios a uno y otro título. Pero la calidad de legatario o de heredero, es decir, de asignatario a título singular o a título universal, no depende de las palabras utilizadas por el testador, o de los bienes con que ordena pagar la asignación, sino de la naturaleza misma del llamamiento a suceder.

El heredero, vale decir, el sucesor del causante a título universal, el que lo representa en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1155 del C. C.), es el asignatario que, instituido ya por la ley, ora por el testamento, sucede al de cujus *en todos sus bienes, en una cuota de los mismos, o, por último, en el remanente (artículos 1011 y 1157 ibídem). Cuando se dispone del residuo, el asignatario señalado para recoger el remanente es siempre heredero, así todas las demás disposiciones del testamento hayan sido a título singular o así lo hayan sido de cuota, evento éste último en que el asignatario del remanente es heredero de la cuota que falta para completar la unidad conforme al mandato claro y lógico del artículo 1157 citado, sin olvidar que si las cuotas designadas por el testador completan o exceden la unidad, el heredero del remanente nada tendrá (artículo 1159 ibídem).*

Y como el heredero, ya sea asignatario del todo, de cuota o del remanente, no sólo es llamado a suceder al difunto en su activo, *sino en el* patrimonio, *es palmario que si acepta la asignación lo sucederá simultáneamente en los bienes que componen su activo y en las obligaciones transmisibles que integran su pasivo. Por ello declara el artículo 1155 del C. Civil que el heredero representa la persona del testador para sucederla en todos sus* derechos *y* obligaciones *transmisibles y que, además, es obligado, en principio, al pago de las cargas testamentarias, es decir, las constituidas por el testamento mismo, como son los legados. Este carácter del heredero que lo convierte en verdadero sucesor jurídico del causante, que le permite y le impone, simultáneamente, ocupar el lugar de aquél no sólo como titular de derechos, sino como sujeto de obligaciones, explica claramene por qué no es atributo esencial para gozar de la calidad de heredero que éste reciba provecho económico de su título, y que en nada perjudica su calidad de asignatario a título universal el que el monto de las obligaciones del causante exceda al de los bienes relictos. Si se consume, pues, todo el caudal sucesoral sin que el heredero haya recibido algún bien, el asignatario aceptante seguirá siendo heredero, ya que su calidad no se la otorga el hecho de que efectivamente reciba algún bien de los que componen el acervo herencial, sino el de*

que haya aceptado la asignación a título universal que se le hizo por la ley o por el testamento, acto jurídico que lo inviste como "representante de la persona del difunto para sucederlo no sólo en todos sus derechos, sino también en sus obligaciones transmisibles". El heredero, pues, tanto como titular de derechos o como sujeto de obligaciones, pasa a ocupar el sitio jurídico que, por virtud de la muerte, dejó vacante el de cujus.

Aceptada la herencia, aquél conservará el carácter de heredero a pesar de que los bienes relictos se consumen íntegramente antes de que las deudas hereditarias o testamentarias sean satisfechas. Quien fue heredero seguirá siendo tal (semel herex, semper heras). De ahí por qué, aún después de haberse efectuado por el heredero la cesión de su derecho herencial, sigue siendo heredero. Ese título no es cesible. Efectuada entonces la cesión, el cedente, no el cesionario, tiene la calidad de heredero. De otra parte, si cuando todas las disposiciones testamentarias, excepto la del remanente, son a título singular y cualquiera de los legatarios no acepta la asignación, el bien en que ésta consiste, necesariamente irá a los asignatarios del remanente, pues éstos no sólo recogen los bienes de que no dispuso el testador, sino que por ser su título universal, tienen derecho al patrimonio restante del difunto, al cual vuelven los bienes asignados al legatario que repudia. Y como el asignatario del remanente siempre es heredero, tiene vocación para recoger todos los bienes de que el testador no dispuso y aun aquellos en que, a pesar de haber dispuesto, sus disposiciones no tuvieron efecto por cualquier causa, como cuando repudia el asignatario o es incapaz o indigno. Y no sólo estos bienes. También recoge, en virtud de su institución, todos los demás de que no dispuso el causante por ignorar que eran suyos y los que adquiera con posterioridad al momento de la testamentifación.

5. Conclúyese de lo anterior que el heredero como sucesor jurídico del difunto, como su representante, le sucede no sólo en sus bienes, sino también en sus obligaciones transmisibles. No es, pues, sucesor exclusivamente del activo herencial, de los bienes singularmente considerados, sino de la universalidad jurídica llamada patrimonio, de todos los derechos y obligaciones apreciables en dinero.

6. Confrontando la doctrina expuesta con las tesis de la censura, conclúyese, sin esfuerzo, que el recurrente anda descaminado totalmente.

En el cargo primero yerra cuando afirma que si el testador dispuso de cada uno de sus bienes y si, además, ordenó que cualquier sobrante o residuo debía de aplicarse preferentemente "a gastos de entierro y del proceso sucesorio, no tienen la calidad de herederos el Asilo de Ancianos y el Hospital San José de Buga, pues nada quedaba como remanente para esas dos entidades". Y yerra también cuando asevera que los asignatarios del remanente no son herederos "al no haberse dejado especies o géneros determinados para cubrir el hipotético remanente".

Como el artículo 1157 del C. Civil ordena que si hechas otras asignaciones se dispone del remanente y todas las asignaciones, excepto la del residuo, son a título singular, el asignatario del remanente es heredero universal, síguese que en la especie de esta litis, que contempla precisamente la situación fáctica que mira el artículo citado, el Asilo de Ancianos y el Hospital San José, son verdaderos herederos, asignatarios universales.

Por las mismas razones fallan los cargos segundo, cuarto, quinto, y sexto, aunque el Tribunal cometió indiscutible dislate al afirmar que por cuanto a los legatarios ya se les había reconocido su calidad de sucesores dentro de la mortuoria de Flaker "vienen a ser herederos de éste", lo cual es claro error, ya que sólo son herederos los asignatarios a título universal; los legatarios lo son siempre a título singular. Este yerro, sin embargo, es intranscendente.

Como antes se expresó, *son los herederos y no los legatarios quienes representan al difunto y le suceden no solamente en sus bienes, sino también en sus obligaciones transmisibles. Son, pues, los herederos, asignatarios a título universal, quienes, en principio, deben satisfacer las obligaciones insolutas del difunto. Tal circunstancia, sin embargo, en nada impide que el demandante, en proceso como éste, cite no sólo a los herederos sino también a los legatarios para que, frente a unos y otros, se haga la declaración de que su padre natural es la persona respecto de la cual aquéllos tienen la calidad de asignatarios. Si bien es cierto que los artículos 404 del C. Civil y 10 de la Ley 75 de 1968, expresan que muerto el presunto padre, la sentencia que declare la paternidad natural sólo producirá efectos frente a los herederos que hayan sido citados, ello no impide que la misma declaración se haga frente a otras personas que no tienen la calidad de asignatarios a título universal, pues en tal evento, por haber fallecido el progenitor y no haberse dictado la sentencia contra legítimo contradictor, el fallo no tiene los efectos absolutos que le concedería el artículo 401 del C. Civil.*

Y, a pesar de que el causante parecía no tener descendientes, ni ascendientes, ni adoptivos, ni cónyuge, ni colaterales con vocación hereditaria, el Instituto de Bienestar Familiar no podía ser

considerado en ningún caso como su heredero, por la potísima razón de que el testador, al señalar herederos del remanente, dejó de lado a ese Instituto.

Y como el asignatario del remanente no sólo lo es del residuo que haya al momento de otorgarse el testamento, sino del que existe al fallecer el causante, es decir, que a él también le corresponden los bienes adquiridos con posterioridad a la testamentifación, síguese que el cargo tercero tampoco puede ser próspero.

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 proferida el 8 de mayo de 1974 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en proceso suscitado por Leda Adalgiza González vda. de Tejada, frente a los herederos de Genaro Flaker.

Sin costas, porque el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



EXEQUATUR

Requiere reciprocidad diplomática o legislativa.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Encontrándose rituado legalmente, procede hoy la Corte a decidir el presente proceso que para obtener la ejecución de sentencia extranjera instauró Carlos A. Faillace Vengoechea.

I

La solicitud de exequatur.

1. Mediante demanda de 15 de enero de 1973, el citado Carlos Faillace Vengoechea solicitó a la Corte que se conceda el *exequatur* a la sentencia pronunciada el 15 de diciembre de 1971 por el Tribunal Civil de Rieti (Italia), que declaró "cesados los efectos civiles del matrimonio contraído el 20 de octubre de 1937 según el rito católico" entre el peticionario y Gioffre Gisele.

2. En apoyo de su pretensión el demandante invocó los hechos que, sintetizados, son los siguientes:

Que el 20 de octubre de 1937 contrajo matrimonio católico en Roma con Gisele Gioffre, unión que fue inscrita en el registro de esa ciudad, según la ley italiana; que en diciembre de 1970 la cónyuge presentó demanda ante la correspondiente autoridad de dicho país para obtener la cesación de los efectos del matrimonio; que el Tribunal Civil de Rieti, mediante sentencia proferida el 15 de diciembre de 1971, así lo decretó; que dicho fallo, del cual se hizo la correspondiente anotación en el Registro Civil de Roma, "adquirió fuerza de cosa juzgada"; y, finalmente, que como consecuencia de lo así dispuesto por los jueces civiles, la citada Gioffre "pasó a segundas nupcias en Italia a mediados del año de 1972".

3. El peticionante adjuntó a su demanda los siguientes documentos :

a) Original de la traducción oficial número 8129 de la sentencia para la cual se solicita el *exequatur*, hecha por la Oficina de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia;

b) Oficio del Jefe de la División de Asuntos Jurídicos de dicho Ministerio, dirigido al peticionario, en el cual se expresa que "no existen convenios internacionales sobre reconocimiento en Colombia a las sentencias de tribunales extranjeros", y

c) Declaración escrita del señor Embajador de Italia en Colombia, según la cual, por no existir entre estos dos países "acuerdo sobre reciprocidad en el reconocimiento de las sentencias", Italia aplica el principio de la reciprocidad legislativa".

4. Ante la imposibilidad de localizar a la demandada para surtir con ella la notificación y el traslado de la demanda, como se desprende de los exhortos que por conducto del Ministerio de Relaciones se libraron al Cónsul de Colombia en Roma, se emplazó a aquélla en los término previstos por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil; y como tampoco por este medio se logró su comparecencia al proceso, se le designó curador *ad litem*.

Este, luego de posesionado, recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda; y contestó ésta requiriendo la prueba de los hechos afirmados en ella, especialmente, dijo, la atinente a la ejecutoria de la sentencia italiana, de conformidad con la ley de dicho país; pues que, agregó, "por lo menos en los documentos que me fueron entregados no aparece la constancia o certificación del caso emanada de la autoridad competente".

5. Recibido a prueba el negocio, la Corte decretó como tales las que el demandante adjuntó a su demanda; y, además, "para determinar la reciprocidad legislativa en el punto, lo mismo que el alcance o efectos de la sentencia para la cual se impetra la declaración de *exequatur,* y la ejecutoria de ella", mediante auto de 26 de septiembre pasado dispuso allegar al proceso copia auténtica de las leyes italianas regulativas de dichos aspectos jurídicos.

Sin embargo, de haberse librado desde entonces los exhortos respectivos, la prueba no se produjo, pues que solamente se diligenció el atinente a la inexistencia de "convenio o tratado alguno firmado entre Colombia e Italia, sobre la fuerza de las sentencias judiciales entre ambos países", según certificación de 9 de octubre de 1974, expedida por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

II

Concepto del Procurador.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista de 7 de marzo del presente año, reiterando la posición por él asumida desde la contestación a la demanda, después de notar que en torno a los efectos de las sentencias judiciales no existe tratado entre Colombia e Italia, observa que no hay prueba "de la existencia de la ley extranjera, en este caso de la italiana, con lo cual se acredite la reciprocidad legislativa".

Con apoyo en esta consideración el señor Agente del Ministerio Público conceptúa que "no puede concederse el *exequatur*" solicitado.

III

Consideraciones de la Corte.

1ª Consecuencia obvia y natural de la soberanía del Estado, es el principio de derecho de que ni las leyes extranjeras ni las decisiones de jueces extraños tienen valor dentro del territorio nacional.

El principio indicado no es, sin embargo, absoluto; razones de variada índole han conducido siempre al legislador colombiano a limitar el rigor de ese postulado, a fin de que las disposiciones jurisdiccionales extranjeras puedan tener fuerza en su territorio y puedan, por tanto, ejecutarse dentro de él. Con tal mira consagró la autorización llamada *exequatur,*

2ª Determinando los efectos de las decisiones de jueces extranjeros, dice el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil: "Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les conceden los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia".

3ª De acuerdo con la preceptiva legal contenida en el texto transcrito, en lo tocante a la ejecución de sentencias extranjeras, nuestro derecho acogió el sistema de la reciprocidad diplomática, combinado con el de la reciprocidad legislativa.

Según él, debe atenderse en primer lugar a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretende ejecutar en nuestro territorio nacional; y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concedida por esa ley a los proferidos en Colombia.

De manera que, cuando no hay tratado público, es indispensable que quede demostrado en el proceso respectivo que la ley del país, donde fue dictada la sentencia que pretende ejecutarse en Colombia, le da el mismo valor a las sentencias de los jueces nacionales colombianos, o sea, que éstas admiten ejecución allí. Lo cual significa que en tal supuesto es menester acreditar, en la forma indicada por el artículo 188 del C. de P. C., la vigencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido.

4ª En el caso de este proceso, acreditada la falta de tratado entre Colombia e Italia en torno a la fuerza de sus sentencias judiciales, la Corte, a intento de determinar la reciprocidad legislativa en el punto, lo mismo que los efectos de la sentencia para la cual se impetra la declaración de *exequatur* y la ejecutoria de ella, solicitó, por los medios legales a su alcance, copia de las leyes italianas respectivas. Sin embargo, de haberse librado el exhorto respectivo por conducto del Ministerio de Relaciones, la prueba no se practicó.

Sin la demostración de la vigencia o existencia de la respectiva ley italiana, no le es dado a la Corte aplicar la norma supletoria sobre reciprocidad legislativa, como presupuesto para decretar el *exequatur* frente a la sentencia proferida por el Tribunal de Rieti, que declaró "cesados los efectos civiles del matrimonio contraído el 20 de octubre de 1937 según el rito católico, entre Faillace Carlos Antonio y Gioffre Gisele";

ni puede, por la misma ausencia de dicha prueba, determinar si tal sentencia se encuentra ejecutoriada "de conformidad con la ley del país de origen"; ni si dicho fallo, por sus efectos, se opone o no a "leyes u otras disposiciones colombianas de orden público", que son, según el artículo 694 del C. de P. C., dos de los requisitos indispensables para la procedencia del *exequatur*.

5ª De las anteriores consideraciones brota la conclusión de que la solicitud de *exequatur* que aquí se considera es legalmente improcedente; y que, por tanto, debe negarse.

IV

Decisión.

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 CONCEDE el *exequatur* a la sentencia pronunciada el 15 de diciembre de 1971 por el Tribunal Civil de Rieti (Italia), que declaró "cesados los efectos civiles del matrimonio contraído el 20 de octubre de 1937, según el rito católico entre Faillace Carlos Antonio y Gioffre Gisele".

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

PROMESA DE VENTA

Nulidades absoluta y relativa.—Ratificación expresa y tácita: requisitos de una y otra.—Nulidad absoluta, efectos de su declaratoria.—Prestaciones mutuas.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de septiembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Ana Rosa Durán de Hernández, frente a Luis Jorge Quintero.

I

Antecedentes.

1. El 10 de mayo de 1971, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en la ciudad de Bucaramanga y que autenticaron ante el Notario Tercero de allí, se pactó entre los citados Ana Rosa Durán de Hernández, por una parte, y Luis Jorge Quintero, por la otra, el contrato que llamaron *"promesa de venta"*, cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La primera expresó "ceder en título de venta real y efectiva" a favor del segundo la finca denominada "La Cantera", con extensión superficiaria de 42 hectáreas, ubicada dentro de la jurisdicción municipal de Piedecuesta, y sin señalar para ella otros elementos determinantes, dijeron que la finca materia de la promesa "se compone de 14 vacas, un (1) toro padre, herramientas en general de uso en la misma, una motobomba, un transformador para luz eléctrica, estufa a gas, tres camas, un juego de sala, un juego de comedor y los utensilios de cocina";

b) Acordaron los contratantes como precio de las cosas objeto de la compraventa prometida la suma de $ 304.000.00, de los cuales el promitente comprador, entregó en esa fecha a su prometiente vendedora, "como arras", $ 30.000.00, comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 80.000.00, dentro de los 30 días siguientes, contados a partir de esa fecha; $ 110.000.00 dentro de los 90 días posteriores a la fecha en que ajustaron el pacto, y los $ 84.000.00 restantes, tomando a su cargo el gravamen hipotecario que a favor de la Caja de Crédito Agrario pesaba sobre "dicha finca";

c) Después de haber estipulado que las arras "serían devueltas dobles si el vendedor vuelve atrás con el negocio o en caso contrario las perdería el comprador", aclararon los contratantes que esta estipulación no tendría efecto "si es la Caja Agraria la que pone inconveniente para el negocio", y

d) Comprometióse la promitente vendedora, finalmente, a entregar la finca al prometiente comprador dentro de los 15 días siguientes a la fecha del pacto.

2. Por disposición de autoridad el demandado fue privado de su libertad, y por tanto, detenido en la cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, desde el 7 de junio de 1971.

3. Luego de que en septiembre de 1971 la demandante recibió del demandado $ 3.200.00, suma que aquélla expresó corresponder al "valor de los intereses de $ 110.000.00..., saldo que me adeuda de la venta de la finca La Cantera", en escrito de 18 de octubre siguiente, manifestó que el saldo por ese concepto era entonces de $ 100.000.00.

Y así, a partir de octubre del mismo año de 1971 y hasta julio del año siguiente, mensualmente recibió del demandado la suma de $ 2.000, que expresó corresponder al valor de los intereses del citado saldo de $ 100.000.00 en cada uno de los diez meses dichos.

4. A instancia de la promitente vendedora, quien había formulado petición al respecto, el 12 de mayo de 1972 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga se trasladó a la Cárcel "Modelo" de allí, en donde a la sazón se encontraba detenido Luis Jorge Quintero, y lo requirió para que, en el plazo de diez días, diera cumplimiento a las obligaciones "que contrajo en el contrato de promesa de compraventa que celebró con doña Ana Rosa Durán de Hernández, el diez de mayo de mil novecientos setenta y uno"; o para que, en caso de que no pueda cumplir, "desocupe de inmediato la finca denominada La Cantera".

En la diligencia respectiva manifestó el requerido, que "ahorita me encuentro detenido, dentro del término de diez días tal vez me es imposible cumplir el contrato, pero con la señora Ana Rosa hemos convenido en que se arreglarán esos papeles cuando yo quede en libertad; yo le estoy pagando intereses desde el 7 de junio de 1971, intereses que en total son $ 20.000.00 y cuyos recibos reposan en mi poder".

II

El litigio.

1. Así las cosas, mediante libelo repartido en julio de 1972 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, la citada Ana Rosa Durán de Hernández demandó al mentado Luis Jorge Quintero a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento del demandado, el "contrato de promesa de compraventa" acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciudad de Bucaramanga el 10 de mayo de 1971;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que el demandado debe restituir a su demandante la finca objeto de dicho contrato, "en las mismas condiciones y estado en que la recibió";

c) Que se lo condene, igualmente, a pagarle el valor de los perjuicios causados a ella con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, y

d) Que se declare que aquél perdió la suma de $ 30.000.00 por él entregada a la demandante, como arras del negocio.

2. En apoyo de sus pretensiones la actora invocó, además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, los siguientes hechos:

a) Que en la fecha atrás referida se ajustó entre ella y su demandado un contrato de promesa, mediante el cual aquélla ofreció vender a éste, y el segundo comprar a la primera, el predio rural situado en la vereda "Guatiguará" de la jurisdicción municipal de Piedecuesta, "conformado por dos lotes de terreno" denominados "Montebello" y "La Cantera", con extensión superficiaria de 6 hectáreas el primero y 245.000 metros cuadrados el segundo, comprendidos dentro de las especiales alindaciones que para cada uno de estos dos fundos consigna la demanda;

b) Que de la suma acordada como precio de la finca el demandado, sin embargo, de los requerimientos hechos al efecto, le adeuda "en la actualidad" el saldo de $ 100.000.00, y que, además, "no ha cumplido con el crédito que debía cancelar a la Caja de Crédito Agrario, entidad que ya conminó a la propietaria para que le pagara la suma por el monto de la cual se encuentra gravada la finca con hipoteca, manifestándole que va a iniciar la correspondiente acción judicial para el cobro";

c) Que los requerimientos de dicha institución crediticia obedecen a que Quintero no ha hecho gestión alguna "para subrogar a doña Rosa Durán de Hernández en la obligación, en la forma que con ella había convenido, de una parte, y de otra, porque cambió la destinación del inmueble, cuando ésta estaba expresamente estipulada con el acreedor hipotecario";

d) Que como efecto de la convención ajustada entre ellos, Quintero recibió la tenencia de la heredad y se ha negado a restituirla a su dueña "arguyendo que en él ha realizado mejoras", y

e) Que el incumplimiento del demandado de las obligaciones que para él generó el pacto, ha causado a la demandante perjuicios considerables.

2. En su contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones de la demandante.

Y después de haber reconocido que ciertamente adeudaba a ésta la suma de $ 100.000.00 como saldo del precio de la compraventa prometida, afirmó que no le había pagado oportunamente por la ocurrencia de una fuerza mayor, como lo es, dijo, el hecho de haber sido detenido en la cárcel de ese Distrito; y que en virtud de tal acontecer convinieron con Ana Rosa que él pagaría a ésta $ 2.000.00 mensuales, por concepto de intereses del saldo adeudado entonces, lo que ha venido haciendo.

Con apoyo en estos asertos, en esa primera oportunidad el demandado propuso como previa

la excepción de transacción, defensa que, después de tramitada, se declaró no probada por auto de 15 de marzo de 1973, decisión que, sin embargo, del recurso de apelación interpuesto contra ella se mantuvo, como lo indica el proveído dictado por el Tribunal Superior de ese Distrito el 18 de mayo siguiente.

3. Replicada en tales términos la demanda con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 15 de febrero de 1974, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"1º Declárase nulo, de nulidad absoluta, el contrato de promesa de compraventa, por medio del cual la señora Ana Rosa Durán de Hernández prometió vender al señor Luis Jorge Quintero, el inmueble denominado 'La Cantera', situado en la comprensión municipal de Piedecuesta.

"2º Que como consecuencia del ningún valor del mencionado contrato se ordena lo siguiente:

"a) El demandado Luis Jorge Quintero deberá restituir a su propietaria, seis días después de la ejecutoria de esta providencia, la tenencia de la finca objeto de la litis con todas sus anexidades y mejoras;

"b) Así mismo restituirá los semovientes recibidos con sus correspondientes utilidades, regulación que se hará mediante el trámite del artículo 319 (sic) del C. de P. C.;

"c) También cancelará el valor de los frutos civiles de la finca a partir de la fecha de contestación del libelo, los cuales se evaluarán por el mismo procedimiento del artículo 319 (sic) *ibídem;*

"d) A su vez la demandante Ana Rosa Durán de Hernández, deberá reintegrar al demandado, en el mismo término de seis días, las sumas abonadas sobre el precio de venta y las arras, más los respectivos intereses legales desde la fecha en que fueron entregadas dichas cantidades;

"e) En cuanto a mejoras deberá la demandante pagar las que fueren útiles y necesarias y se estimarán en la forma prevista por el artículo 309 del C. de P. C.

"3º Se condena en costas en un 50% a cada una de las partes".

4. Ambas partes impugnaron entonces dicha sentencia: la demandante por estar inconforme con ella en su integridad; y la demandada sólo en cuanto se la condenó a restituir los bienes y sus frutos.

Por virtud, pues, de la apelación así interpuesta el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el que, en fallo de 12 de septiembre de 1974, confirmó el numeral 1º de la parte resolutiva del apelado; infirmó los numerales 2º y 3º, absolvió, en cambio, al demandado de los hechos concernientes a dichas dos disposiciones; e impuso "al apelante vencido" las costas de la segunda instancia del proceso.

III

Motivación del fallo impugnado.

1. A vuelta de hacer transcripción íntegra de las piezas más importantes del proceso y de relatar todo el desarrollo de éste, inicia el Tribunal el estudio de la acción resolutoria de contrato, que es la que encuentra deducida principalmente en la demanda.

Dice al punto que en el documento de 10 de mayo de 1971, contentivo del contrato cuya resolución pretende la demandante, quisieron las partes plasmar una promesa de compraventa, pero que ésta, "si bien se examina, adolece de falta, de la circunstancia contenida en el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887".

Y después de transcribir este precepto legal, afirma el *ad quem* que "en el contrato invocado como fuente de derechos y obligaciones para las partes tampoco se determina ningún plazo o condición para el otorgamiento de la escritura pública, o sea, para la celebración del contrato prometido, y como ya se dijo, solamente se determina el objeto de la venta, que es un inmueble, en forma parcial sin que aparezca, claramente ni su ubicación ni sus linderos".

2. Conclusión de esta primera parte de sus motivaciones es, para el Tribunal, la de que faltándole a la promesa de compraventa dos de los requisitos que para el contrato de esta especie exige el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, el pacto "es nulo y no produce efectos civiles, porque su nulidad es absoluta ya que ésta se produce por la omisión de algún requisito o formalidad legal para el valor del acto o contrato en consideración a su naturaleza", según la preceptiva legal contenida en el artículo 1741 del Código Civil.

Nulidad ésta que, añade el sentenciador, puede y debe ser declarada de oficio por el juez según lo preceptúa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues que aparece aquí de manifiesto.

3. Refiriéndose a la regulación de las prestaciones recíprocas que contiene la sentencia de primer grado, dice el Tribunal que como en la demanda las peticiones al respecto se deducen como consecuenciales de la resolución del contrato, "no prosperando la pretensión principal, tampoco pueden prosperar las otras que son su consecuencia"; y que para que el fallo no resul-

te incongruente con la demanda "lógicamente hay que absolver al demandado".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil le formula dos cargos.

Por cuanto con el primero de ellos el recurrente impugna en su integridad las disposiciones de dicho fallo, la Corte debe considerarlo en primer lugar, y subordina el estudio del segundo a la improsperidad de aquél, desde luego que en dicha censura sólo se ataca parcialmente la sentencia del Tribunal.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de Bucaramanga de ser directamente violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 1740 y 1741 del Código Civil; y de los textos 1752, 1754, 1546 y 1602 de la misma codificación citada, por falta de aplicación.

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente luego de referirse a las motivaciones en que el *ad quem* apoyó su resolución anulatoria, asevera que, sin embargo, de ser ellas ciertas, no procede declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa, tal cual lo hizo el Tribunal, puesto que "el cumplimiento de las obligaciones de las partes por lo menos en lo que inicialmente correspondía están dando lugar a la ratificación que sanea la nulidad absoluta hallada".

El autor del recurso extraordinario alude y menciona en seguida algunos hechos, cuya prueba encuentra en el proceso, que a su juicio conducen a afirmar "que las obligaciones emanadas del contrato celebrado entre la señora de Hernández y el señor Quintero fueron algunas de ellas cumplidas totalmente". Se refiere así a las manifestaciones del demandado, contenidas en el requerimiento que se le hizo y en la contestación a la demanda, las cuales, dice, acreditan que evidentemente él recibió el bien o bienes objeto del contrato; y a los pagos que éste hizo de algunos contados del precio a la demandante.

De todo lo cual concluye que "aun atendiendo el criterio de que el contrato fue nulo cuando se suscribió, por ausencia de algunos de los requisitos que le son propios, la posterior ratificación de las partes lo hizo válido".

3. Pasa en seguida el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

Expresa, al efecto, que al declarar en su sentencia la nulidad del contrato el fallador infringió, por falta de aplicación, los artículos 1752 y 1754 del Código Civil, conforme a los cuales la nulidad puede sanearse por ratificación expresa o tácita; y que esta última consiste "en la ejecución voluntaria de la obligación contratada". Añade que con tal disposición el Tribunal quebrantó, además, por igual concepto, el artículo 1545 *ejusdem* que autoriza la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes; y que aplicó, no debiendo aplicarlos al caso litigado, los textos 2º de la Ley 50 de 1936, 1740 y 1741 del Código Civil.

Se considera.

1. Según el derecho positivo colombiano la nulidad sustancial, que es la sanción establecida por la ley para los actos jurídicos en cuya celebración no se observan los requisitos que para el valor de los mismos ella misma prescribe, es absoluta o relativa.

La nulidad absoluta, que se funda siempre en razones de interés general o de orden público, se produce por una prohibición de la ley, o por un defecto esencial que impide al acto producir efecto alguno desde el momento de su celebración; la nulidad relativa, que se funda, en cambio, en el interés privado de las partes, es una medida de protección establecida en favor de las personas que, por razón de su incapacidad legal, no tienen la libre administración de sus bienes, o que han sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión del negocio jurídico.

2. En su última parte establece el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 que la nulidad absoluta, "cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

Cuando ella es posible la ratificación, o sea el acto por el cual se hacen desaparecer los vicios del contrato cuya nulidad habría podido ser invocada, puede ser expresa o tácita (artículo 1752 C. C.). Y si bien cada una de ellas se produce en forma distinta, es lo cierto que ocurrida una u otra se convalida el acto respectivo desde su origen: como efecto propio de la ratificación todo sucede ahora como si el contrato hubiera sido regular desde el principio.

La ratificación expresa como medio saneador de la nulidad requiere, para su validez, que se haga "con las solemnidades a que por la ley está

sujeto el acto o contrato que se ratifica" (artículo 1753 C. C.); y según lo preceptúa el artículo 1754 ibídem *la ratificación tácita consiste "en la ejecución voluntaria de la obligación contratada".*

Según los términos de esta última disposición, la ratificación o confirmación tácita de un acto jurídico nulo, al igual que la expresa, debe ser voluntaria; y consiste en la ejecución que de un modo libre hace la persona de todas o de parte de las obligaciones que de dicho contrato surgieron para ella. La ratificación tácita supone, pues, para su eficacia que se haga con ánimo de cumplir el pacto.

3. Exhaustivamente lo ha dicho la Corte, con fundamento en la preceptiva legal pertinente, que la promesa de celebrar un contrato es hoy, por virtud de lo establecido en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que dicha disposición determina.

Pero ha dicho también que las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que unas y otras son completamente distintas. La promesa de un contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación que es entonces de hacer y no de dar. Tratándose, pues, como en el presente caso se trata, de la promesa de venta de un inmueble, los prometientes solo se obligan salvas las estipulaciones adicionales, a otorgar la correspondiente escritura de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignados en el escrito.

"De la promesa de compraventa —ha dicho la Corte— nace como obligación específica para cada una de las partes la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulados. Esto es que, como lo enseña la doctrina, solo produce obligaciones de hacer. Tratándose de la promesa de compraventa, quiere decir que los derechos y obligaciones que la promesa como tal encarna no son los mismos que la compraventa genera, esto es, que la promesa no confiere al promitente vendedor título alguno al pago del precio, ni al prometiente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efectos éstos que solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrían ser subsumidos por la mera promesa cuyo poder vinculatorio no va más allá de obligar mutua y recíprocamente a las partes a la celebración del contrato prometido". (Casación civil de 28 de julio de 1960. G. J., t. XCIII, 114).

5. Si, pues, según lo imperado por el artículo 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, "y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella" *(se subraya); y si corresponde a la naturaleza del contrato de promesa la obligación de perfeccionar el contrato prometido, se impone afirmar que la nulidad del contrato de aquella estirpe sólo se sanea tácitamente cuando los prometientes ejecutan voluntariamente dicha obligación, y no cuando, como aquí ocurre, el cumplimiento espontáneo dice relación a obligaciones que son propias del contrato prometido, pero no de la promesa celebrada.*

Mientras la única y específica obligación que surge del contrato de promesa no se ejecute voluntariamente por los estipulantes, no encontrará el juez hechos que indiquen claramente la intención de confirmar la promesa dicha; y, por ende, no puede considerar que frente a ella ha operado la ratificación tácita.

6. Lo expuesto conduce a concluir que no existiendo en la especie de esta litis ratificación del contrato de promesa que irregularmente acordaron las partes, son inaplicables a ella los artículos 1752 y 1754 del Código Civil; y que, en consecuencia, el fallo acusado no viola dichos preceptos, ni los demás que el cargo que se despacha acusa como infringidos.

No prospera, pues, esta censura.

Cargo segundo.

1. En éste el censor acusa la sentencia de segundo grado de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 1746, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 768 y 669 del Código Civil.

2. En desarrollo de esta censura el recurrente, después de recordar el contenido de las resoluciones de las sentencias de primera y de segunda instancia, advierte que en esta última se confirma el decreto anulatorio, pero se infirma el correspondiente a la regulación de las prestaciones mutuas.

"Al proceder de esta manera el Tribunal —dice el impugnador— violó la ley, directamente, al no dar explicación al artículo 1746 del C. C., disposición que precisamente da a las partes el derecho para ser restituidas, cuando se declara

nulo un acto o contrato por motivos distintos a los de objeto o causa ilícitos, al estado en que se hallarían si tal acto o contrato no hubiera existido. Por no aplicar la norma en cita —añade el recurrente— el Tribunal llegó a una conclusión errónea, como fue la de absolver al demandado, cuando, si confirmaba lo atinente a la nulidad del contrato debía también haber confirmado los puntos restantes de la sentencia de primera instancia, los cuales no eran, como el Tribunal entendió, el despacho favorable de las pretensiones de la demanda, sino la consecuencia obligada de la nulidad que oficiosamente se declaraba".

3. Rematando el cargo que aquí formula, solicita el impugnante la quiebra de la sentencia recurrida extraordinariamente y la confirmación del fallo del *a quo*, "con la modificación que corresponde a que al demandado se le debe dar el tratamiento de poseedor de mala fe, dado que —agrega— de una parte existe en su contra la presunción que contempla el artículo 768 del Código Civil, y de otra, las mejoras cuya existencia alegó, si en verdad existen, fueron construidas o plantadas después de la contestación de la demanda".

Se considera.

1. El principio de la retroactividad es dominante en los efectos de toda declaración de nulidad. La sentencia que tal dispone no hace sino verificar una nulidad que ha existido siempre; el contrato nulo no se ha perfeccionado nunca y no ha producido efecto jamás.

Exceptuada la anulación del matrimonio, fundándose en el indicado principio, que se halla consagrado positivamente en el artículo 1746 del Código Civil, han sostenido concordemente la doctrina y la jurisprudencia patrias que al efecto propio y natural de toda declaración judicial de nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. "Como la sentencia que declara la nulidad de un acto produce efectos ex tun *—ha dicho la Corte— se supone que tal acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado" (G. J.,* CXXXII, *250).*

2. Si, pues, por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial de toda *nulidad sustancial, excepto tratándose del matrimonio, las cosas deben regresar al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo, la sentencia que haga tal declaración, así lo sea oficiosamente, y no regule a la vez las prestaciones mutuas de los contratantes, infringe por inaplicación el artículo 1746 del Código Civil.*

3. Sostener, como lo hace el Tribunal de Bucaramanga, que para evitar un fallo incongruente no procede determinar las restituciones recíprocas de las partes, cuando el decreto de nulidad absoluta de un contrato proviene de la actividad oficiosa que para el juez establece el artículo 2º de la Ley 90 de 1936, es restringir el sentido y el alcance del precitado artículo 1746, a la vez que hacer nugatorios los efectos propios de la nulidad. Lo primero, porque dicha norma alude genéricamente a toda declaración judicial de nulidad, sin contraer los efectos en ella previstos al origen de tal declaración; y lo segundo, porque con semejante predicamento se reconoce la nulidad absoluta del acto, pero, a la vez, se desconocen los efectos naturales de ella, lo que es jurídicamente inadmisible.

De otra parte, como con insistencia lo ha dicho la Corte, no incurre en el vicio de incongruencia el fallo que decreta las restituciones derivadas de la declaración de nulidad de un contrato, aunque no hayan sido invocadas, porque ellas son complemento obligado de esa declaración y deben, por consiguiente, ser ordenadas en la sentencia aun de oficio.

4. De lo atrás dicho brota la conclusión de que el Tribunal quebrantó con su sentencia, por inaplicación, el artículo 1746 del C. C., y que, por tanto, el cargo que aquí se considera es fundado.

V

Sentencia sustitutiva.

Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del cargo segundo la sentencia recurrida extraordinariamente debe casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicha censura se ha hecho a las resoluciones atinentes a las restituciones recíprocas de las partes, la sentencia de reemplazo habrá de reproducir la declaración de nulidad del contrato de promesa de compraventa contenida en el fallo del Tribunal, por cuanto el cargo formulado contra dicha disposición resultó impróspero.

1. Conforme a lo imperado por el artículo 1746 del Código Civil, la determinación de las recíprocas prestaciones que surgen para las partes litigantes de la declaración de nulidad, deben regirse por las mismas disposiciones legales que gobiernan las prestaciones mutuas de la reivindicación.

El Capítulo 4º del Título XII del Libro 2º de la obra citada contiene las normas regulativas de

las "*prestaciones mutuas*", es decir, de los recíprocos derechos y obligaciones que por razón de la reivindicación surgen para el reivindicador triunfante y para el poseedor vencido.

2. Según dichas prescripciones legales, los bienes que fueron materia del contrato de promesa de compraventa y que en razón de éste le fueron entregados por la demandante al demandado, deben ser restituidos por éste a aquélla, junto con los frutos naturales y civiles percibidos y los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el 10 de mayo de 1971 y hasta el día en que se verifique la entrega.

Por su parte, la demandante está obligada a restituir al demandado las sumas que, por concepto del precio de la cosa prometida en venta, éste pagó a aquélla, junto con los intereses causados a la tasa legal, desde la fecha en que fueron entregadas dichas sumas y hasta el día en que se verifique la restitución.

Para la restitución de frutos como para el abono de las mejoras y expensas a que hubiere lugar, el demandado debe ser considerado como poseedor de mala fe, porque, como lo estatuye el artículo 768 *ejusdem*, "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

VI

Decisión.

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 doce (12) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Ana Rosa Durán de Hernández contra Luis Jorge Quintero; y actuando como Tribunal de instancia REFORMA la sentencia de quince (15) de febrero del mismo año, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, la cual, por tanto, queda así:

Primero. Declárase nulo, de nulidad absoluta, el contrato de promesa de compraventa ajustado el diez (10) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971) entre Ana Rosa Durán de Hernández y Luis Jorge Quintero y contenido en documento suscrito por ellos en esa fecha.

Segundo. Condénase al demandado Luis Jorge Quintero a restituir a la demandante Ana Rosa Durán de Hernández, el inmueble alindado en el hecho primero de la demanda, junto con los frutos naturales y civiles percibidos desde el diez (10) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971) y hasta el día en que se verifique la entrega. Y no solamente los percibidos, sino los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa de su poder.

Tercero. Condénase al mismo demandado a restituir, igualmente, a la demandante los semovientes recibidos con causa en el contrato cuya nulidad se declara, junto con las correspondientes utilidades.

Cuarto. Por su parte, la demandante Ana Rosa Durán de Hernández está obligada a restituir al demandado Luis Jorge Quintero todas las sumas de dinero que, por concepto de precio de los bienes prometidos en compraventa, fueron pagadas por éste a aquélla, más los intereses causados a la tasa legal desde la fecha en que fueron entregadas dichas cantidades y hasta el día en que se verifique el correspondiente pago. Así mismo debe restituirle las sumas que por concepto de intereses del saldo o saldos del precio aquélla recibió de éste.

Quinto. La misma demandante queda obligada, igualmente, a pagar al demandado el valor de las mejoras incorporadas por éste al bien inmueble atrás referido y a las que como poseedor de mala fe tiene derecho según la ley.

Sexto. Reconócese al demandado Luis Jorge Quintero el derecho a retener el inmueble hasta tanto la demandante le pague el valor de las expensas y mejoras incorporadas en él, o se lo asegure a su satisfacción.

Séptimo. Para la liquidación de los frutos y estimación de las mejoras, así como para las demás prestaciones a que haya lugar, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Octavo. Se condena a la demandante en el pago del 50% de las costas causadas en las dos instancias del proceso, y

Noveno. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

NULIDAD DE TESTAMENTO

Incapacidad del confesor para heredar por testamento.

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

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de julio de 1974, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira desató la segunda instancia en el proceso ordinario promovido por Alfonso Ramírez Ocampo contra Simón Eladic y Martín Ramírez Ocampo.

Antecedentes.

1. Pretende Alfonso que se decrete la nulidad del testamento que fue otorgado por María Bernarda Ramírez de Cañas ante el Notario único de Santa Rosa de Cabal, mediante escritura número 1150 de fecha 31 de julio de 1970, y en subsidio la declaración de que los asignatarios en él instituidos son incapaces de heredar, y que por consiguiente, en uno u otro caso se disponga que la sucesión de la causante, fallecida el 11 de abril de 1973, se tramite como intestada y se le adjudique la parte que por ley le corresponde en su calidad de hermano legítimo de aquélla.

2. Como hechos fundamentales de su pretensión aduce los que se resumen así: a) Adolfo Martínez Posso, testigo instrumental del testamento impugnado, manifestó bajo juramento que en dicho acto no intervinieron sino dos testigos; b) Luis Carlos López declaró también que el mencionado testamento se otorgó "ante persona distinta de quien da fe del mismo"; c) En la matriz de la escritura respectiva los nombres de los testigos aparecen manuscritos; d) Se ignoran el domicilio y la residencia del testigo José Sánchez; e) La testadora no expresó cuál era su nacionalidad; f) "El sacerdote Humberto Ramírez Mejía, hijo de uno de los demandados y sobrino del otro, confesó a la difunta en repetidas oportunidades y era su guía espiritual durante la última enfermedad, en contravención a lo dispuesto en el artículo 1022 del C. C."; g) El testamento en cuestión fue otorgado durante la última enfermedad de María Bernarda, y h) La causante había manifestado repetidamente su intención "de no excluir a ninguno de sus legítimos hermanos de su herencia...".

3. Junto con su demanda presentó como pruebas copia auténtica del testamento impugnado y diversas partidas de estado civil, eclesiásticas unas y notariales otras, tendientes a acreditar el carácter de sobrino de la testadora que le atribuye al sacerdote Ramírez Mejía, que éste es hijo legítimo de uno de los herederos testamentarios y sobrino del otro, y su propia calidad de hermano legítimo de la causante, la cual le da la vocación hereditaria que invoca, en atención a que ella era viuda y no dejó descendencia. Acompañó también numerosas declaraciones de nudo hecho, varias de las cuales fueron ratificadas dentro del plenario, destinadas a demostrar algunos hechos afirmados en el libelo.

4. Con oposición de los demandados se tramitó la primera instancia que culminó con fallo proferido por el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal el 3 de mayo de 1974, el cual declaró la nulidad del testamento por razón de la incapacidad derivada del parentesco existente entre los herederos en él instituidos y el sacerdote que confesó a la causante durante su última enfermedad. El juzgador no encontró probada, en cambio, la invalidez de dicho acto con base en los demás reparos que fueron formulados por el demandante, y por tanto, se limitó a decretarla por el motivo primeramente indicado.

5. A consecuencia de la apelación que interpusieron ambos demandados, subió el proceso al Tribunal, el cual revocó la sentencia apelada y en su lugar denegó las súplicas impetradas en el libelo.

El fallo del Tribunal.

Luego de resumir la actuación y de analizar las pruebas aducidas por las partes, encuentra el Tribunal que las partidas de estado civil allegadas al proceso no demuestran el parentesco que se atribuye al Presbítero Ramírez Mejía con los herederos testamentarios demandados, porque echa de menos la certificación del matrimonio que contrajeron los padres de dicho sacerdote y considera que ésta no puede suplirse legalmente con la manifestación que hizo la causante en un testamento anterior, otorgado mediante escritura número 1124 del 4 de agosto de 1964 en la Notaría de Santa Rosa de Cabal, en cuya cláusula sexta se afirma esa circunstancia.

Se detiene en seguida en el análisis del acervo probatorio allegado al proceso para demostrar los hechos aducidos como fundamento de la súplica principal y a manera de remate de tal estudio se expresa así: "De lo expuesto se concluye que ninguno de los hechos alegados en la demanda como fundamento para que se declare la nulidad del testamento contenido en la escritura número 1150 de 31 de julio de 1970, de la Notaría de Santa Rosa de Cabal, por omisión de requisitos legales en su otorgamiento, aparece demostrado. En consecuencia, no prospera la petición de nulidad alegada por la parte actora".

En cuanto a la petición subsidiaria expresa que la testadora falleció el 11 de abril de 1973 y que el último testamento —que es el que se impugna— lo había otorgado el 31 de julio de 1970, pero que "conforme al artículo 1022 del C. C., subrogado por el 84 de la Ley 153 de 1887, el confesor ha debido serlo durante la última enfermedad del causante o habitualmente durante los dos últimos años anteriores al testamento".

"En el caso de estudio —agrega el Tribunal— no se debe tener en cuenta la última enfermedad de la causante como hecho generador de la incapacidad del confesor o de sus parientes dentro del tercer grado para sucederlo, porque de acuerdo con el acta de defunción de la causante..., la causa principal de la muerte fue infarto del miocardio, ocurrida tres años después de haber otorgado el testamento.

"Pero sí debe considerarse el hecho alegado también en la demanda, como causal de incapacidad de los señores Simón Eladio y Martín Ramírez Ocampo para ser instituidos en el testamento herederos universales de la causante, por haber sido el Presbítero Humberto Ramírez Mejía confesor de la testadora durante los dos años anteriores al otorgamiento del testamento y ser este último pariente de los dos herederos instituidos, dentro del tercer grado que indica la ley".

Con base en lo expuesto estima el sentenciador que son dos los hechos que deben estar probados para que prospere esta súplica de la demanda: a) El parentesco del sacerdote con los herederos testamentarios, y b) Que el dicho sacerdote "fue habitualmente confesor de la testadora durante los dos últimos años anteriores a la fecha en que se otorgó el testamento".

En cuanto al primero, repite que no está demostrado porque falta el documento idóneo que acredite que el mencionado Presbítero es hijo de Simón Ramírez y María Matilde Mejía y "que sea sobrino de Martín Ramírez Ocampo, el otro heredero instituido en el testamento".

Respecto del segundo, analiza las declaraciones de los testigos Fanny Gutiérrez Urrea, María Agripina Montes de Patiño, José Domingo Toro y Matilde Patiño Montes, de las cuales saca en conclusión que la calidad de confesor de la causante la tuvo el Presbítero Ramírez Mejía antes de la muerte de ésta, pero no con dos años de anterioridad al otorgamiento de su memoria testamentaria. "Y no habiéndose probado este supuesto de hecho de la norma que se invoca (se refiere al artículo 1022 del C. C.) y tampoco que el mencionado sacerdote sea consanguíneo dentro del tercer grado, con los señores Simón Eladio y Martín Ramírez Ocampo, instituidos herederos universales por la testadora doña María Bernarda Ramírez de Cañas, necesariamente se llega a la conclusión de que los herederos que se mencionan no están incapacitados para suceder a la causante con arreglo a la disposición testamentaria.

"La Sala no hizo uso de la facultad oficiosa que le concede el artículo 180 del C. de Procedimiento Civil —agrega— para ordenar que se trajera al proceso el acta de matrimonio de Simón Eladio Ramírez y María Matilde Mejía, en primer lugar porque en el proceso no existe ningún informe sobre el lugar y Notaría donde puede encontrarse; y en segundo lugar, porque no habiéndose probado el supuesto de hecho de que el Presbítero Humberto Ramírez Mejía fue confesor habitual de la testadora en los dos últimos años anteriores al testamento, el acta de matrimonio por sí sola no bastaba para establecer los fundamentos de hecho de la pretensión".

El recurso de casación.

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro de la órbita de la causal primera, por falta de aplicación de los artículos 36, 1022, 1023, 1523 y 1741 del C. C., 84, 21 y 1º de la Leyes 153 de 1887, 45 de 1936 y 75 de 1968, en su orden, a causa de los

errores de índole probatoria que en seguida se indican:

Primer cargo. a) Error de hecho al no haber visto que la partida de nacimiento del Presbítero Ramírez Mejía en la que figura como hijo legítimo de Simón Eladio Ramírez y María Matilde Mejía —calidad ésta que el recurrente no pone en duda— a falta de la prueba del matrimonio de sus padres, demuestra al menos, por sí sola, que éste es hijo natural de Simón Eladio, ya que fue extendida en la forma que indica el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, es decir, a petición de dicho Ramírez Ocampo y, además, suscrita por él.

Este error condujo al Tribunal —según la censura— a no aplicar el artículo 1022 del C. C., el cual no establece distinción alguna en cuanto a la clase de parentesco que produce la incapacidad allí señalada, si legítimo o natural, para el confesor de quien otorga el testamento y "sus deudos por consanguinidad o afinidad dentro del tercer grado".

Al desarrollar su acusación, luego de hacer hincapié en lo que dispone el citado artículo 1º de la Ley 75 y en el texto de la partida de nacimiento del sacerdote Ramírez Mejía, oportuna y legalmente allegada a los autos, dice el recurrente que "la circunstancia de que el hijo, siendo natural, se le denuncie como legítimo, no le resta mérito al reconocimiento; para que éste se produzca basta con que el denunciante declare que es hijo suyo y firme el acta respectiva. Así lo tiene establecido la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia (LXXVIII 2146, 579)".

"No se trata aquí —dice más adelante— de que la sentencia no vio la referida partida de nacimiento; sí la vio, pero lo que no vio fue su contenido, que consiste en el hecho a todas luces innegable del reconocimiento del Presbítero Ramírez Mejía como hijo natural por parte de don Simón Eladio Ramírez. El fallo incurrió pues, a este respecto, en una contraevidencia manifiesta, o mejor, en un palmario error de hecho";

b) Afirma también que el Tribunal erró de hecho al no haber apreciado en todo su contenido objetivo el testimonio del doctor Alonso Osorio Aristizábal, médico de la testadora que fue durante los diez años anteriores a su muerte. Dicho error radica, a su juicio, en que el sentenciador estimó que la muerte de María Bernarda se produjo a consecuencia de un "infarto de miocardio", como reza la respectiva partida, pero que no tuvo en cuenta que en aquella declaración el testigo dice lo siguiente: "Es cierto que yo fui médico de cabecera de la señora María Bernarda... en su última enfermedad. Fui su médico hasta que murió. La causa de su muerte fue un infarto cardíaco fulminante, con base en una diabetis mellitus de vieja data".

El casasionista se extiende en largos razonamientos encaminados a demostrar que la verdadera causa determinante de la muerte de la testadora fue la diabetes que padeció durante los últimos años de su vida; que el infarto fue simplemente una consecuencia de esa enfermedad; y que así se deduce de todo el contenido de la declaración del médico Osorio Aristizábal, que por esa circunstancia es altamente calificada y merece toda credibilidad. "Ese infarto fatal —agrega— fue el resultado o efecto de la diabetes que aquejaba a aquella señora, lo que significa que ese fulminante colapso cardíaco no fue propiamente una enfermedad, sino consecuencia de la enfermedad diabética que sufrió durante muchos años y que antes le produjo otros trastornos orgánicos. Repito que la sentencia vio el testimonio del doctor Osorio, pero no tuvo en cuenta lo que expresa sobre la enfermedad diabética que padecía la señora Ramírez y que a la postre le causó la muerte a través de un infarto cardíaco fulminante. Dicho fallo incurrió así en una manifiesta contraevidencia o en un palmario error de hecho. La última enfermedad de aquella señora no fue, pues, el referido infarto cardíaco, sino la diabetes sistemática que padecía desde más de diez años antes de su óbito";

c) La demanda intenta destacar un nuevo yerro fáctico en que incurrió el Tribunal que consiste en haber cercenado el contenido de las declaraciones de Fanny Gutiérrez, María Agripina Montes de Patiño, José Domingo Toro y Matilde Patiño Montes. "La sentencia les formula a los cuatro testigos anteriores —dice— el reparo de que no aseveran que el Presbítero Ramírez Mejía fuera el confesor de su tía, doña Bernarda Ramírez, durante los dos años anteriores al testamento otorgado por ella, sino que se refieren a tiempo posterior a dicho testamento y que en consecuencia no acreditan el supuesto de hecho que debió establecer el demandante".

El recurrente estima, con respaldo en los expositores Fernando Vélez y Claro Soler, que la incapacidad sucesoria que establece el artículo 1022 del C. C., se refiere a dos situaciones diferentes: la una, a que el eclesiástico "haya confesado al testador en la enfermedad de que murió y que en la misma haya otorgado el testamento" y la otra, a que lo haya oído en confesión en forma habitual en los dos últimos años anteriores a cuando otorgó su memoria testamentaria. A su juicio, "la sentencia impugnada se colocó en el segundo de estos dos supuestos de hecho y... olvidó el primero, entretenida con

el espejismo que de la causa principal'' de la muerte de la testadora fue un infarto cardíaco sobreviniente tres años después de otorgado el testamento.

''Consecuente con esta postura parcial e incompleta —agrega— el mismo fallo se dedicó a buscar y no halló en los cuatro testimonios sobredichos la prueba de que el Presbítero Ramírez Mejía hubiera confesado a la testadora durante los dos últimos años anteriores al testamento.

Habiendo echado en el olvido el otro presupuesto de hecho, apenas era natural que la sentencia omitiera ocuparse de averiguar si aquellos testimonios acreditaban dicho primer presupuesto. Esta omisión la condujo a incurrir en otro error manifiesto de hecho...''.

En su intento de demostrar ese yerro, expresa que esos cuatro testigos coinciden en afirmar que el Presbítero Ramírez Mejía confesó a la testadora durante los últimos años en que padeció la enfermedad que la llevó a la tumba ''o sea la diabetes que le produjo el mortal infarto cardíaco'', lo cual no fue apreciado por el sentenciador. ''El fallo no tuvo en cuenta tal prueba en lo concerniente a la aseveración dicha, incurriendo así en una contraevidencia manifiesta''.

Segundo cargo. Los errores de carácter probatorio que motivan esta acusación, en el fondo no difieren mucho de los señalados en el cargo anterior y a juicio del censor consisten en lo siguiente:

1. Según el artículo 36 del C. C., rectamente entendido, el parentesco de consanguinidad es legítimo o natural, porque hoy el ilegítimo no existe. La incapacidad para heredar que establece el artículo 1022 *ibídem* no se refiere exclusivamente a los parientes legítimos hasta el tercer grado del último o habitual confesor de quien otorga el testamento; también es aplicable a los parientes naturales.

Por consiguiente, el Tribunal incurrió en error de derecho, con violación medio de los artículos 5º, 44, 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970 y 197 del C. de P. C., al no haberle dado el valor de plena prueba de la calidad de hijo natural de Simón Eladio Ramírez que tiene el Presbítero Ramírez Mejía, a la partida de nacimiento de ese que se acompañó a la demanda.

2. ¿Qué se entiende por enfermedad de una persona? —se pregunta el recurrente— ¿Cuál fue la última enfermedad que padeció la señora María Bernarda...? ¿Se puede tener por enfermedad la muerte causada por electrocución, por un accidente automoviliario o aéreo, por un infarto cardíaco fulminante?

El error de hecho que por este aspecto atribuye el sentenciador, consiste en no haber visto que de la declaración del médico de la testadora, doctor Alonso Osorio Aristizábal, se deduce que la enfermedad que ella padeció durante los últimos diez años de su vida fue una diabetes mellitus, ''que tal enfermedad le produjo muchos trastornos como una gangrena... una retinopatía y, finalmente, un infarto cardíaco fulminante, que le ocasionó la muerte... al no ver ni tener en cuenta que la señora Ramírez otorgó testamento durante su enfermedad diabética... que sí puede y debe reputarse como su última enfermedad''.

3. Erró de hecho el Tribunal, agrega la censura, refiriéndose de nuevo a las cuatro declaraciones testimoniales atrás mencionadas, porque no vio ''ni tuvo en cuenta que los mismos deponentes sí vieron y declaran que el sacerdote nombrado (el Padre Ramírez Mejía), confesó a su tía la señora Ramírez en los últimos años de su enfermedad, que es otro de los supuestos de hecho que prevé el artículo 1022 citado. Por consiguiente, dicho fallo cometió, por este otro aspecto un palmario error de hecho o una ostensible contraevidencia''.

Consideraciones de la Corte.

El artículo 1022 del C. C., que fue subrogado por el 84 de la Ley 153 de 1887, establece varias incapacidades para recibir por testamento, herencia o legado, así: el sacerdote que hubiere confesado a quien durante su última enfermedad haya otorgado testamento o habitualmente en los dos últimos años anteriores al otorgamiento de éste; la Orden, Convento o Cofradía a que perteneciere ese eclesiástico; y los deudos del mismo sacerdote, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado. Por ser un precepto prohibitivo, debe ser interpretado en forma restringida, sin que quepa extenderlo por analogía a casos distintos de los que él mismo prevé en forma taxativa.

La incapacidad en cuestión proviene de dos situaciones de hecho distintas, claramente señaladas por el legislador, e inspiradas ambas en la influencia que el sacerdote puede haber ejercido sobre el testador en cuanto a las disposiciones de última voluntad que lo favorezcan a él, a la Orden, Convento o Cofradía a que pertenezca, o a sus parientes próximos, lo cual indica con toda nitidez que el testamento debe haberse otorgado siempre *con posterioridad a la fecha de la confesión, para que la mencionada incapacidad exista. Tales situaciones son las siguientes: a) Confesión*

durante la última enfermedad, y b) Confesión habitual.

a) Confesión durante la última enfermedad.

Don Fernando Vélez, al estudiar el artículo 184 de la Ley 153 dice: "De acuerdo con este último artículo, para que un eclesiástico no pueda recibir herencia o legado, fuera de su asignación legal o ab intestato, ni aún como albacea fiduciario (artículo 1368), se requiere lo siguiente:

"...2º Que haya confesado al testador en la enfermedad de que murió y que en la misma se haya otorgado el testamento.

"Luego si se otorgó antes, el confesor puede ser asignatario, puesto que no pudo influir en las disposiciones del testamento.

"...desde que sea incapaz el sacerdote, lo son su Orden, Convento o Cofradía, o sus parientes consanguíneos o afines dentro del tercer grado, esto es, sus padres, abuelos, hermanos, tíos, cuñados". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2ª ed., t. IV, página 45).

El señor Vélez, pues, interpreta la expresión "última enfermedad" que utiliza el mencionado precepto, como "enfermedad de que murió", y esa interpretación es la correcta, a juicio de la Corte, habida cuenta de los fines que se propuso el legislador al establecer la mencionada incapacidad en el preciso caso de que se trata. El Código Civil Francés, en su artículo 909, establece una incapacidad similar, para los médicos, cirujanos, oficiales de salud y farmacéuticos y para el "ministro del culto" que hayan "tratado" a una persona durante la enfermedad de la cual murió (pendent la maladie dont elle meurt). Es decir, es más claro en este sentido que el texto legal colombiano y que los artículos 3739 del Código Civil Argentino y 752 del Código Civil Español, que al establecer una incapacidad semejante a la que se comenta, emplea también la expresión "última enfermedad". No por ello puede ser interpretado el artículo 84 de la Ley 153 en el sentido de que dicha incapacidad exista cualquiera que sea la dolencia que haya padecido el causante antes de morir y durante la cual se haya confesado.

Para que la incapacidad exista no solamente se requiere, a juicio de la Corte, que ese sacerdote haya confesado al testador, así sea una sola vez, en la enfermedad que le ocasionó la muerte y que durante ella se haya otorgado el testamento, sino que es indispensable también, como atrás se expuso, que la confesión haya precedido al testamento. *Dado el espíritu que la informa y los claros fines que con ella se persiguen, no en otra forma puede entenderse la primera parte de la norma legal en comento, que en lo pertinente dice así: "Por testamento otorgado en la última enfermedad no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiático que hubiere confesado al testador en la misma enfermedad...". Es evidente que si durante la enfermedad que lo llevó a la muerte, el testador otorga su declaración de última voluntad y después, todavía enfermo se confiesa una o más veces con un sacerdote, como éste no pudo haber ejercido su influencia en las disposiciones de aquélla, no queda cobijado por la incapacidad de que se trata.*

b) Confesión habitual. En este segundo caso, como fácilmente se deduce del texto legal que se comenta, el testador puede estar gozando de plena salud, pero es oído en confesión en forma habitual por un sacerdote quien, por tal motivo, ha podido influir en el ánimo de su penitente para obtener de éste una asignación testamentaria en favor suyo, de la Orden o Convento a que pertenece o de sus parientes próximos. En tal evento se produce la incapacidad, si la habitualidad de la confesión ha ocurrido durante los dos años inmediatamente anteriores al testamento, cualquiera que sea la causa de la muerte.

Toda asignación testamentaria que se haga en contravención a lo dispuesto en la citada norma es nula, por mandato del artículo 1023 del C. C.; sin embargo, si el sacerdote o sus parientes, dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad tuvieren vocación hereditaria proveniente de la ley, dicha incapacidad no los afectará en cuanto a la cuota que por virtud de ésta pudiere corresponderles.

Como se vio en la reseña que se hizo de la sentencia recurrida, el Tribunal apoyó su negativa a la súplica subsidiaria de la demanda en dos soportes diferentes, cada uno de los cuales basta por sí solo para sustentarla: la falta de prueba tanto del parentesco que liga al confesor con los asignatarios, como de que dicho sacerdote hubiese oído habitualmente en confesión a la testadora durante los dos años anteriores a la fecha en que ésta testó o durante su última enfermedad.

En cuanto al segundo de tales motivos que adujo el sentenciador como apoyo de su decisión, expuso lo siguiente: 1. Que no está acreditado que el Padre Ramírez hubiese confesado habitualmente a su tía durante los dos años anteriores al testamento, y 2. Que tampoco lo está que la hubiese oído en confesión durante su *última enfermedad,* sino apenas que lo hizo cuando ella padecía de una diabetes mellitus, pero que la causa principal de la muerte de la testadora se

produjo a consecuencia de un infarto del miocardio.

La primera de esas apreciaciones no la discute el recurrente; su ataque se endereza contra la segunda y lo hace consistir en lo que se refiere a las declaraciones de los cuatro testigos que menciona en el cargo, a las que estima que el Tribunal les cercenó su contenido objetivo, al no haber visto que todos ellos manifiestan que el Padre Ramírez oyó en confesión a María Bernarda cuando ésta padecía la diabetes mellitus que, según la censura, fue la última enfermedad de que ésta padeció y que le produjo el infarto que la llevó a la tumba.

Para determinar si existe el error de hecho que se atribuye al sentenciador, por el aspecto indicado, conviene estudiar lo que expusieron los testigos, en cuanto coinciden en expresar que el Padre Ramírez fue confesor de la testadora en su última enfermedad.

Fanny Gutiérrez afirma haber estado al servicio de la testadora, en su calidad de enfermera, desde el 16 de enero de 1971 hasta poco después de fallecer aquélla.

Matilde Patiño Montes, quien trabajó en la casa de María Bernarda durante los quince años anteriores a su muerte, expresa que el último confesor que tuvo doña Bernarda fue el Padre Humberto Ramírez. *"Esto lo fue los dos últimos años"* (se subraya).

José Domingo Toro asevera que por haber sido trabajador de un hermano de la testadora visitaba la casa de ésta en la cual hacía diversos trabajos. "Yo estuve allí blanqueando la casa. Yo estuve en este trabajo más o menos quince días. Notaba que quien más entraba allí a la casa era el hijo de don Eladio Ramírez que es cura y él visitaba a la señora Bernarda que estaba enferma en la cama. Yo cuando él entraba me retiraba de ahí porque suponía que iba a confesarla".

María Agripina Montes de Patiño dice haber trabajado en oficios domésticos en la casa de la testadora desde que ésta contrajo matrimonio hasta que murió, es decir, por más de veinte años, por lo cual se pudo dar cuenta de que *"el único confesor que últimamente* tuvo doña Bernarda fue su sobrino, Padre Humberto Ramírez Mejía... y se encerraba con ella y después al otro día iba el Padre Tamayo a darle la Comunión". (Se ha subrayado).

En ninguna de esas declaraciones, cuya apreciación por parte del sentenciador critica el recurrente, aparece que el Padre Ramírez Mejía hubiese confesado a Bernarda con anterioridad al 31 de julio de 1970, fecha en que ésta otorgó el testamento impugnado. Antes, por el contrario, tales declaraciones acreditan que dicho sacerdote confesó a María Bernarda *con posterioridad* a la fecha del testamento. Se ignora, pues, en forma absoluta que el Padre Ramírez hubiese podido influir en el ánimo de Bernarda al otorgar ésta su memoria testamentaria por haberla oído *previamente* en confesión. Y esa influencia, que es la que produce la incapacidad que establece el artículo 84 de la Ley 153 de 1887, como atrás quedó dicho, solo habría podido ejercerse durante poco menos de dos años, o sea, en el lapso que medió entre el 22 de agosto de 1968, fecha en que recibió su ordenación de manos del Santo Padre y el día en que Bernarda otorgó su memoria testamentaria.

No hubo, entonces, cercenamiento alguno por parte del sentenciador del contenido objetivo de los testimonios que indica la censura, pues en éstos no se expresa que el Padre Ramírez hubiese confesado a Bernarda antes del otorgamiento de su memoria testamentaria, que era lo esencial para los efectos de la incapacidad que se estudia, aun en la hipótesis de que la diabetes mellitus hubiese sido la última enfermedad de la testadora y la que le causó la muerte.

Queda, pues, en pie esa sentencia, apoyada en el aserto, no desvirtuado, y amparada por la presunción de acierto, de que no está demostrado en el proceso que el sacerdote Ramírez Mejía hubiese confesado a la testadora durante su última enfermedad antes de que otorgara el testamento impugnado, aserto éste que por sí solo basta para sustentarla en derecho.

Por consiguiente, aun en el caso de que prosperase la acusación formulada por el error en que a juicio de la censura el Tribunal incurrió en la apreciación de las pruebas que acreditan el parentesco que liga a dicho sacerdote con los asignatarios testamentarios, el recurso de casación está llamado al fracaso.

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 impugnada, y condena en costas a la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

REIVINDICACION

Posesión y tenencia.—Pruebas: oportunidad de aportarlas al proceso.—Demanda: teorías de la individualización y de la sustanciación en cuanto a la estimación de los hechos.—La sola afirmación del demandado no acredita su condición de tenedor.

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

(Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por ambas partes, demandante y demandada, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de noviembre de 1972, en este proceso ordinario iniciado por Pastor Bernal Osorio contra Humberto Aníbal Forero Sánchez.

I

Antecedentes.

1. Pedro Antonio Melo Sánchez y su cónyuge Mariquita Martínez de Melo, celebraron el 2 de febrero de 1969, con Humberto Aníbal Forero Sánchez un contrato de promesa de permuta en virtud del cual aquéllos se comprometieron a traspasarle a ésta una casa de habitación, ubicada en el barrio "Las Delicias", de Bogotá, distinguida en su puerta de entrada con el número 45-A-84 Sur, que describieron detalladamente, y Forero, por su parte, comprometióse a enajenarle a la sociedad conyugal Melo-Martínez parte de una finca de su propiedad, ubicada en la vereda de "Rosales", del Municipio boyacense de Turmequé, conocida con el nombre de "Las Vegas", cuyos linderos se señalaron en el respectivo documento, y a entregarles la cantidad de $ 11.280 para completar el precio señalado al inmueble que recibiría, que fue el de $ 71.250.00. Según la cláusula tercera de dicho documento, las escrituras públicas correspondientes se otorgarían dentro "del improrrogable término de treinta días, contados a partir" de su fecha. Forero declaró allí mismo, sin oposición de los Melo-Martínez, que les había entregado ya materialmente el terreno por él prometido, y éstos se comprometieron, a su vez, a efectuar por su parte la entrega material de la casa en el mismo plazo que se fijó para el otorgamiento de las escrituras

2. Ninguna de las partes contratantes mencionadas cumplió:

Forero, debido a que la finca por él prometida estaba "embargada, hipotecada y un pedazo que entró en el mismo negocio era de herederos"; y los Melo-Martínez, por diversos inconvenientes. Entonces, deseando persistir en el negocio, Forero dio en arrendamiento a éstos el terreno que habíales prometido enajenar a título de permuta, según consta en documento calendado el 12 de mayo de 1969, fecha en la cual —sin que esto esté plenamente establecido— porque en el expediente habla Forero de finales de abril o principios de mayo, los cónyuges Melo-Martínez entregaron la casa ya mencionada al demandado, quien, desde entonces, adelantó obras de reconstrucción de la misma, con pleno conocimiento de aquéllos.

3. En la noche comprendida entre el 8 y el 9 de noviembre de 1969, Pedro Antonio y Mariquita ocuparon la casa tantas veces referida, aprovechando que Forero hallábase ausente de Bogotá; por lo cual, éste instauróles proceso policivo de lanzamiento ante la Inspección Cuarta Distrital, mediante libelo del 2 de diciembre siguiente. En trámite este proceso, los cónyuges Melo-Martínez enajenaron a Pedro Bernal Osorio, a título de venta y mediante la escritura pública número 6591, otorgada el 31 de diciembre de 1969 en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, la casa repetidamente mencionada, haciéndole, como se dejó dicho en la cláusula 4ª de tal instrumento, "entrega real y material del inmueble que le venden, junto con sus mejoras, anexidades, usos,

costumbres y servidumbres, sin reserva alguna", procediendo los vendedores de esta manera, según sus palabras, "cansados de esperar" que Forero les escriturase "Las Vegas". Bernal Osorio poseyó materialmente la casa adquirida como se dejó dicho hasta el 11 de marzo de 1970, fecha en la cual se cumplió la orden de lanzamiento proferida dos días antes por la Inspección de Policía arriba citada, en la que se hizo "entrega real y material del inmueble descrito al demandante, señor Humberto Forero Sánchez", según términos de la aludida diligencia.

II

El litigio.

4. Mediante libelo repartido al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, Bernal Osorio solicitó que, mediante los trámites correspondientes al proceso ordinario y con citación de Forero Sánchez, se declarase que el demandante es dueño del inmueble ubicado en esta ciudad, distinguido con el número 45-A-64 Sur, cuyos linderos detalla; que, en consecuencia, el demandado debe restituírselo, junto con "las cosas que forman parte del mismo, o que se reputan como inmuebles por razón de la conexión con él" y sus frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que el "dueño hubiere podido producir con mediana inteligencia y cuidado"; que el demandante "no está obligado a indemnizar las expensas necesarias... porque el demandado es poseedor de mala fe", y que, por último, éste debe pagar las costas del proceso.

5. Como elementos de la *causa pedenti* se citaron los siguientes:

a) Que por medio de la escritura pública número 6591, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá el 31 de diciembre de 1969, debidamente registrada, Bernal Osorio adquirió, a título de venta, de Pedro Antonio Melo Otálora y Mariquita de Melo, el inmueble descrito arriba, que le fue entregado materialmente ese mismo día, en cumplimiento de lo dicho en la cláusula cuarta del mencionado instrumento;

b) Que por denuncia en ocupación de hecho de tal inmueble, elevada por Forero Sánchez contra los antedichos vendedores, el Inspector Cuarto Distrital de Policía lanzó a sus ocupantes, pese a que varios de ellos le manifestaron que el dueño era el demandante, a quien no se notificó debidamente, a fin de que hubiese tenido oportunidad de estar presente en la diligencia, evitando así que se consumase la "privación de la posesión" que venía ejerciendo, y

c) Que el demandante le ha solicitado al demandado, repetidamente, la entrega del inmueble sin resultado favorable alguno.

6. Con oposición de Forero Sánchez se adelantó la primera instancia del proceso, que culminó con la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, el 30 de agosto de 1971, en la que se dispuso que el demandado debía restituir a Bernal Osorio el inmueble objeto de la demanda, junto con los frutos naturales y civiles "que haya producido o podido producir con mediana inteligencia y actividad a partir de la notificación de la demanda", pudiendo Forero Sánchez retenerlo hasta tanto el demandante le pague "o le asegure el respectivo importe de las reparaciones", que detalla, cuyo valor se señalará "en la ejecución del fallo", siendo, por otra parte, responsable en un 70% de las costas.

Ambas partes apelaron del fallo en cuestión, lo que motivó que subiera el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual lo modificó por medio del suyo calendado el 24 de noviembre de 1972, en el que dispuso lo siguiente:

a) Que al demandante pertenece el derecho de dominio sobre el inmueble mencionado en el numeral 4 anterior, "debiéndoselo restituir al demandado al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia que decida todo lo relacionado con prestaciones mutuas", considerándolo como poseedor de buena fe "para todo lo relacionado con frutos, expensas, mejoras, deterioros y demás prestaciones";

b) Que dichas prestaciones mutuas deben determinarse de acuerdo con los artículos 307 y 308 del C. de P. C., "sin las limitaciones contenidas en el punto 3º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia", con derecho de retención del demandado en caso de que al efectuar la compensación del caso resultare un saldo a su favor, y

c) Que no hay lugar a condenación por razón de perjuicios "en contra del demandado o de su apoderado", siendo aquél responsable de las costas de la primera instancia y del 50% de las correspondientes a la segunda.

De este fallo recurrieron en casación ambas partes.

III

La sentencia recurrida.

7. Después de hacer un amplio recuento del proceso, de encontrar que se hallan reunidos los presupuestos procesales y de censurar al *a quo* por no haber estudiado detenidamente los ele-

mentos axiológicos de la acción de dominio ni las defensas propuestas por la parte demandada, se adentra el fallador en el estudio de tales elementos y defensas, manifestando lo siguiente:

a) En cuanto al primero de aquéllos, o sea a la singularidad del objeto, dice que la escritura pública de compraventa llevada al proceso por el demandante con su libelo inicial, así como las allegadas por el demandado en la diligencia de inspección, relativas a traspasos anteriores del dominio del inmueble cuya reivindicación se solicita, así como también las declaraciones de testigos, demuestran "de manera indiscutible, que el objeto reivindicado es un inmueble singular, debidamente identificado, extremo que, como atrás quedó dicho, no fue puesto en duda en ningún momento por el demandado";

b) El segundo, consistente en la identidad entre lo poseído y lo pretendido reivindicar, lo encuentra establecido con el escrito de contestación de la demanda, en el que Forero Sánchez la admitió, y en la diligencia de inspección judicial y en las declaraciones y "copias de la actuación policiva" allegadas al proceso;

c) En lo que hace al tercer elemento, o sea el dominio del inmueble por parte del demandante, expresa el *ad quem* que éste presentó debidamente al proceso la escritura pública mencionada en el numeral 5, letra a), anterior; pero que como el demandado demostró poseer el inmueble tantas veces mencionado, desde el mes de abril de 1969, anterior a la fecha del aludido instrumento, de acuerdo con doctrina de esta corporación, se hace necesario que el demandante se remonte en su prueba a fechas anteriores, lo cual encuentra cumplido con las copias de las escrituras públicas presentadas por el demandado en la diligencia de inspección judicial de acuerdo con lo que disponía el artículo 597 del C. J., vigente entonces, según el cual "para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el juez y las partes", agregando que "en nada se afecta su mérito probatorio por el hecho de que tales escrituras no hayan sido aportadas por el demandante sino por el demandado, porque siguiendo los principios de la unidad y de la comunidad de la prueba, una vez que un elemento probatorio entra válidamente al proceso, él no pertenece a quien lo presenta sino que debe tenerse en cuenta para la demostración de la existencia de los hechos, sin tener en cuenta su origen".

Siguiendo en el análisis del problema, dice el sentenciador que "no podría objetarse que el actor, dentro de los hechos de su *causa petendi* no señaló expresamente el derecho de propiedad de los antecesores en el dominio y que, en consecuencia, no se podría tener en cuenta este aspecto del hecho, así él hubiera quedado plenamente demostrado en el proceso. Porque, como lo tiene aceptado la doctrina moderna, es suficiente la indicación del hecho o hechos fundamentales o esenciales, para que se tenga por debidamente integrado el aspecto histórico, de hecho o *causa petendi*. En eso consiste la llamada teoría de la *individualización*, opuesta a la de la *sustanciación*" (subraya el texto). Después de citar doctrina de autores sobre el particular, manifiesta que "basta alegar los hechos fundamentales de donde emana la pretensión, sin exigir que se enuncien todos los detalles o todos los hechos circunstanciales que puedan interesar", y concluye que "aplicando la norma anterior al caso debatido, tenemos que el demandante afirmó claramente los hechos sustanciales de su pretensión, a saber: que era propietario del inmueble reivindicado; que el demandado era poseedor y que existía identidad entre lo poseído y lo reivindicado, y que se trataba de un objeto singular. Estos hechos son, a juicio de la Sala, suficientes para integrar la *causa petendi* de la demanda, por cuanto en su enunciación queda delimitado y concreto el objeto del proceso, que es el de obtener la reivindicación de un inmueble. Los demás aspectos o hechos pueden considerarse accesorios 'que en caso de no enunciarse en la demanda, no impiden que la *causa petendi* resulte claramente determinada, y, por consiguiente, basta probarlos en el curso del proceso para que en la sentencia se tengan en cuenta con todas las consecuencias legales. De lo contrario, se pecaría por una exagerada exégesis y se sacrificaría el derecho a la forma, con violación del principio general sobre interpretación de las normas de procedimiento de manera que se hagan efectivos los derechos materiales que con ellas se tutelan (C. de P. C., artículo 4º), y de los actos procesales en general' (Hernando Devis Echandía, obra citada, página 347)".

Encuentra el fallador, pues, que está demostrada la titularidad del derecho de dominio en el demandante y "que éste exhibió títulos de sus antecesores de fecha anterior a la época en que comenzó la posesión del demandado";

d) Pasando al cuarto elemento, referente a la posesión material por parte del demandado anticipa el Tribunal que es el aspecto más importante para dilucidar, por cuanto Forero Sánchez "ha desconocido tal calidad, afirmando ser simple 'tenedor' y 'retenedor' del inmueble reivin-

dicado, siendo, por tanto, según él, inepta la pretensión reivindicatoria".

Inicia el estudio de este tema recordando que la posesión, según lo dice el artículo 762 del Código Civil, es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, estando, por tanto, integrada por lo que la doctrina llama el "*corpus*" —relación física con el objeto— y el "*ánimus*" —intención de comportarse como verdadero dueño— encontrando que aquél está plenamente demostrado "ya que el demandado se encuentra en relación física directa con el inmueble, es su ocupante".

En cuanto al "*ánimus*", afirma que, de acuerdo con el artículo 981 del C. C., la posesión del suelo debe probarse por hechos positivos, citando, entre otros "la construcción de edificios". Ahora bien, continúa: el demandado entró a ocupar el inmueble por entrega que de él le hicieron, voluntariamente, Antonio Melo Otálora y Mariquita Martínez de Melo, quienes se lo habían prometido en permuta, sobre lo cual la Corte tiene dicho que "quien recibe un inmueble en virtud de promesa de venta es poseedor y no simple tenedor, por lo cual puede demandársele en reivindicación", porque cuando "las partes, por haberlo pactado así, anticiparon desde el principio la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, la situación del prometiente comprador que recibió materialmente la cosa, no era la de quien viniese a tener ésta para el prometiente vendedor, sino la de quien entraba a ocuparla por cuenta propia, es decir, con ánimo de señor y dueño, y a la espera de que por aquél se le otorgase la escritura pública de la venta, única finalidad faltante en orden al perfeccionamiento del negocio. Vale decir, que la situación del prometiente comprador era, desde el momento en que la cosa objeto de la venta prometida le fue materialmente entregada, la de un verdadero poseedor, así fuera irregular, porque al recibirla para sí en cumplimiento anticipado de la prevista compraventa, infundió a su tenencia el ánimo de dueño". Esta doctrina, dice, por último, es aplicable al caso *sub lite* "porque aquí también el demandado ocupó la casa en virtud del cumplimiento anticipado de una promesa de permuta", reedificándola, como está suficientemente demostrado.

"Pero, se pregunta el Tribunal, ¿la negativa del demandado de ser poseedor es de por sí suficiente para desvirtuar la afirmación en contrario hecha por el demandante?" Para responder el interrogante empieza por transcribir varios fallos que en diferentes ocasiones ha pronunciado esta corporación, según los cuales tal actitud del demandado no da base para reconocer como desvirtuada su calidad de poseedor (LXXIX, 256), por lo que "se impone, pues, en concepto de la Corte, la doctrina consistente en que, tratándose de un juicio reivindicatorio de la demostración de la posesión, o de su impugnación, los medios de prueba adecuados son objetivos que, como el testimonio, establecen los actos de posesión económica, facilitan la inducción del ánimo de dominio por parte del fallador en favor de quien alega ser poseedor de un inmueble; las afirmaciones de las partes no son suficientes, ya que la confesión como medio subjetivo de prueba resulta, en la mayoría de las veces, completamente inadecuada" (LXXV, 717/18).

Con estas premisas adéntrase el fallador en el análisis de las pruebas existentes en el proceso, y dice que tres grupos de ellas demuestran que "la supuesta mera tenencia esgrimida por el demandado aparece desvirtuada y que su condición de poseedor material del inmueble se encuentra plenamente demostrada". En efecto:

i) *Confesión del demandado.* "En numerosos documentos —expresa— aparece que el demandado actuó como poseedor, a veces en forma inequívoca, a veces de manera equívoca diciéndose a la vez poseedor y tenedor. En la actuación adelantada ante las autoridades de policía se encuentran expresiones como las siguientes: "en mi poder estaban las legítimas (llaves), las que ellos me entregaron voluntariamente, cuando me dieron la plena tenencia y posesión de la casa"; "los usurpadores han incurrido en los delitos... por perturbar mi posesión"; "como yo venía teniendo y poseyendo..."; "Humberto Forero —dice su apoderado— demostró en varias formas tener la posesión real, efectiva, la tenencia física material, quieta y pacífica del inmueble aludido..."; "presenté la querella de policía para que se me reintegrara la posesión..."; "Si yo reconstruí totalmente la casa citada, a mis expensas modernizándola, si la poseía y tenía yo, quieta y pacíficamente...". Apunta el sentenciador, además, que "en el interrogatorio de parte formulado al demandado en la segunda instancia, al preguntársele si se consideraba dueño de la casa, contestó inicialmente en forma afirmativa, pero después retiró su respuesta, no obstante lo cual, por haber sido un hecho cierto, en el acta quedó la siguiente constancia: 'En este estado, el Magistrado sustanciador deja constancia de lo siguiente: cuando se pregunta al demandado sobre la calidad en que ocupaba el inmueble, y más exactamente si se sentía dueño de él o de paso por él y a nombre ajeno, inicialmente respondió que se consideraba dueño; posteriormente rectificó su concepto y dijo que era retenedor' ".

Prosiguiendo en este examen, expresa el *ad quem* que al tener la confesión del demandado como una de las pruebas atinentes a la demostración de su calidad de poseedor de la casa perseguida en reivindicación no contradice afirmaciones anteriores, "porque la doctrina citada afirma que, como principio general, la confesión no es prueba eficaz por su condición subjetiva, pero no la descarta en absoluto como uno de los medios de prueba admisibles en esta clase de procesos, porque eso significaría un desconocimiento de los principios generales sobre pruebas, y como lo dice el artículo 195, la confesión es admisible cuando la ley no exige un medio probatorio específico como ocurre con la posesión material. Lo cual se refuerza en este proceso si se tiene en cuenta que no es la confesión el único medio de prueba aportado porque, como se estudiará a continuación, existe abundancia de prueba testimonial e indiciaria, que bastaría para tener por probados los elementos de la acción de dominio";

ii) *Testimonios.* Adolfo Huertas Sánchez, Salomón Rincón, Ana Dominga Pérez de Bernal, Margarita Fuentes de Soler, Pablo Emilio Gil Leal y Enrique Arenas Herrera —dice el Tribunal— "ante la conducta del demandado, ante la serie de obras que estaban realizando en la casa, ante la adquisición de materiales de construcción, etc., entendieron, con muy buen sentido, que quien tales actividades desarrollaba no podía ser un simple tenedor a nombre ajeno, sino un verdadero poseedor, con ánimo de dueño. Estas declaraciones no dejan duda en cuanto a la calidad con que actuaba el demandado", y "merecen, a juicio de la Sala, plena credibilidad, porque los testigos, en forma espontánea, y dando la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, dan cuenta de los actos que configuran la posesión del demandado, a lo cual debe agregarse que tales testigos depusieron a instancia del mismo demandado, y con base en cuestionarios previamente elaborados por él mismo. Aplicando los principios de la sana crítica, estos testigos bastarían, por sí solos, para acreditar la condición de poseedor material que se atribuye al demandado, y si bien es cierto que expresaron conceptos cuyo alcance técnico-jurídico bien podrían no conocer exactamente, como cuando se refieren a tenencia y posesión, lo que importa en verdad no es la expresión de tales conceptos sino la descripción de la conducta del demandado que configura, de manera inequívoca, su condición de poseedor material del inmueble reivindicado";

iii) *Indicios.* Los deduce el fallador de los siguientes hechos indicadores: solicitud de instalación de un teléfono, a nombre suyo, formulada por el demandado a la empresa correspondiente; negativa por él dada a Margarita Fuentes de Soler a la solicitud de ésta para que le arrendara el inmueble objeto de este proceso, fundada en el hecho de que todavía no había terminado su refacción; la inversión para tal finalidad de gruesas sumas; y la "conducta procesal del demandado, en el interrogatorio practicado en segunda instancia, cuando aceptó su condición de poseedor y luego se retractó, afirmando mera tenencia, es otro indicio en su contra, como lo establece el artículo 249 del nuevo Código". Los cuales —remata— son plurales y que "apreciados 'en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obran en el proceso', como lo exige el artículo 250 del C. de P. C., viene a reforzar los elementos de convicción atrás analizados".

8. Entra en seguida el Tribunal a estudiar la excepción alegada por el demandado, calificada de "inepta demanda", diciendo sobre el tema que "como se trata en realidad de una cuestión de fondo, relacionada con la legitimación en la causa del demandado, al resolver sobre la prosperidad de la pretensión queda implícitamente rechazada la defensa calificada como excepción por el demandado".

9. Por último, analiza el fallador lo relacionado con las prestaciones mutuas, comenzando por calificar al demandado como poseedor de buena fe, aun tratándose de un poseedor irregular, pues son calidades que no se excluyen según los términos del artículo 764 del C. C. Efectivamente, por tal entiende la obra citada, artículo 768, "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", condiciones éstas que, según el Tribunal, se dan en el presente proceso respecto del demandado, por lo que "todo lo relacionado con frutos, deterioros, expensas, mejoras, derecho de retención, etc., se aplicará teniendo en cuenta esa calidad". Y agrega que, como el *a quo* limitó el importe de las reparaciones hechas por el demandado, contra lo afirmado por la mayor parte de los declarantes que testimoniaron en el proceso, la sentencia es contraevidente y "deberá ser revocada en este aspecto, para que en la liquidación de las prestaciones mutuas se analicen en su totalidad los elementos probatorios existentes en el proceso y los nuevos que aporten las partes en el incidente de regulación de las prestaciones mutuas, conforme lo disponen los artículos 307 y 308 del C. de P. C.".

IV

Los recursos de casación.

10. Contra la sentencia acabada de reseñar, tanto demandante como demandado interpusieron el recurso extraordinario debiéndose estudiar en el orden legal, a saber: primero el de Bernal y luego el de Forero.

a) *Recursos del demandante y consideraciones de la Corte.*

11. Formúlase la censura así: "Carga único. Causal primera del artículo 368 del C. de P. C. La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: de los artículos 963, inciso 1, 964, incisos 1 y 2, 968, inciso 5 y 969 C. C., por falta de aplicación, y de los artículos 768, 963, inciso 2, 964, inciso 3, y 965, inciso 1, C. C., por aplicación indebida, indirectamente, a causa de la falta de apreciación de pruebas; declaraciones de la parte demandada y copias de actuación policiva, con error de hecho manifiesto en el proceso.

En desarrollo del cargo, el recurrente dice:

a) Antecedentes: i) Los cónyuges Melo-Martínez, inmediatos antecesores del demandante en el dominio del inmueble objeto del litigio, lo entregaron al demandado como consecuencia del contrato de promesa de permuta que con él celebraron; ii) Este lo detentó hasta el 8 de noviembre de 1969, cuando, como lo dice repetidamente en el proceso, los prometientes permutantes lo ocuparon violentamente; iii) Bernal compró el tan aludido bien por medio de la escritura pública número 6591, otorgada el 31 de diciembre de 1969 en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, poseyéndolo materialmente desde entonces, en virtud de la entrega material que de él le hicieron los vendedores Melo-Martínez, ejercitando actos de dominio demostrados en el expediente, hasta el 11 de marzo de 1970 en que se llevó a cabo el lanzamiento policivo solicitado por Forero, lanzamiento éste contra el cual reclamó, sin éxito, Bernal, y iv) La condición alegada por el demandado en tal proceso ya no fue la de poseedor, condición derivada de la promesa de permuta, sino la de retenedor en procura de obtener el pago de las mejoras que al inmueble había hecho mientras lo poseyó pacíficamente.

b) *Pruebas erróneamente apreciadas:* i) Declaración de Forero en el escrito de contestación de la demanda incoativa de este proceso, y respuesta al interrogatorio de parte rendida en la segunda instancia; ii) Copias de los memoriales elevados por el demandado a la Inspección Cuarta de Policía, al "juez penal del reparto" y al Juez Veintiocho Municipal, todos funcionarios con sede en Bogotá, y copia de la diligencia de lanzamiento policivo, de las cuales se deduce, según el censor, que el demandado en esas oportunidades actuaba como retenedor y para asegurar el pago de las mejoras que le había introducido al inmueble, por una parte, y, por la otra, que sabía a ciencia cierta que los Melo-Martínez lo habían traspasado, a título de venta, a Bernal.

"Esos hechos —dice el censor— probados a cabalidad, establecen que el demandado, si bien podía invocar e invocó el título de la promesa de permuta para su posesión sostenida entre abril o mayo y noviembre de 1969, no podía hacerlo para su detentación de marzo de 1970 en adelante hasta la contestación de la demanda en este proceso en enero de 1971. Lo actuado por él como prometiente permutante que recibiera el bien a buena cuenta de la operación definitiva en ciernes, fue aducido de su parte para solicitar policivamente la restitución, pero tan solo, según su aserto expreso y reiterado, con la mira de proteger sus mejoras, amparadas según sus voces con el derecho de retención. O sea que, a partir del momento en que Forero se declaró retenedor y aceptó la presencia de un derecho ajeno sobre el bien, limitó sus aspiraciones y posibilidades al ámbito propio del derecho de retención, que no permite la introducción de mejoras nuevas, y lo que es más pertinente y directo para el caso, excluyó toda persuasión de haber recobrado la cosa en virtud de un título traslaticio de dominio o de ejecución anticipada del mismo, toda vez que él la pidió y consiguió tan solo para garantizar el abono de lo hecho en la época precedente. En otras palabras, Forero no demandó policivamente como promitente permutante para conservar esa situación, sino como acreedor del valor de mejoras, crédito amparado, según él, por un derecho de retención.

"Por consiguiente, si la buena fe posesoria consiste en la conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos, y las pruebas enunciadas muestran palmariamente que el demandado alegó para su retorno, no el título inicial, sino uno nuevo, surgido de su actividad de mejorista en inmueble ajeno, aparece probada la mala fe posesoria suya a partir de marzo de 1970, cuando desechó el título primario y se atuvo a uno posterior, emanado de sus propios actos, con alcances limitados e incompatibles con la posibilidad de introducir mejoras de buena fe".

Al considerar el Tribunal a Forero —dice— como poseedor de buena fe, "habiéndose demandado la condena restitutoria y el pago de frutos e indemnizaciones, considerando al demandado como poseedor de mala fe para ese fin, como pa-

ra el abono de mejoras y expensas, es también natural concluir que la sentencia que juzgó la posesión de buena fe y ordenó las cosas de conformidad con ese calificativo, violó indirectamente, al través del yerro de hecho en la apreciación de la prueba ya estudiada, las normas de derecho sustancial en que se apoyó la pretensión". En efecto, aplicó indebidamente el artículo 768 del C. C., por cuanto "trató como de buena fe para el reconocimiento de mejoras y la absolución del deber de frutos, una posesión fincada en el ánimo de garantizar el pago de mejoras como derecho de retención y que surgió del reconocimiento de éste, y por lo mismo, excluyente de la conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos y en título traslaticio de dominio"; dejó de aplicar el 969 de la misma obra, pues solamente se tuvo en cuenta la promesa de contrato de permuta "para el ingreso inicial del demandado a la posesión del bien", perdiéndose de vista que la buena o mala fe se refiere "relativamente a las expensas y mejoras al tiempo en que fueron hechas"; dejó de aplicar el inciso 1 del artículo 963, los dos primeros incisos del 964 y el quinto del 966, todos del Código Civil, "pues absolvió al demandado de la responsabilidad que le cabe por los deterioros sufridos por la cosa del 11 de marzo de 1970 en adelante, como también de su obligación de restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la cosa en su poder. A la vez que le otorgó un derecho que la ley le desconoce, como es el de que se le abonen las mejoras útiles plantadas desde entonces. Normas de recibo en este caso, comoquiera que regulan el trato debido al poseedor de mala fe. Y aplicó indebidamente el inciso segundo del artículo 963, el tercero del artículo 964 y el primero del artículo 965 del C. C., puesto que no obstante ser el demandado poseedor de mala fe, ordenó se le diera el trato de buena fe, impropio en esta oportunidad".

Se considera.

12. El cargo se basa, como se deduce de la síntesis acabada de formular, en que el demandado fue poseedor, en virtud del tan mencionado contrato de promesa de permuta, hasta el 9 de noviembre de 1969, en que sus prometientes permutantes ocuparon el inmueble que le habían entregado como anticipo de cumplimiento del convenio; pero que, de marzo de 1970 en adelante, en que la recuperó como consecuencia de un proceso policivo, perdió la condición de poseedor ya que ocupaba el inmueble como retenedor y para seguridad de las mejoras que le había introducido. Es notoria, pues, la disparidad de criterio del recurrente en esta oportunidad y en las instancias, a partir de la demanda incoativa del proceso, que fue dirigida contra Forero como poseedor y no como retenedor, como se deduce rectamente de la misma acción ejercitada, la de dominio, que según se sabe debe dirigirse contra el poseedor, y como también se desprende de los fundamentos de derecho expresados en aquel libelo, en el que se citan las normas pertinentes a la posesión (artículos 762 y siguientes C. C.) y a la reivindicación art. 946 y siguientes *ibídem:* Si ésta no hubiese sido la posición de Bernal, la conclusión del proceso hubiera sido muy otra: no se habría decretado la reivindicación, por falta de uno de los elementos axiológicos de ella: la posesión en el demandado. Hay, pues, una clara variación de la demanda inicial, que no es posible con ocasión del recurso extraordinario (CVII, 253), lo que sería suficiente para rechazar el cargo.

13. Pero es que, además, para tomar la decisión que tomó el Tribunal tuvo en cuenta que Forero entró en posesión del bien objeto del contrato de promesa de permuta en virtud de la entrega que de él le hicieron, como anticipo del cumplimiento de sus obligaciones, los Melo-Martínez. Ahora bien: en sentencias de esta corporación que en lo pertinente se transcribirán adelante (numeral 21), se ha dicho que quien ocupa un bien como consecuencia de un contrato de la naturaleza del anteriormente citado, es poseedor, y, entonces, no puede considerarse como de mala fe. Por otra parte, se tiene dicho que "la apreciación de la buena o de la mala fe tiene sus fundamentos en una serie de factores subjetivos que, con asiento en el acervo probatorio, vienen a formar la convicción íntima del fallador para estimar debidamente ese fenómeno jurídico".

Como la conclusión del Tribunal no es contraevidente, pues la apreciación en que lo fundamentó tiene asidero pleno en el expediente, es inconmovible y por tanto el cargo no prospera por este otro motivo.

b) *Recurso del demandado y consideraciones de la Corte.*

14. Dos cargos formúlale éste a la sentencia del *ad quem,* ambos comprendidos dentro del ámbito de la causal primera del artículo 356 del C. de P. C., que la Corte procede a estudiar en el mismo orden en que vienen propuestos, a saber:

Primero.

15. Hácese consistir en que el Tribunal violó "*indirectamente* a causa de errores de derecho y

de hecho que adelante puntualizo, los artículos 946, 950, 961, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969 y 970 del Código Civil, por haberlos *aplicado indebidamente* al caso litigado", que lo fundamenta así:

a) La acción ejercitada en este proceso es la reivindicatoria, como se deduce de la demanda incoativa y de las sentencias de primera y de segunda instancia. Ahora bien: como tal acción se basa en cuatro soportes bien conocidos, si uno de ellos falla el "decreto de reivindicación se derrumba inexcusablemente". En el caso *sub lite* —agrega— el relacionado con el derecho de dominio en el demandante no se halla acreditado legalmente en el proceso, a pesar de que el fallador afirma que tal derecho está desmostrado con la escritura pública acompañada por el demandante a su libelo y con las aducidas por el demandado en la diligencia de inspección judicial, que es una de las oportunidades que para ese efecto brindaba el artículo 597, ordinal 2º, del Código Judicial vigente cuando se practicó, teniendo en cuenta los principios de unidad y de comunidad de la prueba, sin que pueda considerarse un obstáculo el que no se hubiera afirmado expresamente la existencia del derecho de dominio de los antecesores del demandante en los hechos constitutivos de la *causa petendi*, si se tiene en cuenta que, según la teoría de la individualización, aceptada por la doctrina moderna, "es suficiente la indicación del hecho o hechos fundamentales o esenciales —para el caso que el demandante era propietario del inmueble reivindicado, que el demandado era poseedor, y que existía identidad entre lo poseído y lo reivindicado y que se trataba de un objeto singular— para que se tenga por debidamente integrado el aspecto histórico, de hecho o *causa petendi*".

b) Estatuía el artículo 597 del C. J. —continúa el censor que "para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso... 2º— Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el juez y las partes"; pero de allí no se concluye que en tales oportunidades pudieran presentarse pruebas *ad libitum*, sino sólo aquellas que se refieran a los hechos de la inspección o diligencia, como lo tiene dicho esta corporación en sentencia que cita. En el caso en estudio, el demandante solicitó la práctica de una inspección ocular —hoy judicial— para establecer si de conformidad con la escritura aportada por él como anexo de su demanda, o sea la 6591, otorgada el 31 de diciembre de 1969 en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, "se trata del mismo bien inmueble, si tiene el mismo número de alcobas, servicios, linderos, medidas, étc.", y el juzgado decretó "para los fines a que se contrae dicho punto", y en el curso de la diligencia y como contribución suya " a su *perfecta identificación* e historia", el demandado presentó, "para que queden haciendo parte de esta diligencia", copias debidamente registradas de las escrituras públicas números 149 y 1095, otorgadas en su orden el 25 de enero de 1968 y el 5 de abril de 1967, ambas en la Notaría arriba mencionada, debidamente registradas, por medio de las cuales Jorge Enrique Moreno Rodríguez vendió a Pedro Antonio Melo Otálora y Mariquita Martínez de Melo el inmueble objeto de este litigio, que había adquirido por su parte de la Compañía de Inversiones Bogotá, S. A., las cuales entonces se hallan agregadas al expediente sin decreto del juez, ya que éste no hizo pronunciamiento alguno cuando el demandado las presentó en la forma como quedó relacionada;

c) Tiénese, entonces, que el fallador, al estimar las dichas dos últimas escrituras —continúa el recurrente— cometió un doble error de derecho. En efecto:

Primero. Lo hace depender el censor de que el Tribunal las apreció sin que el juez las hubiera ordenado incorporar al proceso, con lo cual violó, según él, el artículo 597 del C. J., en el sentido atrás dicho; el 174 del Código de Procedimiento Civil, "el haber fundado su decisión en pruebas *irregularmente* allegadas al proceso", y el 183 *ibídem* "al haber apreciados pruebas que no se solicitaron en oportunidad y que se incorporaron al proceso sin orden del juez", quien mal podía "tener tales escrituras *como pruebas del dominio* de Jorge Enrique Moreno y de la Compañía de Inversiones Bogotá, S. A., sobre el inmueble litigado, siendo así que por haber sido presentadas en la diligencia de inspección judicial practicada exclusivamente para identificar dicho bien, *"sólo podían tenerse como prueba de la identidad del mismo mas no de su propiedad"*. Al proceder así, infringió el sentenciador el artículo 597, numeral 2, del Código Judicial por él invocado, y el 246, numeral 3, del C. de P. C., que solo le permitían tener tales instrumentos como prueba del hecho objeto de la inspección judicial en la que se presentaron, "o sea de la identidad del inmueble precitado", siendo de observar que los principios de la unidad y de la comunidad de la prueba a que alude la sentencia de segundo grado sólo tienen aplicación respecto de pruebas 'introducidas legalmente al proceso', como bien lo advierte Devis Echandía en el caso que en ella se transcribe. Y en el caso que se examina se trata de pruebas que no se incorporaron

legalmente al proceso, o, por lo menos, no con el propósito de acreditar la propiedad del inmueble reivindicado".

Segundo. Hácelo consistir el recurrente en haber el Tribunal entendido como prueba el "dominio de los antecesores del demandante con medios de prueba manifiestamente inconducentes", según se desprende de los siguientes razonamientos que formula:

i) No es valedera la afirmación del *ad quem* en el sentido de que en derecho colombiano pueda regir la teoría de la individualización; por el contrario, los artículos 593 y 596 del C. J., acogen la de la sustanciación "en lo tocante a la *causa petendi*, al establecer, en su orden, 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' ", y que "las pruebas deban ceñirse al asunto materia de la decisión, y son admisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", porque según aquél, "no le era permitido al juez fundar su decisión en hechos que no se hubieran afirmado en la demanda o en el escrito de excepciones, aunque se hallaren probados", y de acuerdo con lo estatuido por éste no pueden admitirse como prueba "aquella que no se encaminara a demostrar, directa o indirectamente, un hecho de la demanda o de las excepciones", ya que en caso contrario tal prueba es inconducente y, por tanto, al apreciarla, el juez incurre en un yerro de valoración. Conclusión ésta que, continúa el censor, está corroborada por la interpretación que ha hecho la Corte de los artículos 205 y 593 del C. J., que es aplicable, por lo demás, a la que pueda hacerse del precepto 75 del C. de P. C., normas éstas que exigen que en la demanda se expresen "los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados";

ii) Además de los elementos axiológicos bien conocidos de la acción reivindicatoria —sigue diciendo el casacionista— es indispensable que el "dominio del demandante sea anterior a la posesión del demandado", razón por la cual tal supuesto constituye un hecho fundamental que debe alegarse necesariamente en el libelo, mencionándose la existencia y aportándose legalmente los títulos del demandante y de sus antecesores cuando sea necesario, para que pueda admitirse su demostración en el proceso, lo que no sucedió en el estudiado. En efecto, en la demanda con que se inició "se señaló como único título de dominio del demandante sobre el inmueble materia de la misma, la escritura 6591 de 31 de diciembre de 1969, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, y, por consiguiente, la decisión del litigio sólo podía proferirse con base en ese título. De tomar en cuenta otros distintos, se alterarían las bases sobre las cuales se trabó la relación procesal. Y es que como notó la Corte en la sentencia últimamente citada, 'dejar al arbitrio del actor la enunciación de los hechos que le convengan y permitirle guardar silencio sobre los que no quiera afirmar, *sería violentar la garantía de la igualdad de las partes ante el derecho si después quisiera probarlos en el proceso*'. El demandado presentó las escrituras memoradas únicamente con el fin de facilitar la identidad del inmueble materia de la inspección judicial; por consiguiente, resultaría sorpresivo para él, y, por ende, violatorio de su derecho de defensa, tener esos títulos como prueba de un hecho distinto —la propiedad de los antecesores del demandante— que, por añadidura, no formó parte de la relación procesal".

16. Por lo demás, según el censor, el Tribunal "igualmente incurrió en un manifiesto error de hecho, al tener por probado el dominio del demandante con anterioridad a abril de 1969, *en que al decir del sentenciador comenzó la posesión del demandado*, pues en el proceso no existe prueba legalmente producida de ese hecho, ya que, repítese, las escrituras presentadas en la diligencia de inspección judicial prueban tan solo la identidad del bien mas no su propiedad. A causa de ese error que contraría la evidencia que surge de los autos, el Tribunal infringió indirectamente las normas sustanciales a que he hecho referencia". (Todos los subrayados anteriores son del recurrente).

Por todo lo cual, concluye el cargo con la petición a la Corte de que case la sentencia recurrida, revoque la de primer grado y niegue "las peticiones de la demanda por no estar demostrado el dominio sobre el bien que pretende reivindicar, con costas" a su cargo.

Se considera.

17. La censura, tanto en el error de hecho como en los dos aspectos del de derecho, puede resumirse como sigue: no está probado el dominio del demandante sino a partir del 31 de diciembre de 1969, fecha de la escritura pública de adquisición por él del inmueble objeto del litigio, cuya copia debidamente registrada se acompañó a la demanda, ya que no pueden tenerse en cuenta los instrumentos públicos que prueban el dominio de sus antecesores, por cuanto ellos fueron presentados en una diligencia de inspección judicial por la parte demandada, sin petición anterior,

sin decreto del juez del conocimiento y únicamente para los efectos de la identificación del aludido bien, sin que, por otra parte, se hubiesen relacionado en la demanda incoativa como hechos constitutivos de su *causa petendi,* requisito indispensable para su apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de que la legislación colombiana no acogió la teoría de la "individualización" sino la de la "sustanciación", al establecer que "toda decisión judicial en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa" (artículo 593 C. J.).

a) Oportunidad en la presentación de la prueba. *Entre las contempladas en la Ley 105 de 1931, vigente para entonces, se contaba la de su presentación en inspecciones judiciales en que interviniese el juez y las partes (artículo 597, ordinal 2º), caso diferente al contemplado en el ordinal 3º de la misma disposición, que exigía el requisito, no contemplado en aquél, de "haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto". Lo cual, por otra parte, está muy puesto en razón; porque, como lo dice Couture, "el procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general es ineficaz. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio es un conjunto de garantías para que la contraparte pueda cumplir su obra de fiscalización. El principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar. El contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo. Su infracción se sanciona en algunos textos legales con la nulidad de la prueba. Pero aun sin texto expreso debe admitirse, en principio, esta conclusión". (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, páginas 253/64). De lo que se deduce que lo fundamental en el punto es que la prueba no se produzca o aduzca al expediente sin que la parte contra quien va a obrar pueda fiscalizarla ampliamente, a fin de que no sea sorprendida y se guarde fielmente el principio de la lealtad procesal.*

Así, además, lo han entendido la jurisprudencia y la doctrina colombianas. En efecto:

1. La Corte tiene dicho:

"La ley de procedimientos civiles determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar pruebas. Al mismo tiempo, generalmente, les fija su valor. Esas normas son de orden público, su cumplimiento obligatorio para el juez y para las partes. Dentro de esos principios, como cuestión fundamental e includible están consagrados los de contradicción y publicidad, base y fundamento de la lealtad entre las partes contendientes y de la igualdad de derechos en el litigio, pues para ninguna de las partes puede existir ni prueba oculate, ni prueba que, por lo menos en principio, no pueda impugnarse. Entre esas normas, el artículo 593 establece 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".

Transcribe en seguida el artículo 597 del derogado Código Judicial y, continúa:

"Por modo que debe estimarse el mérito de las pruebas, entre otros casos por el artículo enumerado, cuando se presenten en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen las partes y el juez. Eso es lo fundamental, que las partes no desconozcan las pruebas que recíprocamente se presentan para efectos de que puedan gozar de los derechos respectivos dentro del procedimiento civil. Desde luego, la inspección misma es una prueba que tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate, según el artículo 724 del citado Código, pero es también un medio para aducirlas y estimar su mérito, según el artículo 597.

"Se niega por el recurrente la posibilidad de aducir instrumentos públicos en la oportunidad del inciso 2º del artículo 597, porque para él, eso solamente puede hacerse de acuerdo con el artículo 636 del Código Judicial, y por eso impugna el fallo de segundo grado.

"En sentencia de 24 de junio de 1964, tuvo la Corte la ocasión para estudiar esos aspectos y dijo entonces:

" 'Las oportunidades determinadas en el artículo 597 persiguen la igualdad de las partes en el proceso, y de consiguiente, la lealtad que debe inspirar la producción de las pruebas, de manera que no haya forma o procederes imprevistos, contra los cuales no puedan reaccionar eficazmente. Se trata de una norma de igualdad en el campo procesal, conforme a la cual las partes se mueven en un mismo plano de idénticas prerrogativas;

ambas disponen por igual de los mismos medios de ataque y de defensa y ninguna puede sorprender a la otra haciendo uso de recursos inusitados; en una palabra, de una regla de equidad procesal. Por tanto, si la aducción directa de instrumentos en el término de prueba, con citación de la parte contraria y asentimiento de la misma, responde a estos motivos —que no son otros que los que inspiran el artículo 597— no hay duda que ello es justo, porque se trataría en último análisis de aplicar el artículo 8º de la Ley 183 de 1887, que consagra la regla de interpretación de la analogía, ya que a una misma situación de hecho debe corresponder la misma situación de derecho...' '' (XC, 640/41).

Conclusión ésta que tiene reforzada con consideraciones adicionales, a saber:

i) ''Por lo demás, aun en caso de duda sobre la oportunidad para darle mérito a las partidas sobre estado civil, que es el pensamiento del recurrente, esa duda habría de resolverla la Corte dándole una aplicación práctica al artículo 472 del C. de Procedimiento Civil, en el sentido allí previsto, o sea, de la efectividad de los medios probatorios para sacar avantes los derechos concedidos por la ley sustantiva, siempre que, desde luego, las pruebas que se estudien en un caso concreto, como en el presente, hayan pasado por la oportunidad procesal de la publicidad y de la contradicción para la parte a quien pueda perjudicar. Así sucede aquí, y sobre la autenticidad de las partidas de estado civil no hay cargo alguno que permita sospechar de ellas'' (XC, 641).

Doctrina ésta aplicable al caso ahora en estudio, porque también de documentos públicos se trata, presentados sin petición previa en una inspección judicial, siendo el precepto 4 del actual Código de Procedimiento Civil similar, aunque más claro y comprensivo, al artículo 472 de la Ley 105 de 1931.

ii) ''Y no puede ser de otro modo, porque, a más de que el sistema del Código se inspira en el principio de la eventualidad, la falta de impugnación o reclamo oportuno hace suponer la aquiescencia de la parte a quien la prueba perjudica, y ya se puso de presente con la transcripción anterior que la voluntad de las partes es la suprema ley del juicio'' (XCI, 638).

iii) ''Sobre la conducencia de las pruebas presentadas en inspección ocular frente a la materia que se examina, decide discrecionalmente el juzgador de instancia, y su conducta al respecto no es censurable en casación sino cuando descienda a la arbitrariedad o atenta contra los dictados elementales del sentido común... Por modo que si el Tribunal estimó el valor probatorio de una escritura pública, presentada en la inspección ocular de segunda instancia, no actuó en detrimento de las normas instrumentales que califican el ingreso de las pruebas a los autos y les otorgan su correspondiente valor.

''No desconoció tampoco el sentenciador los principios de lealtad e igualdad de las partes comprometidas en el proceso, ni el plano equitativo que debe sustentar la actividad de los litigantes. Porque la escritura pública otorgada precisamente por las mismas personas en pleito, como auténtica que es, no envuelve sorpresa, y se presenta, además, en acto procesal que se efectúa con intervención del juez y de las partes, como lo exige el citado ordinal 2º del artículo 597 del Código Judicial. Considerando que se acentúa con el artículo 649 *ibídem* por el término allí concedido hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse la causa, según el caso, para proponer la tacha de falsedad, no formulada en el presente litigio'' (CVII, 112).

2. ''Respecto del segundo caso del artículo 597 se advierte que son admisibles las pruebas producidas en diligencias en que concurren el juez y las partes, pues la prueba no es sorpresiva y se puede controvertir. Tales diligencias son, generalmente, la inspección ocular, el secuestro y avalúo, el deslinde, la entrega'' (Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, Tercera Edición, página 23).

18. Relacionando lo hasta aquí dicho con lo que en el expediente aparece, se tiene:

a) El demandante, en su libelo, manifestó que ''con la presente demanda, a más de presentar el poder con que actúo, remito al señor juez copia de la escritura pública número 6591 de 31 de diciembre de 1969, de la Notaría Segunda de Bogotá, por medio de la cual mi poderdante adquirió la propiedad del inmueble que se le usurpó, y el certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, distinguido con el número 0053''.

b) La declaración segunda de dicha escritura reza: ''El inmueble antes determinado fue adquirido por los comparecientes vendedores por compra que hicieron al señor Jorge Moreno Rodríguez, según consta en la escritura pública número ciento cuarenta y nueve (149) de fecha veinticinco (25) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), otorgada en la misma Notaría, registrada el 13 de marzo del mismo año en el Libro Primero página 336, número 4527-A y con matrícula anotada en la página 81, Tomo 1153 de Bogotá'';

c) El certificado a que alude el demandante, como se dejó dicho en la letra a), anterior, dice:

"Primero. Que por escritura número 149 de 25 de enero de 1968, Notaría Segunda de Bogotá, registrada bajo el número 4527-A a la página 336, Pedro Antonio Melo Otálora y Mariquita Martínez de Melo, compraron a Jorge Enrique Rodríguez, en partes iguales, el lote de terreno número 15 de la manzana 9 en el plano de la nueva urbanización 'Las Delicias', ubicado en esta ciudad de Bogotá, D. E., en los terrenos denominados antiguamente 'San Antonio' o 'Puentes de Bosa'..." con iguales linderos a los expresados en la demanda. "Segundo. Que el vendedor adquirió el inmueble así: ...y el lote de terreno, por compra a la 'Cía. de Inversiones Bogotá, S. A.', por escritura número 1096 de 5 de abril de 1967, Notaría Segunda, registro 9151-A";

d) En la inspección judicial practicada por el juez del conocimiento el 29 de marzo de 1971, a la que, además de este funcionario, concurrieron el secretario y los apoderados de las partes, junto con algunos testigos a quienes en definitiva no se les tomó allí declaración, el representante del demandado dijo lo siguiente: "Ahorro esfuerzo a todo el personal declarando, como personero del demandado, que la finca es la misma en que estamos, con la sola aclaración de que el número de su puerta no es 48-A-69, como dice al principio, sino 45-A-64 Sur, y contribuyo a su perfecta identificación e *historia* (se subraya), presentando, para que queden haciendo parte de esta diligencia, la escritura número 149 de 25 de enero de 1968 de la Notaría Segunda de Bogotá, venta a Pedro Antonio Melo Otálora y Mariquita Martínez de Melo, hecha por Jorge Enrique Moreno Rodríguez, registrada en Libro 1º, páginas 336, número 4527-A en marzo 3 de 1968, matrícula P.81, tomo 1153 de Bogotá, y la escritura número 1096 de abril 5 de 1967, de la Notaría Segunda de Bogotá, venta de Compañía de Inversiones Bogotá, S. A., a Jorge Enrique Moreno Rodríguez, registrada el 27 de mayo de 1967, Libro 1º, página 230, número 9151-A, matrícula P.204, tomo 918 de Bogotá".

De lo anterior se deduce que, en la misma demanda incoativa del proceso se dio cuenta, aun cuando sin la comprobación legal requerida, del dominio de los dos inmediatos antecesores del demandante sobre el bien objeto de la litis; y que, por otra parte, los instrumentos públicos en que tal derecho consta coinciden plenamente con las copias de las escrituras públicas aducidas por la parte demandada en la diligencia de inspección judicial, entre otras cosas para contribuir a la perfecta *historia* (vuélvese a subrayar) del derecho invocado por Pastor Bernal. De manera que no fue éste el que presentó las escrituras en referencia; fue Forero, quien, por tanto, no solamente las conocía suficientemente, sino que las tenía aceptadas como legalmente capaces de demostrar la historia del derecho de dominio alegado por el demandante, por lo cual esas probanzas tuvieron publicidad, pudieron haber sido contradichas, observándose consecuencialmente, de manera estricta, el principio de la lealtad procesal. No hay duda, pues, de que bien pudieron ser estimadas por el *ad quem* en favor de Bernal, siguiendo los principios inobjetables de la unidad y de la comunidad de la prueba, vigentes en derecho procesal colombiano.

Es más: la parte demandada basó su defensa en las dos instancias, no en la falta de demostración del dominio con anterioridad al 31 de diciembre de 1969, cuando lo adquirió Bernal, hecho en el que está montada esta parte del cargo, sino en que la vía de la reivindicación no era la adecuada para obtener de la justicia el reconocimiento del derecho alegado por él, por lo que ha debido intentar la acción de recobro consagrada por el artículo 739 del C. C., en virtud de que Forero había llevado a cabo algunas construcciones a ciencia y paciencia de los Melo, antecesores del demandante en el derecho de dominio alegado, reconociendo, en consecuencia, el dominio de éstos y de su causahabiente, razón que motivó la presentación espontánea en la inspección judicial de las escrituras públicas números 149 y 1096 antes citadas, sin oposición del demandante a quien, a la postre, vinieron a convenirle.

b) *Individualización.* Ataca el censor los conceptos del fallador sobre la teoría de la individualización, siendo, por tanto, oportuno, expresarse sobre ella.

Dos teorías radicales y opuestas se parten el campo, en efecto, en cuanto a la estimación de los hechos de la demanda, razón por la cual se viene elaborando por la doctrina y la jurisprudencia una intermedia o ecléctica. En esta posición se encuentra la Corte, que, después de analizarlas en su prístina y estricta elaboración y conclusiones, dice: "Nuestra ley procesal consagra en este punto el sistema llamado de la sustanciación, que consiste en la necesidad de exponer en la demanda los fundamentos fácticos de la pretensión, o mejor, la causa o título que la origina. Descarta, por tanto, el otro sistema denominado de la individualización, que sólo exige la expresión del petitum *con aquellas indicaciones estrictamente indispensables para identificarlo. No debe olvidarse, sin embargo, que el sistema de la sustanciación no requiere puntualizar todos los pormenores de la* causa petendi, *sino los hechos primordiales que especifiquen el origen y la identidad de la pretensión" (*CII, *36).*

Y ya antes había expuesto estos otros conceptos, analógicamente aplicables al punto:

"El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es poseedor *de la cosa en la cual radica el derecho del actor. Basta, por tanto, que aparezca inequívocamente de la demanda que la acción que se ejerce es de reivindicación y no otra, para que se comprenda en ella dicha afirmación. De consiguiente, no implica ausencia de presupuesto procesal y menos aún de elemento esencial de la acción, la circunstancia de que no afirma expresamente el demandante que el demandado* posee *la cosa. El ejercicio de la acción conlleva el cargo de ser el reo el poseedor; no puede concebirse la acción de dominio sin ese cargo; y por lo mismo, no puede alegar razonablemente el demandado que en el libelo no se le señaló en la forma explícita como poseedor, porque basta que se le señale como sujeto pasivo de una relación procesal que necesaria y esencialmente proyecta sobre el reo ese carácter"* (LXXX, *85).*

A iguales conclusiones llegan autores nacionales y extranjeros. En efecto:

"La doctrina moderna considera suficiente para el éxito de la demanda la indicación de los hechos necesarios 'para individualizar o identificar la acción que se propone', como dice Chiovenda; es decir, para fijar las pretensiones de manera que no existe incertidumbre sobre el objeto de la demanda. Es la teoría de la individualización, a la cual se opone la de la sustenciación, que es más rigurosa y exige indicar todos los hechos que fundamentan el derecho que se hace valer. Entre los sostenedores de esta última algunos exigen que todo el material de hecho de que quiere servirse el actor en el pleito se indique en la demanda, de manera que la alegación posterior de un hecho no comprendido en aquélla sería cambio de demanda y por lo mismo inadmisible. Pero, como ha dicho Chiovenda, 'esta opinión enlaza con forma de procedimiento hoy en desuso y no tiene muchos adeptos'.

"Es decir: basta alegar los hechos fundamentales, de donde mana la pretensión, sin exigir que se enuncien todos los detalles o todos los hechos circunstanciales que pueden interesar.

"No es indiferente la manera como se formulan; pero no debe exagerarse, porque si es posible conocer la verdadera intención encerrada en los hechos expuestos, ésta debe prevalecer sobre el tenor literal.

"Es necesario distinguir los hechos sustanciales y los meramente accesorios o circunstanciales, para limitar tal exigencia a los primeros, es decir, a aquellos que configuran la causa petendi, *la fuente de la pretensión,* como determinado accidente, el contrato cuyo cumplimiento se pide o del cual emana el derecho pretendido... *En cambio..., las circunstancias que rodearon el contrato y que condujeron al vicio del consentimiento que señala, etc., vienen a formar hechos accesorios que, en caso de no enunciarse en la demanda, no impiden que la* causa petendi *resulte claramente determinada y, por consiguiente, basta probarlos en el curso del proceso para que en la sentencia se tengan en cuenta con todas las consecuencias legales. De lo contrario, se pecaría por una exagerada exégesis y se sacrificaría el derecho a la forma, con violación del principio general sobre interpretación de las normas de procedimiento de manera que se hagan efectivos los derechos materiales que con ellas se tutelan (C. de P. C., artículo 4º) y de los actos procesales en general" (Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo* I, *páginas 346/7).*

El demandante en este proceso mencionó, en el libelo incoativo del mismo, como ya se anotó anteriormente, el título de donde hacía nacer su derecho de dominio sobre el bien cuya reivindicación solicitó, luego señaló su causa, fundamentó debidamente el hecho de donde se desprendía la dicha pretensión, que delimitó de manera precisa, de manera de no poderle confundir con otra. Las pruebas del dominio de sus antecesores, por otra parte, no constituyen hechos sustanciales, en el sentido atrás indicado, sino circunstanciales; y estando bien allegadas al proceso, como se demostró suficientemente arriba, bien pudo el *ad quem* apreciarlas, como lo hizo.

No prospera, pues, la censura, ya que no se violaron las normas probatorias y sustanciales citadas por el censor.

Segundo cargo.

19. Así se encuentra formulado: "Con fundamento, igualmente, en la causal primera de casación, acuso la sentencia de segundo grado de haber violado indirectamente, a causa de errores de hecho y de derecho que luego puntualizo, los artículo 762, 946, 952, 961, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969 y 970 del C. C., por haberlos aplicado indebidamente al caso litigado".

En su desarrollo, manifiesta el casacionista que el Tribunal llega a la conclusión de que el demandado es poseedor del inmueble cuya reivindicación se persigue, basándose en tres consideraciones que a ella no pueden conducir, por lo que este otro basamento de la acción reivindicatoria tampoco se demostró en el proceso. Tales consideraciones son:

a) La norma 981 del C. C., según la cual "la construcción de edificios" es uno de los hechos positivos que demuestran la posesión de quien la ejecuta;

b) El demandado recibió el inmueble, voluntariamente, en virtud de la entrega material que de él le hicieron los dueños del mismo, quienes prometieron permutárselo, lo que, según doctrina de la Corte, lo define como poseedor y no como mero tenedor;

c) Tres grupos de otros elementos probatorios, que fueron: confesión del demandado; testimonios e indicios derivados de la conducta de aquél.

Refiérese en seguida, por separado, a cada una de las consideraciones dichas, manifestando:

A) *Construcción de edificios.* En sentencia de la Corte proferida el 27 de octubre de 1945, se dijo que "...atender a las reparaciones de una casa o de un terreno dados no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para aquello han de ser complementados con el ánimo de señor y dueño...; y de acuerdo con fallo de la misma corporación, fechado el 18 de mayo de 1972, no publicado aún, "la persona que edifica, planta o siembra en suelo ajeno, aunque puede ser simple tenedor, ordinariamente lo h a c e como poseedor", siendo "muy difícil", además, para testigos y litigantes deducir si quien tiene materialmente un bien es poseedor o tenedor. Luego no es válido, concluye, el razonamiento del *ad quem* sobre el particular;

B) *Promesa de permuta.* Por un lapso mayor de cincuenta años —expresa el recurrente acerca de esta segunda consideración del fallador— la Corte estuvo sosteniendo que "la promesa de venta de una finca raíz, seguida de la entrega material de la cosa objeto del contrato prometido, no es título de posesión sino de mera tenencia, puesto que el presunto comprador ocupa la cosa prometida reconociendo necesariamente dominio ajeno (XXVIII, 70)", pero en sentencia fechada el 12 de abril de 1958, continúa, se cambió la doctrina tradicional en "forma por demás extraña", porque "no dice en qué se fundó (la Corte) para afirmar que el prometiente comprador había recibido el inmueble como poseedor, con ánimo de dueño, y no como simple tenedor". Lo que obligó a uno de los Magistrados a salvar su voto, argumentando que, como la promesa no es título apto para adquirir el dominio, "es manifiesto que el elemento subjetivo de la posesión sigue en quien entrega, pues habiendo reconocimiento del dominio de éste, el ocupante del bien por más que lo pretenda no puede convertirse en poseedor". Agregando el censor, en corroboración de la tesis del Magistrado disidente, que "tan cierto es que el prometiente comprador que recibe el inmueble reconoce el dominio del prometiente vendedor, y que así lo ha entendido el legislador, que éste lo ha facultado a demandar a aquél con el objeto, precisamente, de que le haga tradición del dominio que sigue radicando en su cabeza";

C) En cuanto a los "tres grupos de elementos probatorios", así titulados por el *ad quem*, expresa el censor lo siguiente:

i) *Confesión.* Al ver el sentenciador en las afirmaciones anotadas por éste en su sentencia y que atrás [n. 7, ord. i), letra d)] se transcribieron una confesión, cometió un manifiesto error fáctico: porque para que haya confesión, requiérese que la admisión del hecho sea categórica y no dudosa por parte del confesante; porque al decir el demandado en algunas ocasiones que es tenedor y en otras que es poseedor, la aceptación de esta segunda posición, únicamente, "altera la objetividad misma de la prueba al cercenarle parte de su contenido"; porque al no ver en la demanda policiva instaurada por Forero contra los señores Melo-Martínez, el reconocimiento que allí hace del dominio del inmueble por parte de éstos, también cercenó el contenido de dicho libelo; porque "otro tanto hizo el Tribunal con la demanda penal, en la cual expresamente dijo Forero: 'Conforme al inciso 2º del artículo 739 del C. C., a ciencia y paciencia de los dueños del inmueble, con el beneplácito y muchas veces en presencia de los esposos Melo-Martínez, reedifiqué y embellecí la casa número 45-A-54 Sur de la transversal 60... los dueños del inmueble, para recobrarlo, estaban y están obligados a pagarme el valor de la reedificación' "; porque tampoco "vio el Tribunal la afirmación que hizo Forero en el interrogatorio de la segunda instancia, cuando al exigirle el Magistrado ponente que definiera si era tenedor o poseedor, contestó: 'Me considero como retenedor, espero que me paguen las mejoras'. Respuesta ésta que implica reconocimiento de dominio ajeno, pues no se retiene un bien de que se es dueño, ni se pide el pago de las mejoras propias, como es obvio"; y porque tampoco puede tenerse como confesión la pregunta que Forero formuló a los testigos en el sentido de si les constaba que "yo reconstruí totalmente la casa citada, a mis expensas modernizándola, si la poseía y tenía yo, quieta y pacíficamente", ya que "cuando quien pregunta, sea en posiciones a la otra parte o en cuestionarios a testigos, sin que el primero *lo afirme expresa, clara e inequívocamente como cierto, el interrogatorio no puede contener una confesión* (subrayo), pues és-

ta debe ser una declaración expresa y terminante", según lo pone de presente un autorizado autor nacional, que cita;

ii) *Testimonios.* Según el censor, cometió el Tribunal error de derecho al apreciar las declaraciones anticipadas de Ana Dominga Pérez de Bernal, Adolfo Huertas Sánchez y Salomón Rincón, que no fueron ratificadas como lo manda el artículo 229 del C. de P. C., y como lo ordenaba también el 693 del C. J., puesto que en los testimonios rendidos por ellos dentro del proceso no aparece expresa esa ratificación; y cometió error de hecho al apreciar tales declaraciones y las de Jorge Enrique Arenas, Margarita de Soler y Pablo Emilio Gil Leal, "rendidas estas últimas antes del proceso y dentro de éste... al ver en ellas la prueba de la calidad de poseedor de Forero, derivada del hecho de que los declarantes vieron a éste hacer reparaciones y obras de construcción en el inmueble prometido en venta y guiado el Tribunal por el criterio, ya rebatido, de que quien hace reparaciones o construcciones en un inmueble es necesariamente poseedor, cuando también puede hacerlo un tenedor. Y al cercenar el contenido de tales testimonios, pues no vio el Tribunal que los testigos dicen que Forero poseía y *tenía* el inmueble, y que los Melo-Martínez lo autorizaron para reconstruir la casa. Autorización que no habría necesitado Forero si hubiera tenido ánimo de señor y dueño". Este error de hecho —agrega— se pone más de manifiesto al no relacionar los testimonios en mención con otras pruebas obrantes en el expediente, tales como el contrato de promesa de permuta, que demuestra el carácter de tenedor en el demandado, así como también los de arrendamiento y venta celebrados por los Melo-Martínez con Luis Fabio Marulanda Nieto y Pastor Bernal, respectivamente, que demuestran el ánimo de señores y dueños que conservan los primeros, conducta del fallador que es contraria al mandato del artículo 187 del C. de P. C., según el cual "las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica";

iii) *Indicios.* Los deduce el Tribunal —expresa el recurrente— de estos hechos indicativos, solicitud de instalación de teléfono por parte de Forero; inversión de cuantiosas sumas en la reconstrucción del inmueble; y negativa de arrendarle la casa a Margarita Fuentes de Soler antes de terminar la reconstrucción. Estos indicios que refuerzan, según el Tribunal "los elementos de convicción atrás analizados", no son soportes suficientes para sustentar el fallo; y, por otra parte, al aceptarlos el fallador como prueba de la posesión de Forero, cometió un manifiesto error fáctico, "desde luego que solicitar un teléfono a nombre propio no es acto privativo del poseedor, pues muchos son los arrendatarios que tienen el teléfono con su nombre"; hacer reparaciones no es acto que demuestre posesión, como en otra parte del cargo ya lo había expresado el casacionista; "y en cuanto a la manifestación que le hizo Forero a Margarita de Soler, de que no le arrendaba el inmueble mientras no terminara de arreglarlo, resulta muy forzado ver en ella un indicio de posesión, pues por sabido se tiene que el arrendatario típico tenedor, puede dar en arrendamiento el bien, o negarse a arrendarlo, sin que uno u otro hecho lo conviertan en poseedor". Finaliza esta parte de la censura poniendo de presente que el error de hecho se hace más protuberante por la falta de apreciación, para relacionarlos con los indicios, de los documentos mencionados en la última parte del ordinal ii) anterior.

Se considera.

20. Estima el Tribunal que uno de los medios legales pertinentes para demostrar la posesión del suelo, según el artículo 981 del C. C., es el de la construcción en él de edificaciones, por tratarse de un hecho positivo a que sólo da derecho el dominio. Se trata de una presunción legal que, por tanto, admite prueba en contrario a cargo de la parte a quien perjudica, en este caso del demandado-recurrente, pues está demostrado en el proceso que éste reedificó casi totalmente el bien que le fue entregado en virtud de la promesa de contrato de permuta.

Forero, a tal efecto y sin negar la construcción o reconstrucción mencionada, alega en su favor dos sentencias de la Corte en las que se admite la posibilidad de que la construcción pueda adelantarla, también, un tenedor; en la primera, limitándose por cierto a reparaciones únicamente, se dice que ellas "pueden *corresponder a mera tenencia", no que* correspondan *a esta figura jurídica; y en la segunda se afirma que quien edifica* "ordinariamente" *lo hace como poseedor, aunque* "pueda ser simple tenedor" *(todos los subrayados son de ahora). La afirmación de que pueda adelantarse una obra como poseedor o como tenedor, no implica necesariamente que la razón acompaña a quien coloca el construtor de la misma en la segunda de las indicadas categorías, máxime cuando el mismo interesado, en múltiples versiones, se tituló en el expediente como poseedor. Es más: el juzgamiento sobre el punto es cuestión de orden fáctico que corresponde al fallador de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, porque con la doc-*

trina jurisprudencial lo tiene dicho, la sola afirmación del demandado no acredita su condición de tenedor.

"En la apreciación de las cuestiones de hecho gozan los Tribunales de discrecional autonomía, y por consiguiente, sus juicios al respecto son intocables en casación mientras no se demuestre que están afectados de contraevidencia" (CXXX, 121), la cual no se da "cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria" (CXXXIX, 175); y esto porque "como la casación únicamente puede apoyarse en la certeza, es necesario que el censor demuestre que la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal riña con la objetividad misma de ésta, de tal manera que su conclusión resulta contraevidente. Si fúndase en que existe otra conclusión más lógica o más ajustada a los principios de la apreciación, entonces, por existir la posibilidad de que no haya errado el sentenciador, la acusación se desvanecería" (CXXXIX, 241).

No son suficientes, pues, las argumentaciones del censor para desvirtuar las del fallador.

21. Afírmase por el recurrente que la Corte no expresó inexplicablemente, las razones que tuvo para cambiar su tradicional jurisprudencia respecto a la promesa de contrato de compraventa aplicable al de permuta, como prueba de posesión, aunque irregular, por parte del prometiente comprador, a quien se le ha anticipado la entrega del bien sobre que tal promesa versa. A la sentencia citada por el recurrente puede, ciertamente, achacársele ese defecto; pero no a otras posteriores. En efecto:

"No se discute que si la posesión y la tenencia tienen un aspecto común, cual es el material o 'corpus'; se diferencian específicamente en que en la tenencia ésta se realiza por el sujeto de la misma, 'no como dueño', sino 'en lugar o a nombre del dueño' (artículo 775 C. C.), al paso que en la posesión el poderío sobre la cosa se ejerce 'con ánimo de señor y dueño', sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él (artículo 768 *ibídem*).

"Pero no es acertado pensar que este ánimo de dueño sólo pueda tenerse, como factor generativo de posesión, cuando se funda en un título que de ser regular sería para la adquisición del dominio. Porque esa intención de señorío o voluntad de portarse como dueño en el inicio de la ocupación de una cosa, constituye una situación subjetiva que podría darse aun en circunstancias en que faltase el título legítimamente de la posesión. Claro es que en esta hipótesis, por no proceder de justo título, la posesión sería irregular, pero no dejaría por ello de estar imperada por el '*animus domini*' que concurre a darle tal carácter de posesión.

"Tiénese, entonces, que en el caso de la litis, en que las partes, por haberlo pactado así, anticiparon desde el principio la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, la situación del prometiente comprador que recibió materialmente la cosa, no era la de quien viniese a tener ésta para el prometiente vendedor, sino la de quien entraba a ocuparla por cuenta propia, es decir, con ánimo de señor y dueño, y a la espera de que por aquél se le otorgase la escritura pública de la venta, única formalidad faltante en orden al perfeccionamiento del negocio. Vale decir que la situación del prometiente comprador era, desde el momento en que la cosa objeto de la venta prometida le fue materialmente entregada, la de un verdadero poseedor, así fuera irregular, porque al recibirla para sí en cumplimiento anticipado de la prevista compraventa, infundió a su tenencia el ánimo de dueño.

"Es por esto por lo que la antigua doctrina de la Corte, que consideraba como mero tenedor a quien había recibido la cosa con base en una promesa de compraventa, no tuvo perduración. Y así puede verse que, en sentencia de casación de 12 de abril de 1958, la Corte, al estudiar la posición del prometiente comprador que ha recibido la cosa, dijo: 'En realidad, N. N. recibió las cosas en posesión material, con ánimo de dueño que es lo que cuenta en esta materia, no como simple tenedor a nombre de otro, y sobre esta base sí puede fundarse la acción de dominio o reivindicatoria' (LXXXVII, 695).

"Y en igual criterio se inspira el fallo de casación de 18 de febrero de 1964, en donde la Corte consideró poseedor, aunque irregular, a quien estaba en el goce de un inmueble con base en un contrato de promesa de compraventa (CVI, 103/106).

"Estas consideraciones, aplicables al caso presente, llevan a la conclusión de que siendo el demandado poseedor material del inmueble de que se trata, con apoyo en la promesa de compraventa a que se ha hecho referencia, bien podía ser sujeto pasivo de la acción reivindicatoria contra él intentada". (Casación civil de 5 de diciembre de 1968, no publicada aún, proceso de Víctor Manuel Quintero Aldana contra Enrique Díaz Ramírez).

No encontrándose procedente el cambio de la doctrina acabada de transcribir, queda en pie este segundo fundamento de la sentencia recurrida.

22. En cuanto a los otros tres grupos de elementos probatorios, tiénese:

a) *Confesión.* Asiste la razón al recurrente cuando sostiene que las declaraciones de demandado y de su apoderado en varios de los escritos aportados al proceso y en algunas de las diligencias con ellas adelantadas, según las transcripciones de la sentencia recurrida que se dejaron hechas en el numeral 7, letra d), ordinal i) anterior, no contienen, propiamente, una confesión, por varias razones: porque son "vagas y genéricas"; porque en la mayor parte de tales declaraciones no existe "intención de confesar"; porque no son "expresas, terminantes y completas", ni tampoco "precisas, circunstanciadas y explícitas", y sí, en cambio, y en lo que concierne a la condición de poseedor o de tenedor por parte de Forero, "dudosas y vagas", contrariando así los requisitos que los expositores (Lessona, Bonnier, Silva Malero, Rocha y Devis Echandía, entre otros también citados por éste en su obra de "Derecho Procesal Civil", tomo IV, edición de 1959), exigen para que una declaración de parte se tenga como confesión, bien judicial o bien extrajudicial, los cuales recoge el artículo 196 C. P. C., especialmente en sus numerales 2 y 4. Pero este error del sentenciador, que se nota como rectificación doctrinaria, no es suficiente para invalidar la sentencia recurrida, si se tiene en cuenta que i) Quedan en pie los fundamentos tratados en los numerales 20 y 21 anteriores, suficientes para mantenerla; que ii) Habrán también de continuar rigiendo los que se tratarán en la letra b) inmediatamente posterior, y que iii) La confesión, caso de que existiera, no es prueba idónea en todos los casos, como en éste, y así lo tiene dicho la Corte en los siguientes términos: "En relación con el *'ánimus'* porque quien la sostiene estaría interesado en confesar un hecho que lo favorece, y, para quien la impugne, el ánimo sería un hecho completamente ajeno y no personal, y lo propio acontecería con el otro elemento, el *'corpus'*, porque quien sostiene la posesión, estaría interesado en confesar actos cuya naturaleza favoreciera su posición jurídica, y, quien la impugna, no podría ni afirmar ni negar esos actos, pues le son completamente ajenos" (LXXXV, 717/18).

b) *Testimonios.* No es totalmente cierta la afirmación del recurrente, en cuanto a que los testimonios anticipados de Ana Dominga Pérez de Bernal, Adolfo Huertas Sánchez y Salomón Rincón (C-3, folios 15-v, 13-v y 17, respectivamente), no se ratificaron con la formalidad exigida por el artículo 229 del C. de P. C., puesto que estos declarantes sí fueron citados al proceso oportunamente y se les sometió a interrogatorio formulado por el demandado en el memorial de pruebas (C-, folio 1), respondiéndolo totalmente (C-3, folios 32-v, 33-v y 34), eso sí sin decir expresamente que ratificaban sus anteriores declaraciones, en el fondo iguales aunque más explayadas. Aun en el caso de que se exigiera legalmente esa formalidad, mal podría sacrificarse el derecho a la forma.

Pero, aun dando por sentado de que tal formalidad fuese requisito esencial para que pudiesen apreciarse los testimonios en mención —la cual no era, por otra parte, exigida por el artículo 693, C. J., aplicable cuando las tales declaraciones fueron rendidas (25 de marzo y 2 de abril de 1971), en virtud del precepto 699 del C. de P. C., según el cual en los procesos iniciados antes del 1º de julio de 1971, "la práctica de las pruebas decretadas... se regirá por las leyes vigentes cuando... se decretaron", o sea el 8 de febrero de aquel año — el artículo 229 antecitado, por lo acabado de decir, no regía y, por tanto, mal pudo ser violado o desconocido por el fallador. Es más: aun en el caso de que el censor tuviera razón al tachar la apreciación hecha por el *ad quem* de las declaraciones arriba mencionadas, por el defecto por él indicado, ellas son solamente tres, pues la tacha no alcanza a las rendidas anticipadamente por Jorge Enrique Arenas, Margarita de Soler y Pablo Emilio Gil Leal, suficientes para poner de presente los hechos demostrativos de los actos materiales de ocupación del inmueble por parte de Forero, de donde dedujo el Tribunal la posesión por parte de éste. El error de derecho alegado, de existir, sería intrascendente.

Y como de acuerdo con todo lo expresado hasta aquí en el despacho del cargo, llégase a la conclusión de que quedan en firme los principales basamentos del fallo acusado, se hace innecesario el estudio del aspecto final de la censura, el relacionado con los indicios, como repetidamente lo tiene dicho la Corte.

Es imprόspero el cargo, en consecuencia.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de noviembre de 1972, en el proceso ordinario mencionado en ella.

Costas del recurso instaurado por el demandante, a su cargo; sin costas respecto al demandado,

en virtud de la rectificación doctrinaria que motivó su demanda.

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

Humberto Murcia Ballén (salvó el voto); *Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas* (salvó el voto); *José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

Por cuanto considero que el segundo de los dos cargos que el demandado recurrente formula contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, viene fundado en razones suficientes para alcanzar prosperidad, no comparto la decisión de la ponencia elaborada por el honorable Magistrado, doctor Aurelio Camacho Rueda y que fue acogida por la mayoría de la Sala.

Mi disentimiento se contrae en cuanto dicha ponencia, acogiendo una sentencia anterior de la Corte, decide decretar la reivindicación de un inmueble en frente de quien, sin ninguna estipulación adicional expresada en el pacto, lo recibió por virtud de un contrato de promesa de permuta.

Por lo consiguiente, con el respeto que me merecen mis colegas de Sala y los muy ilustres nombres de quienes suscribieron el fallo que en la presente sentencia se toma como antecedente doctrinario, a continuación expongo las razones de mi discrepancia.

Primera.

Según los principios que informan la legislación civil en Colombia, la propiedad, la posesión y la tenencia forman una trilogía de derechos, cada uno de los cuales se halla estructurado por singulares y muy especiales elementos, que a la vez que impiden confundirlos permiten distinguirlos fácilmente.

Consecuencia lógica de la naturaleza bien disímil que el legislador infundió a cada uno de estos tres derechos, es la diferencia, por ser igualmente distintos los elementos axiológicos de cada una de las acciones que para su protección consagra la ley positiva, a tal punto que no es dado buscar la tutela directa del dominio a través de una acción posesoria o de tenencia; ni pretender la protección jurisdiccional de la posesión o de la mera tenencia por los procedimientos establecidos para amparar la una o la otra, o por los consagrados para la eficacia de la propiedad.

Segunda.

El dominio, como derecho real que es, se caracteriza por otorgar a su titular el poder de persecución, que como su nombre lo indica, lo habilita para perseguir las cosas sobre la cual recae, en manos de quien se encuentre.

Por ello el Código Civil, después de definir el derecho real de propiedad como el que se tiene "en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" (artículo 669), se ocupa, en el Título 12 de su Libro 2º de la acción reivindicatoria, consagrándola como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consubstancial al dominio, y obtener la consecuencial restitución de la cosa a su dueño.

En dicho título, luego de definirse la acción de dominio como "la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla", se reglamenta separadamente en cuatro capítulos las "cosas que pueden reivindicarse", "quién puede reivindicar", "contra quién se puede reivindicar" y las "prestaciones mutuas", regulaciones de las cuales importa *considerar*, por ser relevantes en la sentencia de cuya motivaciones me separo, las referentes a la tercera cuestión, esto es, las atinentes a la legitimación pasiva de los procesos de reivindicación.

Tercera.

Por definición, la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor, que es quien puede restituir la cosa al reivindicador (artículo 946). Por eso el artículo 952 estatuye que "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".

De acuerdo con el claro contenido de estas normas, por regla general sólo el actual poseedor de la cosa puede ser sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria; excepcionalmente ésta podrá dirigirse eficazmente contra el que fue poseedor y dejó de serlo, pero jamás contra quien es mero tenedor de la cosa cuya restitución se busca.

Mas como el ánimo de señor y dueño, elemento que junto con la tenencia configura la posesión, es un hecho interno y por ende no susceptible de apreciación a primera vista, el reivindicador

puede, cuando ignora el carácter en que la cosa es tenida por otra persona, dirigir la acción contra ese tenedor. Demandado en esa calidad, el mero tenedor de la cosa debe declarar que no la tiene a su nombre y expresar el de la persona a cuyo nombre la detenta y el domicilio o residencia de ésta, puesto que él, precisamente por no ser poseedor, no es legítimo contradictor en el proceso; y si oculta su situación y afronta la litis con la aparente categoría de poseedor, exponiendo con su conducta al demandante a que pierda el dominio por la prescripción que seguirá corriendo en favor del verdadero poseedor, ejecuta un hecho ilícito que lo hace responsable de los perjuicios que de él resulten para el actor.

Tal es la preceptiva contenida en los artículos 953 y 954 del Código Civil, en concomitancia con el texto 59 del Código de Procedimiento Civil. De ella se infiere que no es que el legislador haya excepcionado el principio considerando al tenedor como posible sujeto pasivo de la reivindicación, sino que, precisamente para determinar la persona del poseedor verdadero, le impone a aquél ciertas obligaciones según sea la conducta que asuma en el proceso en que ha sido demandado como poseedor.

Y si es verdad que el artículo 971 del C. C. que es norma integrante de las que en dicho estatuto regulan la reivindicación, establece que esas reglas "se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa, raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor", no lo es menos que, como lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia patrias, dicho texto no consagra ni puede consagrar una excepción a la regla fundamental de que la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor para obligarlo a restituir la cosa a su dueño. "No puede entenderse —ha dicho la Corte— el artículo 971 en forma tal que afirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él encierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente" (LVIII, 172; LXXVIII, 141; LXXXII, 305; XC, 74 y CXXXIX, 163).

Cuarta.

El principio de que la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el *actual* poseedor de la cosa no es, sin embargo, absoluto: encuentra, consagradas por la ley, dos excepciones a virtud de las cuales puede incoarse en frente de quien habiendo sido poseedor ha dejado de serlo, así:

a) El artículo 957 la hace extensiva contra el que "poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese". Es este, pues, un caso de ficta posesión en el cual la misma acción reivindicatoria es figurada, porque en el fondo, desde que se dirige contra quien ha dejado de ser poseedor, no persigue la cosa y es acción simplemente personal, que sólo se reviste del carácter de la reivindicación para hacer más ventajosa la posición del dueño víctima de un adversario doloso; y

b) Mediante el artículo 955 *ibídem*, cuando se haya hecho imposible o difícil la persecución del bien, puede dirigirse la acción reivindicatoria "contra el que enajenó la cosa", a efecto de obtener la restitución de lo que haya recibido por ella, si la enajenó de buena fe, o para la indemnización de todo perjuicio si el falso tradente procedió a sabiendas de que era ajena. Pero también en este supuesto, como sucede en el anterior, se trata de una acción reivindicatoria figurada, porque se funda en el concepto de la subrogación real, esto es, en la sustitución, por virtud de una ficción de la ley, de una cosa por otra como objeto del derecho.

Quinta.

En conformidad con los principios que en Colombia informan el Código Civil, los términos *posesión* y *tenencia* corresponden a dos fenómenos jurídicos no sólo disímiles sino excluyentes. En efecto:

Dicho estatuto destaca en la posesión no sólo la relación de hecho de la persona con la cosa, sino un elemento intelectual o psicológico. Así, mediante el artículo 762 establece que "la *posesión* es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño", con lo cual reclama para su configuración la concurrencia de dos elementos con fisonomía propia e independiente: el *corpus*, o sea el elemento material u objetivo; y el *animus*, elemento intencional o subjetivo.

Como característica esencial atribuye, en cambio, a la mera tenencia la falta de ánimo de señor o dueño; para ella sólo requiere uno de los elementos de la posesión, el *corpus;* de ahí que el artículo 775, señalando una regla general, preceptúe que es *mero tenedor* quien "tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Según, pues, la teoría subjetiva o clásica, que fue la acogida por los redactores de nuestro estatuto civil, de los dos elementos que la integran es el *animus* el característico de la posesión y por tanto el que tiene la virtud de trocar en posesión la mera tenencia. Para que ésta ocurra es bastan-

te la detentación màterial: aquélla, en cambio, exige no sólo la tenencia sino el ánimo de tener para sí la cosa *(animus rem sibi habendi)* o de tenerla como señor o dueño *(animus domini)*.

Sexta.

Si por definición la posesión supone la concurrencia en el mismo individuo del *corpus* y del *animus* lógico es que ella no se adquiera, por regla general, sino desde el instante en que se unan esos dos presupuestos frente a una cosa determinada en la misma persona. Pero si para adquirirla se requiere generalmente la agregación del *animus* al *corpus,* para conservar la posesión basta, en principio, mantener su elemento subjetivo. Tal es lo que se infiere de la preceptiva contenida en los artículos que integran el Capítulo 2º del Título VII del Libro 2º, del Código Civil.

Y si bien es verdad que, como lo enseña la doctrina, depende en principio de la voluntad de la persona el que haya posesión o tenencia, también lo es que cuando se alega algún título para justificar la primera, tal ánimo de señor o dueño no sólo debe existir en el fuero interno del sedicente poseedor, sino que, además, debe aparecer del título mismo en virtud del cual se detenta. De ahí que, en cada caso, la determinación de la adquisición de la posesión varíe según el antecedente que se invoque.

Al efecto la doctrina ha distinguido, así:

a) Si se invoca el simple apoderamiento de la cosa como antecedente único de la posesión, ese simple hecho basta para adquirirla, puesto que, como lo establece el artículo 787 del C. C., "se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya", y

b) Cuando se alega título como antecedente para poseer la cosa, es preciso distinguir si dicho título es o no traslaticio de dominio. Si lo primero, resulta palmar que mediante él el enajenante se desprende del *animus domini* el cual, por tanto, pasa al adquirente; si lo segundo, resulta evidente que el elemento intencional o psicológico de la posesión, salvo expresa estipulación en contrario, tiene que continuar y en efecto continúa en quien entrega la cosa, desde luego que el otorgamiento del título de dicha estirpe no permite inferir, contra lo que él de por sí significa, que el enajenante se ha desprendido del dominio de la cosa, sin embargo, de su entrega al adquirente.

Séptima.

Exhaustivamente lo ha dicho la Corte, con fundamento en la preceptiva legal pertinente, que la promesa de celebrar un contrato es hoy, por virtud de lo establecido en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que dicha disposición determina.

Pero ha dicho, igualmente, que las obligaciones de la promesa de celebrar un contrato ni por asomo pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que unas y otras son completamente diferentes. La promesa de contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación que es entonces de hacer y no de dar. Y siendo ello así, tratándose como en el caso presente se trata, de una promesa de permutación, quiere decir que los derechos y obligaciones que la promesa como tal encarna no son los mismos que la permuta genera, esto es, que la promesa, salvo estipulación adicional en contrario, no confiere a ninguno de los prometientes permutantes, título eficaz para adquirir, *per se,* posesión de los bienes que en razón de aquel pacto se entreguen recíprocamente.

Cuando el prometiente adquirente de un inmueble recibe su tenencia por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el promitente enajenante, a quien, por tanto, considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida. En tales circunstancias sin desnaturalizar el concepto jurídico de la posesión, no es posible, a mi juicio, atribuirle categoría de poseedor, pues que si reconoce el dominio ajeno no rebasa el campo de la mera tenencia, a menos que se diga que el *animus domini* no es elemento esencial de la posesión.

Octava.

En el caso de este proceso Pedro Antonio Melo y su cónyuge Mariquita Martínez, prometieron transferir a título de permutación a favor de Humberto Forero Sánchez, según documento por ellos suscrito el 2 de febrero de 1969, la casa de habitación distinguida con los números 45-A-64 del barrio "Las Delicias" de Bogotá, comprometiéndose los estipulantes a otorgar la correspondiente escritura dentro "del improrrogable término de treinta días". Obligáronse los primeros a "entregar materialmente" el inmueble al último "en el mismo plazo que se fijó para el otorgamiento de las escrituras".

No hubo, pues, según los términos plasmados en el documento contentivo del contrato prometido, estipulación expresa o implícita alguna en el sentido de que los cónyuges Melo-Martínez se desprendieran desde entonces de su dominio sobre la casa; ni menos en el de que posteriormente, pero en todo caso antes del otorgamiento de la escritura, reconocieran a Forero como dueño de ella. Contrariamente manifestaron que harían la "entrega material" cuando se otorgara la escritura, lo cual obviamente significa que conservaron para ellos la pretensión de señores y dueños sobre el referido inmueble, y, por lo mismo, que hasta tanto no se cumpliera la condición prevista no reconocerían al futuro adquirente como propietario. .

El hecho de que los mentados cónyuges Melo-Martínez, cuando aún estaba viva la promesa de permuta, hubieran decidido, tal cual lo acredita suficientemente la escritura número 6591 de 31 de diciembre de 1969, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, enajenar a título de venta a favor de Pedro Bernal, lo que evidentemente hicieron, la misma casa que otrora habían prometido en permuta, constituye, a mi juicio, el argumento apodíctico de que ni al celebrar la promesa, ni después se hubieran desprendido del *animus domini* o de la pretensión de señor y dueño del bien por ellos entregado; ni por tanto, que, sin embargo, de esa entrega estuvieran reconociendo al ocupante carácter de poseedor.

Novena.

En abono de las razones de mi disentimiento a la sentencia de cuyas motivaciones y resolución me aparto, por su indiscutible profundidad y a mi entender acertado contenido jurídico saco hoy del inexplicable olvido dos salvamentos de voto que, en punto de la cuestión aquí controvertida, emitió quien fue ilustre Magistrado de la Corte Suprema, doctor Arturo C. Posada, los que en su oportunidad hice conocer íntegramente de la Sala, sin que por parte de ésta se dieran argumentos capaces de destruir el poder de convicción que ellos ostentan.

La primera de dichas dos salvedades de voto, hecha con ocasión de la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil el 12 de abril de 1958, dice en lo pertinente: "Es muy sabido que el elemento subjetivo de la posesión, o sea, el *animus domini,* por su naturaleza no puede demostrarse sino por medio de los hechos materiales antecedentes, concomitantes o subsiguientes a la ocupación del bien sobre el cual se pretende la posesión. Cuando a ésta no le ha precedido un acto o título de entrega, son los hechos propios del dominio a que se refiere el artículo 981 del Código Civil, o los demostrativos de la explotación económica del suelo los que prueban la pretendida posesión material, al tenor del artículo 1º de la Ley 200 de 1936.

"Pero cuando la ocupación del inmueble tiene su origen en un título, es necesario distinguir si éste es apto para transferir el dominio o no, por cuanto, en el primer caso, es indudable que el enajenante se ha desprendido del *animus domini* o de la pretensión de señor y dueño, la cual pasa a quien recibe; pero si el título no es traslaticio de dominio, es manifiesto que el elemento subjetivo de la posesión sigue en quien entrega, pues habiendo reconocimiento del dominio de éste, el ocupante del bien por más que lo pretenda, no puede convertirse en poseedor. Sería absurdo admitir que los actos materiales de explotación lo convierten en poseedor, cuando hay un documento claro que dice que no es el dueño" (G. J., LXXXVII, 698).

Y el segundo de los referidos salvamentos, emitido para la sentencia dictada por la corporación el 6 de diciembre de 1968 en el proceso ordinario de Víctor Manuel Quintero contra Enrique Díaz, no publicada aún, dice: "Es de anotar que el contrato de promesa de celebrar una compraventa únicamente produce la obligación de hacer, o sea, la de celebrar el contrato prometido en los términos estipulados. La promesa por sí sola no puede generar ninguna de las obligaciones del contrato prometido, como sería el pago del precio por el futuro comprador, y la entrega de la cosa por el prometiente vendedor. La entrega anticipada de una parte del precio y de la cosa, por lo mismo que no son de la esencia ni de la naturaleza de la promesa, requieren un pacto adicional que debe ser lo suficientemente expreso para poder afirmar que el dinero se dio como parte del precio, y la entrega del bien con alcance de posesión. Tal ocurre en el caso de este litigio: el documento que contiene la promesa dice expresamente en la cláusula tercera que el prometiente comprador ha entrado en posesión material del predio. Esta estipulación sí permite concluir que el *animus domini* del futuro comprador está respaldado en la voluntad del dueño que, al hacerle la entrega, se despoja de hecho de la pretensión de señor y dueño. . .

"Pero no se da la misma situación en el evento de que el pacto adicional del contrato de promesa diga solamente que el futuro vendedor le ha hecho entrega del bien al prometiente comprador, porque de ahí no se puede deducir que el primero de los pactantes se ha desposeído de la cosa, ni que, por consiguiente, el segundo la ha

recibido con ánimo de dueño, pues la posesión no se presume, y la entrega de un bien sólo lleva consigo el ánimo de dar la posesión material cuando tiene la finalidad de una tradición, bien sea la llamada tradición modo o bien la tradición medio. A éste podría agregarse el caso de la entrega de la posesión material de la cosa en virtud de acuerdo expreso de las partes que celebran una promesa de venta.

"El argumento de que si en la posesión sin título surge el *animus domini*, con mayor razón nace en la simple entrega que se acuerda en una promesa, no es conducente, porque la primera posesión se predica de quien se apodera de un bien con ánimo de hacerse dueño, y por eso la ley reconoce expresamente que la posesión de una cosa se pierde desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya (artículo 787 C. C.). De ahí por qué, fuera de este caso, la posesión nace de títulos constitutivos o traslaticios del dominio, al tenor del artículo 765 *ibídem*, de los cuales sí resulta el ánimo inicial de dueño ya que el subsiguiente sólo se deduce de los actos que constituye el ejercicio del derecho poseído. A estos títulos, en acatamiento a la libertad contractual, se puede agregar el acuerdo con que las partes adicionan la promesa de compraventa en razón del cual el prometiente comprador entra en posesión material del bien.

"No es admisible el razonamiento aludido, ya que a la posesión sin título la ley le reconoce el factor subjetivo desde que una persona se apodera de la cosa con el ánimo de hacerla suya, como es el caso del ladrón, o del ocupante de un inmueble ajeno; mientras que a la posesión con título traslaticio de dominio se le exige la entrega de la cosa como consecuencia del acto o contrato en que el tradente transfirió el derecho en ella al adquirente.

"Son dos situaciones diferentes, porque en el apoderamiento sin título se tiene una posesión originaria, y en la posesión emanada de un acto traslaticio de dominio resulta una posesión derivativa. Por lo mismo, para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar una posesión material, es indispensable que en la promesa se estipule que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa. Esta posesión sería derivativa, basada en un acto o título del cual aperezca el desprendimiento del ánimo de señor y dueño en el prometiente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador.

"Pugna con la lógica, al máximo sustentáculo del derecho, que sin ese pacto claro y expreso se afirme que la simple entrega del bien originada en una promesa de venta o de otro contrato traslaticio de dominio, resulte una posesión, cuando en la misma promesa se reconoce que la cosa prometida no puede considerarla suya el futuro comprador sino al perfeccionamiento de la venta o contrato pactado".

Las precedentes consideraciones me sirven de fundamento para separarme de la decisión tomada en el presente caso por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala, cuyas conclusiones deploro no compartir y por ello salvo el voto.

Fecha ut-supra.

Humberto Murcia Ballén.

Comparto las razones en que se apoya el anterior salvamento de voto y por consiguiente adhiero a él.

Ernesto Escallón Vargas.

SIMULACION

Teoría monista.—Simulación y nulidad.—Simulación absoluta y relativa.—Amplitud en la interpretación de la demanda.—Calidad de heredero: cómo se adquiere.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y nueve de mayo de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de octubre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario de Blanca Toro de Hoover contra Antonio José Restrepo Arroyave y otros.

Antecedentes.

En libelo repartido el 24 de octubre de 1969 el Juzgado Quinto del Circuito de Medellín, Blanca Toro de Hoover, obrando para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Restrepo-Gómez, demandó a Antonio José Restrepo Arroyave, Guido Arrunátegui Aluma, Myriam Ramírez Restrepo de Arrunátegui, a la sociedad comandita "Antonio J. Restrepo A. y Cía.", y a sus socios comanditarios a fin de obtener las siguientes declaraciones:

a) Que son simulados y "carecen de causa y objeto lícitos" los negocios jurídicos contenidos en la escrituras públicas 843 de 20 de marzo de 1967; 868 de 21 de marzo de 1967, y 869 de 21 de marzo de 1969, otorgadas en la Notaría Primera del Círculo de Medellín; que también es simulada la sociedad comercial denominada "Antonio J. Restrepo A. y Cía.", constituida por escritura 2317 de 28 de julio de 1967, de la misma Notaría; que la sociedad "Antonio J. Restrepo A. y Cía", debe disolverse y los bienes relacionados en la demanda deben restituirse a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaron Antonio José Restrepo y Virgelina Gómez de Restrepo, y que dichos bienes pertenecen a esta sociedad conyugal;

b) "Que carece de causa y objeto la venta que hicieron Myriam Ramírez de Arrunátegui y Guido Arrunátegui a la sociedad de 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', mediante la escritura pública 2317 de 28 de julio de 1967 de la Notaría Primera de Medellín; que carece de causa y objeto la venta que hizo Antonio José Restrepo a la sociedad 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', consignada en la escritura 2317 de julio de 1967 de la Notaría Primera; que la sociedad 'Antonio José Restrepo A. y Cía.', debe restituir a la sociedad conyugal Restrepo-Gómez los bienes de que hablan estas ventas...".

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

a) El 3 de febrero de 1959 Antonio José Restrepo Arroyave, contrajo matrimonio con Virgelina Gómez, quien falleció el 17 de octubre de 1969, habiendo ésta dado a luz, antes de contraer matrimonio, a Blanca Toro Gómez, hoy de Hoover;

b) Durante el matrimonio Restrepo-Gómez, los esposos adquirieron bienes tanto inmuebles como muebles;

c) Restrepo incurrió en "graves descuidos en la administración de los bienes de la sociedad conyugal"; y para evitar los efectos del juicio de separación que su cónyuge "trató de establecer", constituyó la sociedad en comandita simple que denominó "Antonio J. Restrepo A. y Cía.", con un capital de $ 3.500.000.00, que fue aportado exclusivamente por Restrepo, pues meses antes de constituirse esa sociedad —28 de julio de 1967— el mismo Restrepo vendió simultáneamente a Guido Arrunátegui y a Myriam Ramírez de Arrunátegui los bienes de que dan cuenta las escrituras 843, 868, 869, todas de marzo de 1967, bienes que éstos a su vez vendieron a la sociedad "Antonio J. Restrepo A. y Cía.", por

escritura 2317 de 28 de julio de 1967, escritura ésta que carece de "causa y objeto";

d) Restrepo, por la misma escritura aportó a la sociedad en comandita simple los bienes enumerados en el hecho décimo de la demanda;

e) Todos los contratos contenidos en las escrituras públicas materia de las pretensiones se otorgaron con el fin de sustraerlos al régimen de la sociedad conyugal Restrepo-Gómez, que se disolvió por muerte de la cónyuge, y a ésta sociedad ilíquida deben restituirse los bienes de que tratan los mencionados contratos.

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a ella y negando los hechos invocados y Antonio José Restrepo Arroyave, obrando a nombre y para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Restrepo-Gómez, y de la sucesión de Virgelina Gómez de Restrepo, presentó demanda de reconvención contra Blanca Toro de Hoover y Hersilia Gómez de Rodríguez a efecto de que se declararan simulados "y carentes de causa y objeto lícitos" los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas 1892 de 8 de abril de 1968 (venta de Virgelina Gómez de Restrepo a Hersilia Gómez), 1636 de 7 de julio de 1969 (venta de Virgelina Gómez de Restrepo a Blanca Toro de Hoover), y 1637 de 7 de julio de 1969 (venta de Virgelina Gómez de Restrepo a Blanca Toro de Hoover); todas de la Notaría Séptima de Medellín; que como consecuencia se declare que los bienes de que tratan tales contratos pertenecen a la sucesión intestada de Virgelina Gómez de Restrepo, representada por su hija natural Blanca Toro de Hoover y por el reconveniente; que se condene a las contrademandadas a restituir dichos bienes a la "sucesión" y se cancelen los respectivos registros. Subsidiariamente solicitó la nulidad de los mismos contratos.

Los hechos de la contrademandada se resumen así:

a) El 17 de octubre de 1969 falleció Virgelina Gómez quien durante su matrimonio adquirió a título oneroso los bienes indicados en el libelo.

b) El 15 de enero de 1965, Virgelina sufrió una trombosis cerebral, a cuya consecuencia quedó con hemiplejía derecha y afasia, lesiones que perduraron hasta su muerte y la privaron de su "voluntad reflexiva" y "capacidad mental y física".

c) Los contratos que son materia de las pretensiones de la demanda de reconvención se suscribieron sin que existiera intención de transferir el dominio.

d) La vendedora no recibió precio alguno en las mencionadas compraventas.

El Juez del conocimiento, en sentencia de 30 de enero de 1973, se declaró inhibido para fallar tanto la demanda principal como la de mutua petición.

Ambas partes contendientes interpusieron el recurso de apelación y el Tribunal, en sentencia de 31 de octubre de 1973, confirmó la inhibición respecto a la demanda de reconvención y en relación a la demanda principal dijo:

"Primero. Declárase que son absolutamente simulados y carecen de causa y objeto lícitos los contratos de compraventa a que se refiere la escritura pública número 843 de 20 de marzo de 1967 otorgada en la Notaría Primera de Medellín por Antonio José Restrepo Arroyave a favor de Guido Arrunátegui Aluma; las escrituras números 868 y 869 de 21 de marzo de 1967 otorgadas en la predicha Notaría por el mismo Antonio José Restrepo Arroyave en favor de Myriam Ramírez Restrepo, y la escritura número 2317 de julio 28 de 1967 de la misma Notaría, considerada esta última escritura en cuanto al contrato de las ventas allí efectuadas por la prenombrada Myriam Ramírez para la sociedad comandita simple denominada 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', por la vía de aporte de los socios consditarios para con respecto a dicha sociedad constituida que fue, con domicilio en esta ciudad por medio de la misma precitada escritura número 2317, declaración, la aquí hecha, que se entenderá recaer únicamente respecto de los inmuebles, de entre los que fueron objeto de los referidos contratos de enajenación, que aparecen determinados así:

1º Un lote de terreno marcado con el número 3 de la manzana 31 del plano general del barrio Laureles, con dos casas de habitación, mejoras y anexidades, situado en este Municipio de Medellín, fracción de la América y alindado así:...

2º Un lote de terreno situado en el Municipio de Chigorodó, con una construcción de material, piso de cemento, muros de concreto, demás mejoras y anexidades y que linda:...

3º Un lote de terreno situado en el Corregimiento de Apartadó, de diez (10) metros de frente, por diez y seis (16) metros de centro y que se distingue por los siguientes linderos:...

4º Un lote de terreno situado en el Corregimiento de Apartadó del Municipio de Turbo, de veinte (20) metros de frente por veinte (20) metros de centro y cuyos linderos generales son:...

5º Una casa de habitación construida de tapias y tejas con el terreno sobre el cual está edificada, todas sus mejoras y anexidades, de diez varas de

frente, por treinta (30) varas de centro, o sea un área total de trescientas varas cuadradas (300 v²) aproximadamente, marcada la casa en su puerta de entrada con el número 88-59, situado en este Municipio de Medellín, en la fracción Robledo, y que linda así:...

"Segundo. En consecuencia de las declaraciones antedichas la sociedad 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', deberá restituir, por conducto de su gerente y representante legal, a la sociedad conyugal formada con motivo del matrimonio celebrado entre el demandado Antonio José Restrepo Arroyave y la señora Virgelina Gómez de Restrepo, los bienes relacionados en el pronunciamiento primero que antecede, junto con los frutos producidos por dichos bienes a partir del 17 de octubre de 1969, fecha en que la dicha sociedad conyugal quedó disuelta por la muerte de la mentada Virgelina Gómez de Restrepo, ello a los fines de la liquidación de dicha sociedad conyugal y sin perjuicio del derecho de la citada sociedad 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', en cuanto al reembolso de las expensas necesarias que a partir de aquella fecha haya invertido en tales inmuebles.

"Tercero. En cuanto a lo que es objeto de la declaración hecha en el pronunciamiento primero de esta providencia, y a los efectos de las correspondientes cancelaciones ordénase oficiar, en relación con las escrituras públicas allí reseñadas, a los respectivos notarios y registradores de instrumentos públicos, a lo cual proveerá el Juzgado del conocimiento.

"Cuarto. Por las razones dadas en la parte motiva de esta providencia no se accede a los restantes peticionamientos formulados en la demanda principal.

"Quinto. Impónese a cargo de la parte vencida las costas de ambas instancias del proceso principal. Las causadas en esta instancia de ese proceso y del de reconvención serán liquidadas por la secretaría del Tribunal.

"Sexto. Esta sentencia se registrará en los términos y a los fines indicados en los artículos 2º, numeral 1º y concordantes del Decreto 1250 de 1970, con cuyos motivos será oportuno cancelar la inscripción de la demanda principal y de la reconvención conforme se previene en el artículo 690, numeral 1, letra a), *in fine* del Código de Procedimiento Civil".

Contra dicha sentencia Antonio José Restrepo, obrando en su propio nombre y en representación de la sociedad Antonio J. Restrepo A. y Cía., interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

La sentencia impugnada.

Después de analizar la sentencia del *a quo,* distingue el Tribunal con citas jurisprudenciales, entre la acción de nulidad y la simulatoria y entre la simulación absoluta y la relativa y dice luego: "Sea lo primero afirmar que la acción de simulación ejercitada en el libelo principal y mediante la cual, por ser total o absoluta, los negocios o contratos de compraventa a los cuales cabe tenerla por contraída, vale precisar, en la medida en que respecto de los mismos a la demandante Blanca Toro le resulta derecho a que sean declarados absolutamente simulados y nulos por carencia de causa y objeto lícitos, cabe concederle prosperidad en cuanto a estos contratos, dejando vigentes los demás y que más adelante se citarán teniendo como marco jurídico para ello que tal y conforme lo describe el doctrinante Héctor Cámara el acto simulado '... al igual que los contratos realizados por personas absolutamente incapaces tienen vida jurídica defectuosa, viciada de nulidad por carecer de concurso real de voluntades para efectuarlo, ya que la apariencia exhibida a los espectadores no es la intención que la ley exige para atribuir consecuencias jurídicas a su declaración, es sólo un simulacro inconsistente de voluntad que no puede dar nacimiento a un acto válido', puede afirmarse que ninguna duda queda acerca de que la absoluta simulación y entrañada ineficacia de los prealudidos contratos vulnerantes de los derechos de la demandante quedó plenamente comprobada en cuanto en el interrogatorio de parte que como prueba decretada a petición de la misma absolvieron los demandados Guido Arrunátegui y Myriam Ramírez de Arrunátegui, éstos, que allí reconocieron ser cónyuges entre sí y la última sobrina carnal del señor Antonio José Restrepo Arroyave el cónyuge de la finada Virgelina Gómez, de la cual es hija natural la actora Blanca Gómez o Toro de Hoover, aseveraron, cada uno de dichos cónyuges Arrunátegui-Ramírez, ser verdad, entre otras cosas, que ningún precio pagaron al nombrado Restrepo Arroyave por los bienes raíces que dijeron comprarle, según los antealudidos contratos y escrituras, ni recibieron, al tiempo de efectuarlos ni antes o después, dinero alguno de la sociedad Antonio J. Restrepo A. y Cía., por concepto de las enajenaciones que de esos mismos bienes dijeron posteriormente efectuar, ventas aquéllas, las efectuadas por Antonio José Restrepo Arroyave, que éste hizo en favor de Guido Arrunátegui, mediante escritura número 843, otorgada el 20 marzo de 1967 en la Notaría Primera de Medellín y en favor de Myriam Ramírez Restrepo por medio de las escri-

turas números 868 y 869 otorgadas en dicha Notaría el 21 de los predichos mes (marzo) y año de (1967), pues que tanto estos contratos como el de venta que de los bienes mediante ellos comprados efectuó posteriormente Myriam Ramírez a nombre suyo y en representación de su cónyuge Guido Arrunátegui, según adelante se indica, fueron celebrados por los testificantes a simple título de actos de confianza que accedieron a realizar a pedido de Restrepo Arroyave como servicio de testaferría que éste les solicitó, para fines que sólo interesaban a él, habiendo declarado también los mismos cónyuges Arrunátegui-Ramírez que en ningún momento estuvieron en su poder aquellos bienes, cuya posesión, administración y usufructo ejerció en todo momento y para su exclusivo beneficio Restrepo Arroyave, quien, además, pagó de su propio peculio los honorarios de abogado causados en la confección de las respectivas pólizas (folios 75 a 78 vuelto, cuaderno número 5).

"Es así como tanto a la luz de lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil de acuerdo con el cual las declaraciones ocultas que dejen sin efecto las públicas, en los negocios simulados, no producen efecto contra terceros que guiados por las apariencias de tal acto ostensible adquieren el bien o bienes adquiridos por este mismo acto, es de tener presente que la doble declaratoria de simulación absoluta y nulidad pedidas por la actora Blanca Toro de Hoover, declaratoria a la cual, según se dijo, va a accederse en vista de la equivalencia que los efectos de uno y otro fenómeno tienen para el caso subanálisis, han de surtir plenos efectos tanto contra los prementados Guido Arrunátegui y Myriam de Arrunátegui, conforme se hace obvio en razón de lo ya explicado, pero, además, contra los socios comanditarios de la sociedad comandita simple 'Antonio José Restrepo A. y Cía.', demandada que fue ésta en cabeza de su gerente y representante legal el prenombrado Antonio José Restrepo Arroyave y, lo que es más significativo, contra éste mismo personalmente considerado y con respecto al cual ninguna duda queda acerca de lo oponible que le es aquella declaración como que en su calidad de vendedor no es un tercero a los efectos del precitado artículo 1766, como igualmente le son oponibles los efectos de la misma declaratoria de simulación a la dicha sociedad 'Antonio José Restrepo A. y Cía.', de la cual es, en su carácter de socio gestor y gerente de la misma, su representante legal, por lo que aquellos efectos le son oponibles tanto a él, en su predicha calidad, como a los supuestos o reales socios comanditarios de tal sociedad y cuyo número y nombres permanecieron desconocidos, a los fines de seguimiento del presente juicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 599 del Código de Comercio que rigió hasta el 31 de diciembre de 1971 y bajo cuya vigencia se constituyó dicha sociedad, por medio de la escritura pública número 2317 otorgada en julio 28 de 1967 ante el Notario Primero del Circuito de Medellín y que en copia con nota de registro se aportó al plenario dentro del ciclo probatorio (folios 1, 2, 104 a 112, cuaderno número 5), sociedad acerca de cuya constitución, registro y representación en legal forma da razón complementaria las certificaciones expedidas al respecto por la Cámara de Comercio de Medellín (folios 88 vuelto, ib. y folio 3 vuelto, cuaderno principal).

"Si, pues, los actos de doble simulación están destituidos de toda validez en cuanto en ellos estuvieron ausentes algunos de los elementos estructurales que condicionan la existencia y validez de todos los actos o negocios jurídicos en general y los que en particular estructuran el contrato de compraventa, de esta manera menos duda queda acerca de los efectos que contra todos los integrantes de la parte demandada tiene la virtualidad de surtir la declaratoria de anulación que respecto de dichos contratos y en consecuencia de haber sido totalmente simulados por carencia de causa y objeto, procede hacer, con los efectos restitutorios que a tal declaratoria le son inherentes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1748, visto, además, en cuanto a tal declaratoria de nulidad que respecto de los prealudidos contratos procede hacer conjuntamente con la de ser ellos absolutamente simulados, que por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 se autoriza alegar la nulidad absoluta, o sea, la producida, entre otros casos, por un objeto o causa ilícito conforme al artículo 1741 del C. C., debiéndose recordar que constituye objeto ilícito todo contrato prohibido por las leyes y causa ilícita la prohibida por la ley, en conformidad, en su orden a lo dispuesto en los artículos 1523 y 1524, *ibídem,* siendo obvio entender que está prohibido por la ley todo acto que se ejecute o contrato que se celebre en fraude de los legítimos derechos de terceras personas".

Examina las pruebas aportadas por la demandante y dice que: "habida consideración de que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha tenido por cierto que puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico para demostrar la inconsistencia e ilegalidad del acto ostensible, ninguna duda cabe acerca del legítimo derecho que entonces asiste a la demandante Blanca Toro de Hoover para haber podido impugnar de totalmente simulados e injurídicos, conforme queda visto que logró establecerlo pro-

batoriamente, los ya aludidos contratos celebrados, en relación con los inmuebles determinados en las respectivas escrituras públicas, por Antonio José Restrepo Arroyave, quien obrando como dueño de ellos dijo vendérselos a los nombrados Guido Arrunátegui y Myriam Ramírez de Arrunátegui, de los cuales esta última diciendo obrar a nombre propio y en el de su prenombrado legítimo cónyuge Guido Arrunátegui Aluma, mediante la ya citada escritura pública número 2317 otorgada el 28 de julio de 1967 en la Notaría Primera de Medellín para constituir la sociedad 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', dijo, Myriam Ramírez, transferir al mismo título de venta y 'por valor recibido a entera satisfacción del representante de los comanditarios, señor Jesús Pérez Alvarez y conforme lo exige el mismo como aporte de aquéllos para la sociedad 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', los mismos antealudidos bienes *inmuebles de entre los cuales obviamente apenas*, hay lugar a hacer las declaraciones peticionadas en la demanda sólo con respecto a los que, habida consideración de su forma concreta de adquisición citada en las ya mentadas escrituras por el vendedor Antonio José Restrepo Arroyave, resulten ser bienes sociales al haberse adquirido por éste a título oneroso y durante la existencia de la sociedad conyugal surgida del matrimonio celebrado entre él y la señora Virgelina Gómez, madre natural de la demandante Blanca Toro de Hoover''.

Y en relación con la demanda de reconvención dice que el libelo de mutua petición no configura una demanda en forma, lo que implica falta de un presupuesto procesal determinante de una decisión inhibitoria, y para llegar a tal conclusión acoge y transcribe lo expresado por el *a quo* en los siguientes términos: ''...a folio 3 del cuaderno número 2º, expresa el demandante reconventor: 'h) Los contratos celebrados con mi esposa, antes de su muerte, que fueron irreales por falta de consentimiento de las partes tradente porque fueron donaciones disfrazadas de venta, si es que hubo consentimiento, me da la acción para impetrar contra las demandas la nulidad absoluta que los afecta, en favor, tanto de la sociedad conyugal como de la sucesión intestada de Virgelina Gómez de Restrepo'. 'Las anteriores peticiones las ha formulado como principales; pero para el caso de que se declara que no hay *nulidad por simulación*'... (subraya el Despacho) '*que es nulo absolutamente por simulación* y carencia de causa y objeto lícitos, el contrato de que trata'... (subraya del Despacho).

''Por donde bien pudo colegir el a quo, esta vez sí con buen acierto '...que el actor reconventor confunde, ...las acciones de simulación o prevalencia con la acción de nulidad;...' habiendo agregado algo que, si la antedicha conclusión interpretativa no fuera enteramente válida, elimina todo margen de duda sobre la procedencia de la comentada decisión inhibitoria recaída en relación con las peticiones de la contrademanda en referencia, o sea la argumentación expresiva de que '...en lo que respecta a la demandada Hersilia Gómez de Rodríguez, ella no debió haberse incluido en el presente debate procesal, pues el artículo 401 del C. de P. C., es bastante explícito cuando indica que la demanda de reconvención sólo puede ser dirigida contra los actores en la demanda principal, y nunca contra terceros...'''.

La censura.

Dentro del marco de la causal primera de que trata el artículo 368 del C. de P. C. formúlanse los siguientes cinco cargos contra la sentencia impugnada:

Primer cargo.

Se acusa la sentencia de quebrantar directamente por aplicación indebida, los artículos 1523, 1524, 1741, 1748 y 1766 del C. C.

En desarrollo del cargo expresa que la simulación sea absoluta o relativa no se halla prohibida por la ley, no integra una causa ilícita, no constituye un objeto ilícito, y que según las reglas de los artículos 1740 y 1741 del C. C., el acto absolutamente nulo es distinto del acto simulado; que en la simulación existe un acuerdo entre las partes, existe la causa simulada, que es distinta de la causa ilícita, y existe el objeto que viene a estar constituido por la prestación que nace del acto oculto, que no es ilícito, en razón de que la simulación se halla permitida por la ley como se infiere de la simple lectura del artículo 1766 del C. C., en relación con los artículos 267 del C. de P. C.

Indica luego las diferencias que en su sentir existen entre ambos fenómenos jurídicos para concluir que en ''el caso específico de autos, Antonio José Restrepo Arroyave, mediante los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas números 843, 868 y 869 transfirió el derecho de dominio de bienes raíces a Guido Arrunátegui Aluma y Myriam Ramírez de Arrunátegui, bienes que eran de su exclusiva propiedad, artículo 1º de la Ley 28 de 1932, sin hallarse disuelta la sociedad conyugal, artículo 1820 del

C. C. Estos compradores a su vez, mediante la escritura pública número 2317 de 28 de julio de 1967, vendieron a los socios comanditarios de la sociedad 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', los bienes materia de la compraventa primeramente citada, y aquéllos, a su vez, los aportaron a la mencionada sociedad. Fiducia, mandato indirecto, interposición de persona real o ficticia, simulación absoluta o relativa. Estas situaciones no las examinó el fallo acusado. Simplemente decretó una simulación absoluta por 'carencia de causa y objeto ilícito, sin que por ninguna parte aparezca en el proceso como se demostrará cuando se analice en los siguientes cargos, el problema probatorio, el hecho que sea generador de causa ilícita, de objeto ilícito' ''.

Y concluye diciendo que respecto a los negocios jurídicos analizados se podría decir, en gracia de discusión, que contenían una simulación relativa, pero sin que se observe un hecho generador de causa u objeto ilícitos, fenómenos generadores de nulidad absoluta, y que como el Tribunal habla de una simulación por carencia ''de causa y objeto ilícito'', y con fundamento en esa noción aplicó los artículos 1523, 1524, 1740, 1741, 1748, del C. C. y el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, hizo una aplicación indebida de esas normas a una situación no gobernada por ellas, pero que como no se ejecutó ninguna acción procesal de prevalencia, y a pesar de ellos aplicó el artículo 1766 del C. C. incurrió el sentenciador en violación directa de las normas citadas en la censura.

Se considera.

1º En nuestro Derecho Civil, el acto jurídico es la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, y en el cual, por regla general, el elemento interno prevalece sobre el externo en forma que aquél no puede faltar. En caso de discrepancia entre esos elementos, prevalece el primero, pues el factor interno constituye la guía para la interpretación del externo.

Dentro de esta concepción clásica, el fenómeno de la simulación y los efectos que produce, a lo menos entre las partes, se explica claramente por la prevalencia que se le atribuye a la voluntad real de éstas, expresadas en dicho fenómeno a través de dos declaraciones parciales y hasta antagónicas entre sí, pero que están vinculadas por un solo propósito jurídico, cual es el de reglar los intereses en juego de las partes mediante tales declaraciones que, por esto, son igualmente queridas, vale decir, dotadas del indispensable elemento síquico que ellas traducen y que las ubica dentro de la noción ya definida del acto jurídico.

En este marco de ideas, en la simulación no se configuran hipótesis de falta de consentimiento o de causa, ni es tampoco tal fenómeno una invención artificiosa de la jurisprudencia extraída del artículo 1766 del Código Civil, el que apenas si consagra corolarios lógicos de la concepción general de la ley acerca de las relaciones entre la voluntad auténtica y su exteriorización. En fin, como ya lo tiene declarado la Corte, desde su sentencia de 18 de septiembre de 1968, la simulación tampoco implica una combinación de dos actos jurídicos distintos, cada cual dotado de su propio elemento síquico expresado en una declaración independiente de la del otro de tales actos, como lo supone la teoría dualista del acto aparente y oculto.

En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, puede ocurrir, y la ley lo tolera, que, sin perjuicio de los dictados del orden público que comprende el respeto del derecho ajeno, los particulares realicen un acto jurídico complejo, con el propósito de crear una apariencia ante terceros, pero en sí mismo ineficaz entre ellos.

Así planteado el fenómeno en su esquema general, es contrario a la realidad síquica que lo preside afirmar que la declaración aparente carece de consentimiento y que, por ende, no existe, o que dicha declaración y la otra que los contratantes desean mantener oculta y que ellos han convenido en que sea eficaz en punto de sus propias relaciones, sean dos actos jurídicos diferentes, cada uno dotado de un elemento anímico independiente.

La realidad es otra. En el ejercicio de su autonomía, los agentes simuladores planean una sola operación jurídica, pero convienen, que el consentimiento único por ellos prestado se traduzca en dos declaraciones parciales: una llamada a regir efectivamente las relaciones entre los contratantes, al paso que la otra queda desprovista de esa virtud por la voluntad de las partes. En otras palabras: en la simulación hay entre las partes un acto estructurado en dos declaraciones, acordadas ambas por los agentes, pero a una de las cuales éstos voluntariamente le restan eficacia, en el entendimiento de que, dentro de nuestro ordenamiento positivo, esa dicotomía, en cuanto lícita, está permitida al simple tenor de la declaración aparente. Es ésta, en síntesis, la denominada teoría monista, hoy predominante.

2º Hasta el año de 1935 vio la Corte en la simulación una causa de nulidad absoluta, para

deducir directamente de esta la simulación, llegando, por decirlo así, a identificar ambos fenómenos, argumentando que en el último presentábase la ausencia de causa, o de objeto o de consentimiento. Así, por ejemplo, para citar un caso, dijo: "la declaración de simulación de un contrato por falta de causa y consentimiento, lleva consigo la declaratoria de nulidad. De suerte que aun cuando el demandante no pida la nulidad, el juzgador debe declararla al encontrar la plena prueba de la simulación". (T. XV, página 141, marzo 28 de 1901).

Pero desde la sentencia de 27 de julio de dicho año (G. J., 1899, tomo 44, página...) se empezaron a delimitar los dos campos, concretando el de la nulidad, cual lo establece la ley, a los vicios o fallas inherentes a un acto jurídico objetivamente real, en sí mismo considerado, lo que no ocurre en la simulación que se basa en presupuestos diferentes.

Y explayando su pensamiento expresó en sentencia de 24 de octubre de 1936, "la simulación no es de suyo causa de nulidad, lo cual significa sencillamente que no por imaginario, en todo o en parte, el acto ostensible, ha de concluirse la invalidez del secreto. No, cuando el último aparece, descorrido ya el velo, se le examina en su fondo y en su forma, entonces será hallado nulo o válido conforme a los principios generales. El aparente, por voluntad de los mismos contratantes carece para ellos de eficacia en cuanto pugna con el efectivo. Algunas veces su ineficacia será total; otras parcial; en no pocas deberán quedar firmes ciertas cláusulas como sostén de la convención disimulada, y, cuando se necesita prestará solemnidad al acto escondido". (Tomo 44, página 167).

Ha distinguido también la Corte entre simulación absoluta y la relativa, entendiendo que existe la primera "cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; es decir, cuando la contraestipulación se ha limitado a destruir los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. Es el caso típico de las llamadas ventas de confianza... Pero resulta que en el fondo todo es una farza; entre las partes contratantes no hay tal venta, ni pago de precio, ni transferencia de la propiedad... En este caso el acto presenta las apariencias de venta; pero en realidad no hay tal acuerdo ni ninguno otro que haya alterado entre los contratantes la propiedad del bien (en estos casos dícese tiene color, pero substancia ninguna). La simulación relativa se presenta cuando se emplea para encubrir los efectos jurídicos de otro acto real que es el que las partes han querido celebrar, como en caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o modificar positivamente las relaciones de los contratantes del acto aparente (en estos casos dícese tiene color, pero la substancia es otra)... Así demostrado que una venta es ficticia, la consecuencia será que el bien no habrá salido en realidad del patrimonio del vendedor y que los acreedores o los herederos demandantes, en su caso, tendrán los primeros el derecho de persecución y los segundos el derecho de herencia sobre el bien ficticiamente enajenado..." (13 de noviembre de 1939, G. J., 1951, página 877, tomo 48).

Y en sentencia de 12 de septiembre de 1941 (G. J. 1977, página 70, t. 52), regresando a su anterior concepto, dijo: "Si lo único que suplicó la parte actora fue la simple declaratoria de nulidad por simulación de los contratos aparentes, para deducir de ahí la reintegración de los bienes al patrimonio herencial de Baena, es claro que no debe ni puede interpretarse su voluntad y su intención sino en el exclusivo sentido de obtener tal declaratoria y no cualquier otra de la cual pudiera aprovecharse. Aceptar que basta afirmar en una demanda que un contrato es íntegramente simulado para que se abra el proceso de investigación destinado a descubrir el negocio verdadero y oculto, sin que a esta solución aspire el demandante y lo demuestre, equivale a confundir la técnica jurídica que corresponde a la acción de simulación nulidad *(simulación absoluta) con la que atañe a la simulación prevalencia (simulación relativa)".*

Posteriormente se expresó así: "Si entonces, la ficción cede en derecho ante la realidad no se remite a duda que la acción tiene por objeto descubrir lo encubierto para darle a esta realidad el trámite jurídico que le corresponde. Mientras que la acción de nulidad borra el negocio que las partes entendieron celebrar con querer auténtico, pero frustrado por vacíos o vicios de forma sustancial. De ahí que a partir del 8 de junio de 1954 se conserve la doctrina de la Corte en el sentido de entender la simulación y la nulidad como fenómenos que no pueden confundirse". (Tomo CVII, 294). Desde entonces se afirmó esta doctrina que fue vacilante hasta 1935.

3º Distintas son, pues, las teorías que en un momento dado han prevalecido. Pero la Corte al interpretar las demandas respectivas, según los casos, ha procedido con gran amplitud y ha dicho: 'El texto de la demanda, sus pedimentos y sus hechos fundamentales, expresan sin equívocos el esquema de la simulación planteada en este debate judicial como un caso de simulación

absoluta, o sea, venta de confianza o venta con contraestipulación destructora de contrato, para deducir de ella que el dominio de las cosas ficticiamente vendidas permaneció en el patrimonio de... a fin de que esos bienes regresen al haber de la sociedad conyugal ilíquida a pedimento de sus sucesores universales. La Corte ha dicho en varias ocasiones que aunque aparezca equivocadamente nombrada la acción de simulación bajo el calificativo de nulidad, hay que considerarla y decidirla si de sus hechos fundamentales puede deducirse el caso de simulación, esto es, cuando ha sido solicitada y hay solamente una dificultad de bautizo" (G. J., 1959, 326, tomo 49).

"Quien alega en juicio la simulación no está ceñido a fórmulas sacramentales. Su demanda resultará ajustada a la técnica si pide que el juez declare simulado el acto aparente, y que, averiguada la naturaleza del real, analice ésta a la luz de las normas sobre eficiencia de las convenciones y lo declare válido total o parcialmente o nulo de nulidad absoluta o relativa, o rescindido por lesión enorme o resuelto por incumplimiento o por otro motivo legal, etc. Pero si hace súplicas naturales dentro de la antigua jurisprudencia —ser ese público negocio inexistente, nulo, írrito, carente de objeto y causa, falta del concurso real de voluntades y otras del mismo jaez— no por eso puede negarse el juzgador a ver allí la inequívoca pretensión de que se declare simulado el pacto exterior, pues parafraseando sabia regla civil, debe decirse que conocida claramente la intención de la demanda, se estará a ella más que a lo literal de las palabras". (G. J. 1927, página 402, tomo 45).

4º En conclusión, puede decirse que la simulación no es un fenómeno simple sino complejo en grado eminente; que la acción simulatoria, distinta a la de nulidad, se encamina a obtener en unos casos la declaración de que determinado acto o contrato es simulado y a desatar los vínculos y efectos que esa convención haya producido entre las partes contratantes, y en los otros casos hacer prevalecer el acto oculto; que negocio simulado es el que tiene aspecto diferente de la realidad.

Se ha estimado necesario hacer este recuento por cuanto en la demanda se incurrió en una dualidad conceptual —regresando a una de las antiguas tesis explicativas de la simulación— que indujo al Tribunal, en algunos apartes, a incurrir en la misma dualidad.

Pero como lo ha dicho la Corte, lo fundamental no es la nominación de la acción sino su esencia misma.

5º En este caso el Tribunal interpretó la demanda como contentiva de una pretensión simulatoria, y situó los contratos a que la demanda se refiere, dentro de la categoría de los llamados simulados absolutamente, para aplicar el artículo 1766 del C. C., y como consecuencia ordenar la restitución de unos bienes. Es esto evidente, pues en la parte resolutiva declaró la simulación de unos contratos y en la motiva, para fundar su decisión se expresó así: "Es de tener presente que la doble declaratoria de simulación absoluta y nulidad pedidas por la actora Blanca Toro de Hoover, declaratoria a la cual se dijo, va a accederse en vista de la equivalencia que los efectos de uno y otro fenómeno tienen para el caso subanálisis, han de surtir plenos efectos tanto contra los prementados Guido Arrunátegui conforme se hace obvio en razón de lo ya explicado, pero, además, contra los socios comanditarios de la sociedad comandita simple 'Antonio José Restrepo A. y Cía.', demandada que fue ésta en cabeza de su gerente y representante legal Antonio José Restrepo Arroyave y, lo que es más significativo, contra este mismo personalmente considerado y con respecto al cual ninguna duda quedó acerca de lo oponible que le es aquella declaración como que en su calidad de vendedor no es un tercero a los efectos del precitado artículo 1766, como igualmente le son oponibles los efectos de la misma declaratoria de simulación a la dicha sociedad. . tanto estos contratos como el de ventas que de los bienes mediante ellos comprende efectuó posteriormente Myriam Ramírez, a nombre suyo y en representación de su cónyuge, según adelante se indica, fueron celebrados a simple título de actos de confianza que accedieron a realizar a pedido de Restrepo como servicio que éste solicitó para fines que sólo a él interesaban, habiendo declarado también los cónyuges que en ningún momento estuvieron en su poder aquellos bienes, cuya posesión, administración y usufructo ejerció en todo momento y para su exclusivo beneficio...".

Si el *ad quem* interpretó la demanda como pretensión simulatoria, para la viabilidad del cargo ha debido el censor dirigir su ataque por la vía indirecta, pues tratándose de la interpretación que de la demanda hizo el Tribunal, si éste se equivocó, habría incurrido en un error de hecho, pero no en la violación directa de la ley.

Si el ataque se hizo considerando que la simulación decretada no había sido pedida, entonces la acusación debió fundarse en la causal por incongruencia.

Por tales motivos el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Se acusa la sentencia por "violación indirecta de las siguientes normas materiales: artículos 1282, 1283, 1298 y 1299 del C. C., por falta de aplicación. Los artículos 1523, 1524, 1740, 1741, 1748 del C. C., por aplicación indebida. El artículo 1766 del C. C., por aplicación indebida. El 2º de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida. El 77 del C. de P. C., ordinal 5º, por falta de aplicación".

"El Tribunal —dice el recurrente— quebrantó las normas que se singularizan en este cargo como consecuencia de errores manifiestos de hecho, en la estimativa probatoria, toda vez que supuso la existencia de supuestos fácticos que no tienen la demostración en el proceso y que son necesarios para el establecimiento de una verdadera relación procesal, sin existir medios de prueba que los demostrara".

Singulariza el censor los errores así: a) dar por establecida la legitimación de la causa, el interés para obrar y la capacidad de la demandante sin existir medio de prueba que acredite que "aceptó la herencia" que le fue deferida al fallecer su madre natural Virgelina Gómez de Restrepo; b) dar por establecido, sin existir medio de prueba que acredite el perjuicio sufrido por la demandante, la mengua de su legítima que la "legitimara para obrar e interés en la causa", y c) "considerar fraudulentos los actos materia de la simulación, la ausencia de objeto y causa lícitos sin existir prueba de donde pueden inferirse esas situaciones jurídicas".

Al desarrollar el cargo expresa que en la petición 5ª de la demanda se pide la disolución de la sociedad Antonio J. Restrepo A. y Cía., para que los bienes de la sociedad se restituyan a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Restrepo Gómez; que en la sentencia del Tribunal, se hace referencia únicamente a que la demandante es hija natural, y por tanto, encontró demostrada la capacidad procesal, la legitimación en la causa y el interés jurídico, con fundamento en la partida de nacimiento de la demandante; pero que esta partida prueba la filiación pero no la aceptación de la herencia referida, necesaria para tener capacidad procesal y legitimación en la causa, error que condujo al fallador para dar por demostrado un hecho fundamental. Y dice:

"La aceptación de la herencia, como acto jurídico unilateral, tiene que estar plenamente demostrada en los autos, para que una persona pueda invocar válidamente su calidad de heredero...".

Agrega, que tampoco se halla demostrado en el proceso el perjuicio que sufrió la demandante, con los actos cuya simulación y nulidad absoluta demanda, requisito necesario para que pueda prosperar la simulación que invoca el pretendido heredero, quien tiene que demostrar que su legítima y la cuarta de mejoras sufrió merma; y que tampoco se probó qué bienes tenía la sociedad conyugal al momento de su disolución, para precisar que la legítima y la cuarta de mejoras hubieran sufrido menoscabo, como tampoco se probó el móvil determinante de los actos jurídicos materia de la simulación demandada, ni la existencia de una causa u objeto ilícitos.

Concluye diciendo que los interrogatorios de parte de Myriam de Arrunátegui y Guido Arrunátegui, no hablan de los motivos, de causa ilícitos, de objetos ilícitos, pues ellos solamente expresan que los actos a que se refiere el interrogatorio fueron actos de confianza, pero que como en el interrogatorio de parte de Antonio J. Restrepo, negó tal hecho, el dicho de aquéllos sólo tiene el valor de testimonios de terceros, al tenor del artículo 196 del C. de P. C., por lo que el Tribunal al hacer la deducción que hizo con base en esos testimonios los desnaturalizó en su finalidad objetiva y cometió error evidente de hecho en la estimación probatoria, acusación que desarrolla en los otros cargos y por eso, este aspecto será allí tratado.

Se considera.

1º La herencia en principio, se defiere al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (artículo 1013 del C. C.).

La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero (artículos 1298 y 1299 del C. C.).

El título de heredero se radica en cabeza de la persona con vocación hereditaria que acepta la herencia, desde el momento del fallecimiento del cujus.

Al respecto ha dicho la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1973:

"1. Conforme a lo estatuido por los artículos 1012 y 1013 del C. Civil el asignatario de una sucesión adquiere su derecho desde que la asignación se defiere; esto es, desde el momento de la muerte del causante, si la asignación es pura y simple, o desde el cumplimiento de la condición si es condicional

"Mas si todo asignatario tiene opción para aceptar la asignación que le es deferida, o para repudiarla (artículo 1282); y si los efectos de la aceptación o de la repudiación de una herencia 'se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida', según lo estatuye el artículo 1296 ibídem, debe aceptarse que la delación de la herencia, que es el llamamiento que la ley hace a una persona para ejercer frente a ella el derecho de opción, no es por sí sola suficiente para adquirir la calidad de heredero; depende del asignatario confirmarla definitivamente por un acto de su propia voluntad, aceptando la asignación; o rechazarla para siempre, repudiándola.

"2. Es por ello por lo que la doctrina de la Corte ha dicho constante y repetidamente que la calidad de heredero depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación. La primera surge de los vínculos de sangre que ligan a la persona con el causante, si se trata de sucesión intestada, o de las disposiciones del testador, si de sucesión testada. La segunda es la clara e inequívoca manifestación de la voluntad del asignatario de recoger la herencia, que puede ser expresa o tácita, según que se tome el título de heredero o que se ejecute 'un acto que supone necesariamente su intención de aceptar'. (Sentencias de 3 de junio de 1959. G. J., números 2211 y 2212, páginas 606; abril 13 de 1959; número 2210, páginas 308; junio 3 de 1960; números 2225 y 2226, páginas 915 y 916)".

2º Blanca Toro de Hoover, con la partida de nacimiento acreditó su calidad de hija natural de Virgelina, luego por mandato de la ley tiene vocación hereditaria en la sucesión de ésta; y al ejercitar la presente acción hizo acto de heredera, es decir, aceptó tácitamente la herencia, de conformidad con el artículo 1013 del C. C., pues en esa forma manifestó su voluntad de conducirse como heredera y aceptar la herencia. Entonces está demostrada en el proceso la aceptación de la heredera y consecuencialmente su calidad y, por tanto, su legitimación en la causa y su interés jurídico para incoar la presente acción. Por el aspecto en estudio no incurrió, pues, el Tribunal en el error de hecho que se le imputa, ni tampoco quebrantó las disposiciones acusadas en el cargo.

3º Ya se dijo al despachar el anterior cargo, que el Tribunal declaró la simulación absoluta de unos negocios jurídicos, luego no tenía que demostrar la demandante, como lo afirma el recurrente, que dichos actos tuvieron objeto o causa ilícitos; y se dijo también que en virtud del postulado de la autonomía de voluntad, puede ocurrir, y la ley lo tolera, que, sin perjuicio de los dictados del orden público que comprende el derecho ajeno, los particulares pueden realizar un acto jurídico complejo, con el propósito de crear una apariencia ante terceros, pero en sí mismo ineficaz ante ellos. De modo que como el Tribunal encontró probada una simulación absoluta, podía así declararla sin consideración a la prueba de los otros factores a que alude el recurrente, o sea del fraude, de la ausencia del objeto y de causa lícitos.

Tampoco tenía que demostrar Blanca Toro de Hoover el perjuicio que pudiera sufrir respecto a su derecho de legítima y cuarta de mejoras, pues este derecho brota de su calidad de legitimaria descendiente; y como accionó para la sociedad ilíquida Restrepo Gómez, cuyo patrimonio necesariamente tuvo que disminuirse en virtud de los contratos simulados, fraguados para mermar el acervo de los bienes sociales, su interés, su legitimación, por este aspecto, son también indudables.

Por las razones dichas no prospera el cargo.

Tercer cargo.

Se acusa la sentencia "por ser violatoria de la ley material como consecuencia de errores, manifiesto de hecho en la estimativa probatoria, violando indirectamente los artículos 1523, 1524, 1540, 1541 y 1748 del C. C., por aplicación indebida. Artículo 1766 del C. C., por aplicación indebida. Artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida".

Dice luego que el Tribunal erró en la apreciación del interrogatorio de parte de Myriam de Arrunátegui y Guido Arrunátegui, porque estos no especificaron los contratos de confianza, el número de las escrituras, la notaría en donde se suscribieron, ya que sólo hablan de unos contratos sobre bienes.

Transcribe luego apartes de la sentencia sobre el particular, para insistir en el error en que incurrió el fallador al apreciarlos como confesión, y dice que como ella no provino de todos los litis consorcios necesarios, sólo tienen valor de testimonios de terceros que no analizó el Tribunal, dé acuerdo con el artículo 187 del C. de P. C., pues en esas declaraciones no se mencionan las escrituras públicas 843, 868 y 869 de 1967, ni se menciona la escritura 2317 del mismo año, ni se concretan en forma específica y concretan ningunos bienes, y finaliza diciendo: "No se puede atribuir a la declaración de parte de los litis consortes, virtualidad probatoria para demostrar que los terceros socios comanditarios, que en la escritura pública número 2317 de fecha 28 de marzo de 1976, de la Notaría Primera de

Medellín (folios 104 y siguientes del cuaderno 5º), que estuvieron representados en este acto por el señor Jesús Pérez Alvarez, obrando de *mala fe,* que sabían que los primitivos actos eran simulados. La mala fe no se presume. No se puede inferir de dichas declaraciones el concilio para el fraude. Se violó por falta de aplicación el artículo 267 del C. de P. C., que tiene el carácter de norma material, y el artículo 1766 del C. C., que indica que los pactos ocultos no producen efectos contra terceros.

"No se desprende de dichos testimonios, cuál fue la intención oculta de las partes.

"Cuando a un medio de prueba se le atribuyen hechos que él mismo demuestra, hechos que no se mencionan en este medio de prueba, se desnaturaliza en su finalidad objetiva y se comete un error de hecho en forma evidente en la estimativa probatoria".

Cuarto cargo.

"Violación indirecta de normas materiales a consecuencia de errores manifiestos de hecho en la estimativa probatoria, quebrantando las siguientes normas materiales: Artículos 965 y 1746 del C. C., por aplicación indebida. Artículos 1523, 1524, 1740, 1741 y 1748 del C. C., por aplicación indebida. Artículo 1766 del C. C., por aplicación indebida".

Hace consistir los errores de hecho en la apreciación del contrato contenido en la escritura 2317 de 1967, al considerar que de ella se desprendía que los inmuebles de que tratan los numerales 1 a 5 del punto primero de la sentencia, "estaban poseídos materialmente por la sociedad Antonio J. Restrepo A. y Cía.; que, igualmente, erró de hecho al no percatarse que la citada escritura no tiene la nota de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, registro necesario para que se efectuara la tradición infringiendo el artículo 43 del Decreto-ley 1260 de 1970.

Remata el cargo diciendo:

"A) El Tribunal, en la sentencia censurada, en el numeral primero del fallo, declaró simulada y que carece de causa y objeto lícitos, la escritura pública número 2317 de fecha 28 de julio de 1967, Notaría Primera de Medellín, 'en cuanto al contrato de ventas allí efectuadas por la prenombrada Myriam Ramírez para la sociedad en comandita simple denominada 'Antonio J. Restrepo A. y Cía.', por vía de aporte de los socios comanditarios...'. En la escritura hay dos actos de enajenación: la venta de Myriam Ramírez de Arrunátegui en su propio nombre y el de su esposo como apoderado de éste, a los socios comanditarios y el aporte de éstos de los mismos bienes a la sociedad. El acto jurídico del aporte, no fue declarado simulado, ni carente de causa u objeto lícitos. Tal declaración sólo afecta la venta hecha por la precitada señora Ramírez de Arrunátegui. Pero no afecta el aporte de dichos bienes a la sociedad persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

"B) En el numeral segundo de la sentencia se condena a la sociedad Antonio J. Restrepo A. y Cía., a restituir unos bienes raíces sin estar probado en los autos que dicha sociedad es la poseedora material de los mismos, aplicando el artículo 965 del C. C., a una situación no gobernada por esta norma legal. Se consideró implícitamente la sociedad de mala fe, sin existir en los autos prueba que así lo indique.

"C) —Ese instrumento— la escritura número 2317, no puede tenerse como medio de prueba, en cuanto título idóneo para que se efectuara la tradición en los términos del artículo 756 del C. C., toda vez que como se observó, no existe en los autos prueba alguna sobre la inscripción de dicho instrumento en las Oficinas de Registro de Dabeiba y Turbo. No se percató el Tribunal de la ausencia de esta formalidad. Y no se percató que uno es el acto por medio del cual se le vendieron los bienes a la sociedad, y otro el acto jurídico por medio del cual se aportaron a la misma. El acto jurídico del aporte, no fue declarado nulo, ni simulado, luego es válido, y no existe razón de que se ordene la restitución de unos bienes que ni siquiera está probado que son de la sociedad.

"D) El Tribunal violó indirectamente por aplicación indebida el artículo 1746 del C. C., a un caso no gobernado por él. No existe decreto de nulidad del aporte, dicho está, ni del instrumento en donde consta dicho aporte, se infiere el objeto y la causa ilícita. Estos errores del Tribunal incidieron en la parte resolutiva del fallo acusado, pues en razón de ellos, se ordenó restituir unos bienes que no existe prueba de que se hallan material ni jurídicamente, en cabeza de la sociedad demandada.

"La objetividad material de dichos errores es manifiesta. Y con fundamento en este cargo, pido la infirmación del fallo acusado".

Dada la conexidad de los cargos se despachan en conjunto previas las siguientes

Consideraciones.

1. Dice el censor que las manifestaciones de los esposos Arrunátegui no son confesión, sino simple declaración testimonial. Pero aun en tal even-

to y teniendo en cuenta que el Tribunal consideró dichas manifestaciones como confesión, el ataque ha debido dirigirse por error de derecho y no de hecho, como lo planteó el impugnante, pues cuando el juzgador le otorga a una prueba que obra en el proceso la naturaleza que según la ley no tiene, o le niega la que le da, el error en que hubiere podido incurrir el sentenciador es de derecho y no de hecho.

Además, en el supuesto de que se tratare de un error de hecho ello no significa que tales manifestaciones no tuvieron ningún valor probatorio, y por lo mismo, para la prosperidad del cargo, ha debido el recurrente y no lo hizo, atacar los testimonios como tales, para así destruir el soporte en que se fundamentó el Tribunal para tener como probada la simulación decretada.

Ha dicho esta corporación que hoy la prueba de la simulación es libre, y así en providencia de 25 de septiembre de 1973, aún no publicada, se expresó así:

"El Código de Procedimiento Civil hoy vigente, a cambio del principio de la tarifa legal de pruebas, que en lo referente a la valoración de éstas era el dominante en el estatuto procesal anterior, consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente el mérito de los distintos medios, sin estar sometido a reglas abstractas preestablecidas por el legislador, la teoría de la restricción de la prueba de la simulación *inter partes* reclama una revisión, puesto que a la sustancial modificación normativa así operada debe sobrevenir el correspondiente cambio de la doctrina jurisprudencial en el punto...".

"En el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, tratándose de contratos solemnes, la prohibición de probarlos con testigos sigue siendo absoluta: en ellos la prueba *ad solemnitatem* no puede suplirse al testimonio, ni por la confesión, ni por otro medio de prueba.

"En efecto: concretamente, en relación con la prohibición de la prueba testifical, establece el artículo 232 de dicho estatuto, que 'la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato'; y agrega el artículo 265 de esa codificación, que 'la falta de instrumentos públicos no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumentos públicos'.

"Lo cual quiere decir que en el estatuto procedimental que hoy rige en el país se conservó la prohibición de la prueba testimonial por razón de la naturaleza solemne del acto jurídico, puesto que en él es la ley la que exige un medio de prueba solemne, sin cuya observancia el acto no nace a la vida del derecho.

"Sin embargo, y por tratarse en tales supuestos de circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, el testimonio es hoy idóneo, como también lo fue antes, para probar ciertos hechos relacionados con el contrato solemne, como ocurre con los vicios del consentimiento que pueden haber existido en el contrato, o con la ilicitud de su causa o de su objeto, o con la falsedad del contrato solemne.

"Mas, como el artículo 187 del actual Código de Procedimiento Civil establece que 'las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos', es forzoso aceptar que con la adopción del sistema de la persuasión racional, desaparecieron las restricciones que a la conducencia de la prueba testimonial establecía la legislación anterior, en lo referente al valor de la obligación por probar y a las posteriores reforma o adición de documentos; conservándose únicamente para los eventos en que la ley exija prueba *ad solemnitatem*, pues en éstos el escrito se requiere como elemento de la esencia del acto y no como elemento *ad probationem*.

"Además, como mediante el artículo 698 del código citado, quedaron expresamente derogados los textos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 por razón del valor de la obligación o para acreditar condiciones o cláusulas que en el documento no aparecían, es errado continuar hoy predicando la ineficacia de los testimonios para probar contra lo dicho en documentos públicos y privados.

"Fluye de lo anterior la consecuencia de que, cuando a pesar de expresarse en el documento la causa del acto o contrato, una de las partes alega que ésta no existe o que es otra, en lo cual se concreta la acción de simulación, puede acudir a la prueba de testigos, o a la de indicios fundada en aquélla, y en forma general a todos los medios que le permitan llevar al convencimiento del juzgador la verdadera y real voluntad de los contratantes, para que éste le haga prevalecer sobre la externa que ostenta el acto público. Al simulante se le deben admitir las pruebas de testigos y de indicios, pues de no ser así, de tener él que exhibir únicamente la contraescritura, o la confesión, o el principio de prueba emanado de la otra parte, se le colocaría dentro de la regla

consistente en lo que el escrito prevalece sobre el testimonio oral, lo que como ha quedado visto, a la luz de la nueva ley probatoria ha perdido en principio su vigencia".

2. Afirma el censor que los esposos Arrunátegui no especificaron los bienes de que tratan las escrituras de cuya simulación se trata, ni indicaron la notaría en que ellos se extendieron.

El Tribunal dio por establecido que en el interrogatorio de parte los esposos Arrunátegui se refirieron a todos los actos jurídicos que celebraron con Restrepo y sobre los que versa el proceso. Esta deducción no es manifiestamente equivocada, porque los Arrunátegui dijeron que todos los actos jurídicos celebrados con Restrepo —y es obvio que debe entenderse los actos a que se refiere este litigio— eran de confianza.

De las preguntas y respuestas dedujo el Tribunal que los Arrunátegui se refirieron a los mismos bienes de que trata la controversia. Esta deducción no ha sido destruida. Es una apreciación del impugnador distinta a la del fallador, que por sí sola no sirve para demostrar el error manifiesto de hecho en que hubiera incurrido el fallador al respecto. Para la prosperidad de tal acusación y destruir la presunción de legalidad que ampara a la sentencia, ha debido el censor demostrar que tal deducción era protuberantemente equivocada.

3. Tampoco era necesario indicar la notaría en donde se suscribieron los contratos y especificaron los linderos de los mismos bienes. Si el Tribunal entendió que la identificación de los mismos se había efectuado debidamente en el interrogatorio de parte, esa estimación por las mismas razones anteriormente expresadas queda en pie.

4. La irregularidad sobre el registro de la escritura 2317, ni la posesión de los bienes en manos de quien debe restituirlos, a que se refiere el recurrente, no fue tratada ni discutida hasta ahora; lo que pugna con la preceptiva del recurso de casación que proscribe el empleo de medios nuevos, entendiendo éstos como armas tomadas del campo de la situación fáctica *sub lite* y no esgrimidas anteriormente en las instancias. Por esta razón, es improcedente en casación estudiar dicha impugnación.

5. El Tribunal encontró plenamente establecida una simulación absoluta —ventas de confianza— de donde concluyó que el precepto sustancial aplicable era el artículo 1766 y en él fundó su fallo. Entonces declarada la simulación absoluta de unos contratos ordenó la restitución de los bienes transferidos en acto de confianza para restablecer las cosas a su estado anterior, pues la acción en tal evento "persigue hacer volver las cosas al estado que tenían antes de la celebración del contrato impugnado como si éste no hubiera existido nunca" (LXIX, página 167).

Al decretar la restitución partió de la base de que los demandados no eran terceros —concepto que no destruyó el censor— y aplicó por analogía las normas generales que rigen la materia.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"En la acción de simulación, la ley no ha reglamentado expresamente las consecuencias que deben desprenderse en el evento de que haya que imponérsele al demandado la obligación de restituir la cosa a su verdadero dueño y se confrontan las mismas circunstancias o hechos mencionados; pero se comprende fácilmente que la solución a que debe llegarse al respecto es la misma que la ley consagra en las aludidas acciones de nulidad, reivindicatoria y rescisoria, no sólo porque subsisten los mismos motivos de equidad que para éstas la han determinado, sino porque razones de analogía imponen al juzgador el deber de aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes (Ley 153 de 1887, artículo 8º), y también porque las disposiciones sobre prestaciones mutuas tienen tal generalidad que de suyo son aplicables para regular las indemnizaciones recíprocas, en todos los casos en que un poseedor vencido pierda la cosa y sea obligado a entregarla a quien le corresponda". (Casación, 11 de febrero de 1948, LXII, 659).

Por lo expuesto, no prosperan los dos cargos en estudio.

Quinto cargo.

"Acuso la sentencia de fecha 31 de octubre de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por ser violatoria de la ley sustancial, de normas procesales, como consecuencia del manifiesto error de hecho en que incurrió al interpretar la demanda de reconvención. Este error lo singularizo así:

"Erró de hecho el Tribunal al interpretar la demanda de reconvención, folios 1 y siguientes del cuaderno número 2. En efecto, la demanda de reconvención reúne los requisitos formales exigidos por los artículos 205, 737 y 747 del anterior Código de Procedimiento Civil, vigente en el momento de su presentación, febrero 11 de 1970. El Tribunal, lo mismo que el Juzgado de primer grado, consideró que le faltaba el requisito o presupuesto procesal de la demanda en forma.

En desarrollo del cargo dice:

"El Tribunal, en la sentencia censurada, confirma los numerales 3º y 4º de la sentencia de

presupuesto procesal de la demanda en forma y se condenó al contrademandante al pago de las costas, folios 75 y 75 vuelto del cuaderno 1º El argumento del *a quo,* es el mismo para ambas demandas: se asimilan las instituciones de la simulación y la nulidad absoluta...

"La demanda principal, también confundió los conceptos de nulidad y simulación. Por ello el juez de instancia consideró que no existía el presupuesto procesal de la demanda en forma, en ninguna de las demandas. Para el Tribunal, ese defecto, sólo impedía el fallo en la demanda de reconvención. Y la principal, en función de una interpretación de la misma, considera que tenía virtualidad suficiente para dictar sentencia de mérito. Sobre dos situaciones idénticas el Tribunal sentó dos doctrinas opuestas: en una falla, teniendo el mismo defecto; en la otra se niega a fallar...

"Erró, pues, de hecho el Tribunal, al interpretar la demanda de (sic) como acto jurídico procesal, y considerar que no tenía el presupuesto procesal de la demanda en forma, cuando ella reúne los requisitos exigidos por los artículos 205, 737 y 743 del anterior Código de Procedimiento Civil. En la demanda se ejercitó como pretensión principal, la de simulación absoluta de unos contratos de compraventa y como subsidiaria la de *nulidad absoluta de los mismos actos.* Por el factor de la conexión los procesos se podían acumular. En la balanza de la justicia se pesaron con diverso criterio dos demandas que tienen los mismos defectos de fondo: confundir los conceptos de simulación con la nulidad absoluta. Esa situación mira a los presupuestos de las pretensiones; no a los presupuestos procesales.

"Como consecuencia de ese error de hecho en la interpretación de la demanda de reconvención, el Tribunal violó indirectamente los artículos 205, 472, 737 y 743 del anterior Código de Procedimiento Civil.

"Los artículos 4º, el artículo 37, ordinales 2 y 8, 75 y 76 del C. de P. Civil vigentes actualmente.

"Los artículos 267 del C. de P. C., y 1766 del C. C., por falta de aplicación.

"Los artículos 6º, 1740, 1741 del C. C., por falta de aplicación".

Se considera.

Tiene razón el recurrente. El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar la demanda de mutua petición. En efecto: tanto de las súplicas de la demanda, de los hechos en que se funda y de las disposiciones invocadas se ve claramente que ella es contentiva de dos pretensiones independientes, pues como petición principal se suplica la simulación de unos contratos y subsidiariamente se pide la nulidad de los mismos.

Entonces mal podía decir el sentenciador que faltaba el presupuesto de demanda en forma por haberse involucrado en una sola demanda la acción de nulidad y la de simulación. Ambas acciones fueron incoadas. En primer lugar la de simulación, y para el caso de que ésta no prosperara la de nulidad. Por lo mismo es evidente el error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la demanda de reconvención.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal en este punto fue de inhibición, no se ha de casar la sentencia porque al pronunciarse la sustitutiva se podría agravar la situación del contrademandante por las siguientes razones:

No existe en el proceso ninguna prueba sobre la simulación de los contratos de que trata la demanda de mutua petición. Y en cuanto a la petición subsidiaria de nulidad de los mismos contratos, basada en el hecho de que Virgelina sufrió una trombosis cerebral a cuya consecuencia quedó con hemiplejía derecha y afasia lesiones que perduraron hasta su muerte y la privaron de su "voluntad reflexiva" y "capacidad mental y física", bien podría llegarse a la conclusión de que tales hechos no están demostrados en el proceso si se examinara minuciosamente la prueba aducida al respecto, especialmente la prueba técnica de que trata el artículo 233 del C. de P. C. Por tanto, al dictarse sentencia sustitutiva en tales condiciones, podría agravarse la situación del contrademandante respecto a cuyas súplicas el Tribunal declaró una inhibición con lo cual se viola el principio de la no reformación en perjuicio a la cual se ha referido la Corte en reiterada jurisprudencia.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 31 de octubre de 1973.

Sin costas en el recurso por la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a quien corresponde, e insértese en la *Gaceta Judicial.*

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



PERSONA JURIDICA

Su capacidad de obrar; responsabilidad de la cooperativa por actos de su gerente.—Competencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que interpuso el demandante contra la sentencia de 4 de marzo de 1974, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario suscitado por Iván Pajón Londoño.

I

El litigio.

1. Pajón Londoño demandó a la "Cooperativa Metropolitana de Transportadores del Valle de Aburrá, Ltda., COOMETROPOL", para que se le condenase al cumplimiento de los "contratos de administración total" de dos vehículos automotores, convenios celebrados el 8 de marzo de 1972, y para que se le condenase también al pago de perjuicios por su incumplimiento.

2. La causa para pedir se funda en los hechos que se resumen: Pajón Londoño solicitó a la Cooperativa demandada que se le admitiera como socio y se le permitiera afiliar a ella dos buses de su propiedad que, a la sazón, estaban "cubriendo" rutas de transporte de pasajeros en el barrio de Guayabal de Medellín, ambos marca Ford, con capacidad para 44 puestos, modelos 1967 y 1968, y placas A-10663 y A-12727, respectivamente. Después de recibida su solicitud, el gerente de la cooperativa la llevó al Consejo de Administración de ésta. Días más tarde el gerente le comunicó que había sido aceptado como socio, por lo cual se ajustaron los respectivos contratos de administración total de los dichos buses, contratos que fueron firmados el 8 de marzo de 1972 por dicho gerente y por el demandante y se estipuló que su duración era de un año. "Con base en la firma de los contratos —se lee en la demanda— procedí el 9 de marzo de 1972, a pagar los derechos correspondientes en la siguiente forma: por capital $ 8.000.00 ($ 4.000.00 por cada carro), y $ 2.000.00 por cuota de administración o de admisión..., cancelados por medio de cheque número 012127 girado contra el Banco de Bogotá". El gerente de Coometropol, a raíz de la firma de tales contratos, envió dos mensajes al Director de Transportes y Tránsito de Medellín, en los cuales manifestaba que los dos mencionados buses de propiedad de Pajón habían sido aceptados por la cooperativa "bajo contrato de asociación"; el demandante, a su turno, se dirigió por escrito al Instituto Nacional de Transporte, solicitando la desvinculación de sus buses de la Cooperativa de Transportadores COTRABAL, para vincularlos a COOMETROPOL, con destino a la ruta de Guayabal de la que Pajón afirma haber sido fundador. A tales solicitudes recayeron las resoluciones números 553 y 555 de 17 de marzo de 1972, mediante las cuales se concedieron las autorizaciones pedidas. Igualmente solicitó y obtuvo de la Secretaría de Transportes y Tránsito la expedición de las respectivas patentes de servicio público y matrículas de los citados vehículos a nombre de Coometropol. El gerente de la cooperativa asignó a los mencionados vehículos los números de orden 59 y 60, mas al presentarlos pintados con los colores de la cooperativa, acondicionados en debida forma y con la documentación en regla para ser despachados a prestar servicio, el demandante fue sorprendido por la negativa del gerente a hacerlo, alegando que un grupo de socios se oponía a que se permitiera el recorrido de estos automores en las rutas de la cooperativa. A los requirimientos del demandante para que se definiera esa situación, el gerente de la cooperativa contestó simpre con evasivas, aunque éste ofreció indemnizarle los

perjuicios sufridos con su actitud, mas con irrisoria cantidad de dinero. El proceso dilatorio vino a concluir cuando se le informó que la cooperativa no lo consideraba socio y que, por tanto, no accedía a someter la controversia a la decisión arbitral que prevén los estatutos de la misma.

3. Con oposición de la demandada, la cual negó en su mayor parte los hechos afirmados por Pajón tramitóse la primera instancia del proceso, que finalizó con sentencia condenatoria del 28 de julio de 1973, contra la cual la cooperativa interpuso el recurso de apelación, el cual desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con sentencia del 4 de marzo del año pasado, por medio de la cual se revoca el fallo apelado y, en su lugar, se absuelve a la parte demandada. El demandante, entonces, propuso el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

II

Motivación de la sentencia impugnada.

Irrumpe el sentenciador proponiendo el siguiente dilema: si en verdad Pajón adquirió el carácter de socio de la cooperativa demandada, la justicia ordinaria carece de competencia para conocer de este litigio, por cuanto el artículo 14 del Decreto 1638 de 1953, estatuye que "las diferencias o conflictos que surjan entre una cooperativa y sus socios o entre éstos, por causa y ocasión de la actividad propia de la misma, se someterán al arbitramento...", y por ende todo lo actuado hasta aquí sería nulo. Si, por el contrario, la justicia ordinaria tiene competencia para conocer de este negocio, ello indica inequívocamente que Pajón no adquirió el carácter de socio de la cooperativa demandada. Y agrega: la constitución del tribunal de arbitramento no dependía de la voluntad de la cooperativa, puesto que el demandante bien habría podido hacer uso de la facultad que le confieren los artículos 663 y siguientes del C. de P. Civil.

En seguida el Tribunal, con apoyo en lo preceptuado en los artículos 24 y 68 de los estatutos de la cooperativa, dice que el carácter de socio de ésta que alega tener el demandante, dependía de que fuera admitido como tal por parte del Consejo de Administración, y que si la admisión dicha se hubiese producido, para probarla ha debido acompañarse copia de la resolución correspondiente. Pero que está acreditado que Pajón no fue admitido, ya que así lo afirman los testimonios de algunos socios, ya que si "al acto por el cual se incorpora el nuevo socio a la entidad ya constituida es un verdadero contrato", éste no puede perfeccionarse con la solicitud de admisión que es una mera oferta, sino que requiere "la noticia que de manera regular se da a éste" de haber sido admitido, la cual debe serlo por escrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 864 del Código de Comercio.

En un nuevo capítulo de su sentencia que intitula "delegación", se refiere al valor que puede tener el contrato de asociación que suscribieron el gerente de la cooperativa y el demandante, "dado que ha de presumirse la actuación de aquél, autorizada por el propio Consejo, si éste delegó en el gerente, según el artículo 59 de los estatutos, la facultad de admitir nuevos socios". Estima que no hay prueba alguna "del acto administrativo donde se facultó al gerente para ello". De todo lo cual concluye "que a Pajón Londoño no se le pueda atribuir el carácter de socio, y de esa manera el Tribunal de árbitros puede, igualmente descartarse".

Estudia luego los contratos de administración que se acompañaron a la demanda y afirma que ellos no obligan a la cooperativa, por cuanto el gerente no tenía facultad para celebrarlos sin estar previamente autorizado por el Consejo de Administración, una vez que según el artículo 68 de los estatutos el gerente sólo puede celebrar contratos cuyo valor no exceda de $ 5.000.00, sin necesidad de tal autorización. Afirma también que entre Pajón Londoño y el gerente Zapata se ajustó un solo contrato de administración, aunque se hubiese hecho constar en dos documentos separados, pero de idéntico contenido y rubricados en la misma fecha. Y luego de analizar una de las respuestas al interrogatorio de parte que se formuló a Pajón, en la cual éste narró cómo tuvo lugar la firma de esos dos documentos, dice: "Analizada esa respuesta, se ve palpable un solo momento para ofrecer y un solo momento para aceptar. Hubo, pues, un solo acto doblemente instrumentado, lo cual de ningún modo hiere la unidad prevaleciente desde un principio, y así, la cuantía dede resultar de la suma, que sería de ese modo $ 600.00 mensuales, o sean $ 7.200.00 por el año que se fijó como duración del compromiso".

Estribado en este razonamiento insiste el Tribunal en que el gerente no estaba facultado para comprometer a la cooperativa, por lo cual ésta no quedó obligada con la firma de los dos documentos referidos.

En otro acápite que denomina "condicionalidad", dice el sentenciador:

"Indiscutiblemente, sólo quien obtenga inclusión como socio tiene derecho a la administración de sus vehículos", pues aunque el artículo 41 del Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor (Decreto 1393 de 1970), "permite primero el contrato de administración y luego el de sociedad...", la intención que deja ver el caso ventilado es de sistema inverso, es decir, primero debía ser el contrato para incorporar al nuevo socio, luego la administración, lo cual se ve plenamente lógico, dado que no es muy razonable aceptar voluntariamente la administración de unos vehículos para luego forzosamente, por imposición de la misma ley, acordar lo otro que es de mayor trascendencia".

Y al comentar las comunicaciones dirigidas por Zapata, como gerente de la cooperativa, al Instituto Nacional del Transporte, en las que informa que los buses de Pajón habían sido aceptados bajo contrato de "asociación", expresa "que si el gerente informó a la entidad oficial un hecho todavía esperado se colocó voluntariamente dentro de una irregularidad sancionable, y ello es verdad, pero la consecuencia no puede ser el cumplimiento de un contrato inexistente, ni la indemnización de perjuicios a favor de un particular. Se agregará que los informes falsos dieron motivo a que Pajón Londoño confiara en ellos para desvincular sus buses de la anterior cooperativa, provocar las resoluciones del INTRA y aderezarlos conforme las exigencias de la nueva ruta, y finalmente, dejarlos inactivos por tan largo espacio. Pero, en primer lugar, ha de verse que al parecer, el mismo propietario conocía lo equivocado de ese informe, lo mismo que el fin buscado".

Para concluir su argumentación expresa el Tribunal que el demandante "en el supuesto de que frente a la noticia del gerente, se haya movido bajo el imperio de la buena fe, habríase estructurado una responsabilidad extracontractual contra la persona del mismo gerente, y a lo mejor contra la misma cooperativa, lo cual no puede tratarse aquí, pues el tema controvertible fue delimitado en la demanda y obviamente se quedó dentro de los marcos de la responsabilidad contractual".

III

El recurso de casación.

Cargo único.

Acúsase la sentencia por no haber aplicado los artículo 1494, 1602, 1603, 1613 y 1614 del Código Civil, "violación a la cual llegó el Tribunal por error de hecho consistente en no haber apreciado o en haberlo hecho en forma errónea" las pruebas siguientes:

a) Los contratos de administración total de los vehículos de placas números A-12727 y A-10663, celebrados entre Pajón y Coometropol; b) Los estatutos de la Cooperativa, en sus artículos 18, 58, literal j) y parágrafos 2º y 59; c) Las comunicaciones del 13 de marzo de 1972, dirigidas por el gerente de la Cooperativa al Director Departamental de Transportes y Tránsito; d) Las Resoluciones número 553 y 555, expedidas por éste el 17 de los mismos; las patentes de servicio y las licencias otorgadas por ese mismo instituto; e) Las actas números 89 del 24 de junio de 1972 del Consejo de Administración de la Cooperativa y número 16 del 11 de los mismos, de la Asamblea general; f) La declaración de Jesús María Ruiz, y g) El recibo expedido por la Cooperativa del pago hecho por Pajón por concepto de cuota de afiliación por capital de cada uno de los vehículos.

Afirma el censor que los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, lo llevaron a violar indirectamente las normas legales antes mencionadas, las cuales "establecen la fuente contractual de las obligaciones y los efectos de los contratos libremente celebrados, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que constituyen 'ley para los contratantes' y no pueden ser invalidados 'sino por su consentimiento mutuo o por causas legales' (artículo 1602 del C. C.). En todo contrato va implícita la obligación recíproca fundamental de que las partes ejecutan 'de buena fe' sus prestaciones mutuas (artículo 1603 del C. C.) y los efectos del incumplimiento acarrean las sanciones a cargo del incumplidor, previstas en los artículos 1603 y 1614 de la misma obra".

El censor considera que entre Pajón y la Cooperativa hubo una doble vinculación contractual: la primera, consistente en la "administración total" de los dos vehículos que le confirió a aquella entidad y la segunda, el contrato de asociación. "De los autos dicen que el contrato de administración de los vehículos se perfeccionó, pero no se cumplió por parte de Coometropol, y el contrato de asociación, aunque inicial y necesariamente reconocido por el gerente al acordar la 'administración total' de los automotores, como *conditio sine qua non* de éste, pues fue escamoteado con violación de las reglas estatutarias y reglamentarias, y por consiguiente, mediante un despliegue de ilegitimidad protuberante por el Consejo de Administración y aun por la Asamblea... como resultado de la presión que un grupo de socios opuso al ingreso del nuevo afiliado".

Más adelante critica la apreciación que hizo el Tribunal de los dos "contratos de administración total" de los automotores de Pajón, en cuanto dijo que eran uno solo bajo doble instrumentación, porque a su juicio, cada uno de ellos tenía su individualidad propia y se refería a un bien diferente, aunque por lo demás, coincidiesen en sus elementos esenciales. "Aún más: la contratación individualizada, por cada bus —agrega— obedece al hecho de que, disponiendo la entidad cooperativa de una capacidad transportadora preasignada por las autoridades, los directores de la cooperativa sólo pueden responder por el cumplimiento del cupo máximo mediante la identidad contractual de vehículo por vehículo...".

Afirma en seguida que el Tribunal dejó de apreciar o lo hizo en forma equivocada el recibo proveniente de la cooperativa que se acompañó al libelo, "respecto del cual también podría aducirse la artificiosa cuestión de la cuantía excedente del límite estatutario de $ 5.000.00 que posee el gerente", porque aunque en él se expresa que el total pagado por Pajón en esa fecha fue la cantidad de $ 10.000.00, es lo cierto que allí mismo se indica que dicha cantidad se descompone así: cuota de admisión, $ 2.000.00 y 'capital' por dos vehículos $ 8.000.00, es decir, a razón de $ 4.000.00 cada uno. Afirma, pues, "que el sentenciador, por falta de estimación de este recibo, dejó de entender un hecho evidente: el de que el gerente celebró dos operaciones, representadas por dos contratos de administración total de dos vehículos y que en cada una de ellas, la cuantía implícita era de $ 4.000.00 por concepto de capital".

Advierte también el impugnante que no está en lo cierto el sentenciador al considerar que la única prueba de que Pajón hubiera sido admitido como socio de la cooperativa, era la copia del acta del Consejo de Administración de la misma, en que se le hubiese aceptado, porque en el texto mismo de los contratos de administración total de los buses, aparece claramente reconocido que Pajón ya tenía la calidad de socio, lo cual está confirmado, en forma un tanto anfibológica, por los escritos que el gerente de la cooperativa dirigió a la Dirección de Transportes y Tránsito, en la que expresa textualmente "que ha sido aceptado bajo contrato de asociación firmado por el señor Iván de J. Pajón Londoño, el bus cuyas características detallo a continuación...", y que el fallador desestimó o evaluó equivocadamente esas comunicaciones, puesto que es inconcebible suponer que los buses, "sin la participación jurídica de Pajón fueron los entes que quedaron involucrados 'como socios' en el 'contrato de asociación' de que da cuenta el gerente".

Afirma, igualmente, el censor que el Tribunal dejó de apreciar la declaración del testigo Jesús María Ruiz, "funcionario cooperativista de vasta trayectoria", quien estaba prestando sus servicios a Coometropol cuando ocurrieron los hechos sobre los cuales versa este litigio, en cuanto éste afirmó, por haber sido gerente de tres cooperativas de transporte, que es costumbre inveterada "la delegación pasiva que los consejos han hecho en la persona de los gerentes, de que aquellas personas a quienes el gerente firma los respectivos contratos, los Consejos de Administración otorgan el carácter de socios". Dice que el Tribunal no se percató de que según los estatutos, la Asamblea General de la Cooperativa carecía de competencia para rechazar el ingreso de un socio, como lo hizo la de Coometropol respecto de Pajón en su sesión del 11 de julio de 1972, según acta número 16. Agrega que el sentenciador tampoco tuvo en cuenta el artículo 18 de los estatutos, según el cual "la cooperativa se hace acreedora ante terceros y ante sus socios, por las operaciones que activa o pasivamente efectúan el Consejo de Administración, el gerente o mandatarios, dentro de la órbita de sus respectivas funciones", órbita dentro de la cual se movió el gerente Zapata, según el literal j) del artículo 58 y el literal k) del artículo 68, al celebrar sendos contratos de administración de buses por cuantía holgadamente inferior a la de su facultad estatutaria para efectuar operaciones".

"Sobra destacar —arguye el censor luego— la apreciación más que errónea, arbitraria, que el *ad quem* hace de los documentos indicados. Porque, una de dos: o se supone que los referidos documentos son auténticos, y, admitidos como tales, se les hace producir su plena significación jurídica de constituir medios ciertos y evidentes indicativos de una realidad, o, de otra parte, se admite la peregrina e infundada tesis del juzgador, consistente en aseverar que en tales piezas se refleja un acto de simulación del gerente. Este último extremo de la disyunción, que puede ser producto de la fantasía, pues todos los hechos la repudian, ha sido presumido por el juzgador que da al traste una vez más, con la lógica de sus conclusiones...".

Para finalizar su ataque asevera el recurrente que la sentencia del Tribunal tuvo como fundamento la errónea apreciación del recibo expedido por la cooperativa, "en el cual no existe ninguna suerte de simulación ni del gerente Zapata ni de nadie, pues enrostrarle falsedad e impostura es una temeridad que no se compadece con el contexto fáctico, ni con las determinaciones administrativas que vincularon los vehículos de Pajón a la gestión transportadora de Coometropol...".

IV

Consideraciones de la Corte.

1. En resumen, lo alegado por el censor y lo sostenido por la sentencia recurrida es lo siguiente:

El primero afirma que fueron dos los contratos celebrados y que por ello se extendieron dos escritos separados y no uno solo, cada uno de los cuales, no obstante que coinciden en líneas generales, tiene su individualidad propia por referirse a vehículos distintos.

El Tribunal, por su parte, tomando como punto de partida que por derechos de cada vehículo debía pagarse la suma de $ 300.00 mensuales y que como eran dos los camiones afiliados, el precio total del contrato de administración, durante un año, fue de $ 7.200.00, cantidad que excedía la de $ 5.000.00 que, según el literal k) del artículo 68 de los estatutos, era el límite máximo que tenía el gerente para contratar sin la previa venia del Consejo de Administración. Con apoyo en este razonamiento, el Tribunal concluye que el acuerdo celebrado por el gerente Zapata con el demandante no comprometió a la cooperativa, pues se realizó por fuera de la órbita de los poderes que tenía.

A su turno replica el recurrente que la cooperativa sí quedó comprometida con la actuación de su gerente, por cuanto éste celebró con Pajón dos contratos distintos, aunque similares, cada uno de los cuales estaba dentro de los límites cuantitativos que estatutariamente se le fijaron para contratar en nombre de la entidad y sin necesidad de ser autorizado por el Consejo. Agrega que en tal virtud, el Tribunal desfiguró y exageró la objetividad de esos documentos, al pretender que el precio total del contrato único fue de $ 7.200.00, siendo así que su texto indica claramente que solo fue de $ 300.00 en cada uno.

Expresa el sentenciador, finalmente, que según la interpretación que hace del artículo 41 del Decreto 1393 de 1970 (Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor), el contrato de afiliación estaba suspensivamente condicionado a que el dueño de los buses fuese previamente admitido como socio de la cooperativa, y que como no lo fue, cual lo pregonan varias declaraciones testimoniales y lo demuestra el hecho de que el demandante no hubiese aducido la prueba idónea respectiva, que no era otra que la copia de la resolución del Consejo de Administración en que se le hubiese admitido como socio.

Por su parte, el recurrente insiste en que el texto mismo de los mencionados documentos suscritos por el demandante y el gerente de Coometropol, revela la incondicionalidad de los contratos que en ellos se consignaron, y que el Tribunal erró de hecho al ignorar lo que allí mismo se expresa, o sea, que, al celebrarlos, Pajón actuaba "en su calidad de socio en pleno uso de sus derechos como tal".

2. La capacidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en que consiste la personalidad jurídica, es atributo que conviene tanto a los individuos de la especie humana, que son las personas naturales, como a las personas jurídicas denominadas también morales o colectivas.

El modo de comportarse de estas dos clases de personas dentro del mundo del derecho, empero, no es idéntico, pues en tanto que el hombre, la persona física, puede actuar por sí misma, sin el ministerio de otra que la dirija o que lleve su vocería, las personas morales, por su misma naturaleza, ya que son entes colectivos distintos a las personas naturales que las integran, no pueden realizar por sí mismas los actos jurídicos típicos de la vida del derecho; sus decisiones se toman a través de órganos suyos creados con tal fin y su voluntad jurídica se realiza o concreta por intermedio de las personas naturales en quienes se ha radicado su representación, a través de las cuales obra.

El representante de la persona jurídica, para que pueda obligarla debe actuar sin rebasar el nivel de sus facultades, debe moverse dentro del preciso marco de las potestades que se le hayan conferido, pues si al obrar en nombre de la persona moral que dice representar, desborda los límites de sus atribuciones, entonces ninguna obligación contrae el ente colectivo en este terreno, por la potísima razón de que el representante suyo sólo lo obliga en cuanto actúa dentro del marco de las funciones que se le han otorgado y no cuando obra por fuera de éstas.

De la misma manera, las potestades que se han discernido a un órgano de la persona moral, sólo pueden ser ejercidas por ésta y no por otro, a menos que aquél, con facultad para ello, las haya delegado.

Y como las personas morales no están sujetas todas a un mismo patrón legal o convencional, y como generalmente unas difieren de otras en su estructura, para conocer cuál es el preciso campo de su actividad, a qué clase pertenecen, cuáles son sus órganos, qué funciones específicas desempeña cada uno, quién tiene su representación judicial y extrajudicial y hasta dónde se extiende el derecho de representación, indispensable es conocer sus estatutos, es decir, las reglas de su constitución, pues es allí donde aparece la estructura suya y el modo adoptado para actuar

en el campo de la vida civil, en la esfera de los actos jurídicos que es el medio propio de su actuar.

3. La Corte (G. J. LXXVII, *página 845), ha dicho: "La capacidad de obrar de la persona jurídica resulta, en primer término, del fin que persigue (teoría de la especialidad); en segundo término, de los estatutos en los cuales se prevén los medios de realizarlo. Esa capacidad la desempeñan sus órganos, según teoría aceptada por la Corte para explicar el funcionamiento de los entes morales, especialmente los de derecho privado. Los artículos 633 y 639 del C. C. y 27 de la Ley 57 de 1887 consagran la capacidad de derecho de la persona jurídica. Es, pues, apenas lógico que si sobre la capacidad de derecho se mide y demarca la capacidad de obrar, y de ésta se encarga a los órganos,* éstos deben moverse dentro de esa capacidad, *es decir,* sin sobrepasar los poderes conferidos para ejercerla. Por fuera de ellos, los órganos obran como si no pertenecieran a la persona jurídica, y en tales circunstancias los actos no le son oponibles. *Es lo que reza el artículo 640 respecto de las corporaciones y fundaciones"* (subrayas fuera del original).

4. Para determinar, entonces, si el Tribunal incurrió en los errores que el censor le endilga, menester es precisar algunas normas de los estatutos de la sociedad "Cooperativa Metropolitana de Transportadores del Valle de Aburrá, Limitada" (COOMETROPOL).

En el artículo 2º dispónese que son sus socios los fundadores y los que posteriormente adquieran tal calidad con el lleno de los requisitos que las reglas exigen. En el 6º se expresa que el fin de la cooperativa es "prestar a sus socios" los servicios que se adscriben a las secciones de transporte, consumo industrial y personal, reparaciones y talleres, crédito y ahorro, previsión y servicios especiales.

Como aparece detallado en el extenso capítulo II, la cooperativa existe para prestar únicamente a sus socios los servicios antes enumerados, de tal manera que de todas las actividades que puede desarrollar en favor de sus asociados, la única que puede prestar también a terceros es la de "recibir depósitos en dinero".

En su artículo 18 se establece que obligan a la cooperativa las operaciones que, "dentro de la órbita de sus respectivas atribuciones", ejecuten el Consejo de Administración o el gerente. En el 24 da a este Consejo la facultad de estudiar y resolver las solicitudes de admisión, "concediendo la calidad de socio por medio de resolución especial, la cual será registrada en el acta de la sesión correspondiente y que se comunicará al nuevo socio". En el texto 27 se precisa que, para ser socio, fuera del lleno de varios requisitos más, necesítase "ser admitido como socio por resolución del Consejo de Administración". Por medio del 56 se prescribe que las decisiones del Consejo deben comunicarse a los socios "bien por notificación personal" o bien fijando las resoluciones en sitios visibles en las oficinas de la cooperativa. En el canon 58, letra l), se puntualiza nuevamente que es atribución del dicho Consejo "decidir sobre ingresos, retiros, suspensión o exclusión de los socios". Y en los artículos 67 y 68 se expresa que el representante legal de la cooperativa lo es el gerente y que entre sus atribuciones están las de "intervenir en las diligencias de admisión y retiro de los socios autenticando los títulos de los certificados de aportación y los demás documentos" y de "celebrar contratos cuyo valor no exceda de cinco mil pesos", pues excediéndolos "requerirá la previa autorización del Consejo de Administración".

5. Del estudio de las reglas de la sociedad cooperativa dimana:

a) Que no siendo el demandante Iván Pajón Londoño uno de los fundadores de la cooperativa demandada, para probar su calidad de socio tenía que haber aportado copia de la resolución respectiva del Consejo de Administración por medio de la cual se le habría admitido, pues el ingreso de nuevos socios era atribución exclusiva del apuntado Consejo y en ningún caso del gerente.

b) Que el contrato de administración total de vehículos, en los términos de los que dice haber celebrado el demandante con Coometropol (folios 1 y 13 del cuaderno primero), sólo podía celebrarlos el gerente con quienes tuvieran la calidad de "socios" de la cooperativa y no con personas que fueran terceros respecto de la misma. Conclusión que se ve reforzada con los mismos términos empleados en los esqueletos impresos donde se lee que el contratante actúa "en su calidad de socio en pleno uso de sus derechos como tal", y que el término de duración será "prorrogable automáticamente mientras el socio goce de todas sus prerrogativas como tal en la cooperativa". Al mismo punto se llega si se tiene de presente que, según las disposiciones del Capítulo II de los estatutos de la cooperativa, ésta sólo podía celebrar el contrato de administración de automotores con los propietarios de éstos que tuvieran la calidad de socios, desde luego que el llamado "servicio de transporte", era exclusivamente para los socios y no para terceros.

c) El hecho de que el gerente, en el texto de los contratos antes mencionados (folios 1 y 13

del cuaderno 1º), haya tenido al demandante Iván Pajón Londoño como socio de la cooperativa, no prueba la calidad de tal en el propietario de los vehículos objeto de la administración, pues, de un lado, la admisión debía probarse con la copia de la correspondiente resolución del Consejo de Administración y, de otro, porque está plenamente probado que al demandante no se le admitió como socio;

d) La actuación del gerente Zapata en cuanto contrató la administración de buses con quien no tenía a la sazón la calidad de socio, constituye una clara extralimitación de sus funciones.

6. Como lógica conclusión de lo anterior, impónese la de que el Tribunal no cometió error evidente de hecho cuando en su fallo sostuvo que el demandante nunca tuvo la calidad de socio de la cooperativa demandada; que el gerente de ésta rebasó el límite de las facultades que tenía al contratar con Pajón como si éste fuese socio; que el Consejo de Administración no delegó en ningún otro órgano de la sociedad cooperativa, y menos en el gerente, su exclusiva facultad de resolver sobre la admisión de nuevos socios, y que la administración de automotores sólo podía ser acordada con los propietarios de éstos que fueran socios de Coometropol.

7. Sobre el error de hecho, en sentencia de 21 de septiembre de 1973, ordinario de Urbano Osorio frente a Suramericana de Seguros, S. A., aún no publicada, dijo la Corte:

"El error de hecho trascendente que sirve para fundar un cargo triunfante en casación, es sólo el que reviste la calidad de palmario o evidente, por ofrecerse al entendimiento en toda su claridad con su simple enunciación, ya que el que no es de este linaje, no tiene virtud para sustentar un ataque dentro del marco de la causal primera.

"No basta, pues, demostrar que el Tribunal haya cometido errores para que deba procederse al aniquilamiento del fallo. Menester es que, como expresamente lo impera el artículo 368 del C. de P. Civil, en el segundo inciso del punto 1, el yerro fáctico 'aparezca de modo manifiesto en el proceso', es decir, que sea ostensible. Y está muy bien que se consagre nítidamente esa precisión, desde luego que el recurso extraordinario no es una tercera instancia que a la Corte le fuera dado revisar, sin limitaciones, todos los temas litigados por las partes y las apreciaciones que hayan hecho los juzgadores de instancia. Como el recurso de casación cimiéntase en la certeza y no en probabilidades, y por cuanto los fallos que a la Corte suban en virtud de ese recurso, llegan amparados con presunción de que el sentenciador de instancia acertó tanto en la apreciación y valoración del material probatorio, como en la aplicación de las normas legales, es claro que la Corte sólo puede variar las conclusiones a que en el campo fáctico haya llegado el fallador, cuando se acredite con evidencia, y así lo haya alegado el impugnante, que la deducción sacada por aquél contradice diáfanamente los hechos demostrados en el proceso. Si una determinada prueba admite dos o más interpretaciones diferentes, que no están reñidas con la lógica, acoger una cualquiera de ellas no entraña la comisión de error manifiesto, desde luego que tal suceso no desacompasa con la verdad procesal. Y aunque en el sentir de la Corte o del censor, la interpretación no acogida por el Tribunal o por el juez, fuese más ajustada a la lógica y consultara mejor los principios hermenéuticos, el simple hecho de que la otra no fue arbitraria ni contraevidente, sería bastante razón para que la Corte no pudiera variarla, porque mientras no aparezca diáfanamente la arbitrariedad o la contraevidencia, los juicios del juzgador de grado son intocables".

8. Por tanto, si las conclusiones reseñadas en el punto 5, son columnas que sustentan por sí solas el fallo recurrido, síguese que carece de trascendencia el error cometido por el Tribunal al no ver que fueron dos los contratos de administración que el gerente celebrara con el demandante, los que por tener individualmente valor inferior a cinco mil pesos ($ 5.000.00), desde el punto de vista de la cuantía, sí podía pactarlos el representante de la cooperativa.

9. Entonces, *si el gerente únicamente podía obligar a la entidad cuya representación tenía, cuando actuaba dentro de la órbita de sus funciones, es evidente que los dos contratos de administración que celebró con Iván Pajón Londoño, teniendo a éste como socio, sin serlo, no obligan a la cooperativa, comoquiera que al ajustarlos aquél excedió los términos de su mandato que sólo le permitía contratar la administración dicha con quienes estuvieran asociados a Coometropol. Tales acuerdos para la cooperativa fueron* res inter alios acta. *Y no siendo ella parte en los mismos, no puede exigírsele su cumplimiento, ni demandársele perjuicios por no haberlos ejecutado.*

10. Finalmente conviene observar que *la justicia ordinaria, contrariamente a lo que se sostiene en la demanda introductoria, carece de competencia para decidir litigios suscitados entre sociedades cooperativas y sus socios; y que si está decidiendo el que propuso Iván Pajón Londoño, es*

precisamente porque él no tuvo la calidad de asociado de la entidad demandada.

Añádese a lo anterior que el recurrente no señaló como infringida ninguna norma de las que atañen a la constitución y funcionamiento de cooperativas, siendo que el Tribunal fundóse en ellas.

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 4 de marzo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Iván Pajón Londoño, frente a Cooperativa Metropolitana de Transportadores del Valle de Aburrá, Limitada, COOMETROPOL.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, con salvamento de voto; *Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Salvamento de voto.

Con el respeto que me merece el criterio de la mayoría de la Sala, me permito exponer a continuación las razones que me llevan a disentir de la decisión proferida en este proceso.

Al efecto estimo conveniente compendiar, en primer término, los puntos en que se observa discrepancia entre las razones que expuso el Tribunal para fundamentar su sentencia y las que invoca el recurrente para atacarla.

1. Se atribuye al Tribunal un error de hecho, evidente a juicio de la censura, en la apreciación de los documentos que como prueba se acompañaron al libelo y que obran a folios 1 y 13 del cuaderno principal. Tales documentos tienen como título el siguiente: *"Contrato de administración total"*; fueron escritos en esqueletos preimpresos en papel de Coometropol; ambos aparecen firmados por Iván Pajón Londoño y por Gabriel Zapata como gerente de la cooperativa, bajo el sello de ésta y por J. M. Ruiz O., como testigo; y llevan una misma fecha, el 8 de agosto de 1972. Difieren únicamente en cuanto al vehículo de que trata la administración que confió Iván a la cooperativa, cuyas respectivas características se indican en detalle. Coinciden también en el término de un año, en el precio de $ 300.00 y en la cláusula penal de $ 500.00 que se pactaron entre las partes.

El sentenciador y el recurrente discrepan en el valor que tales documentos tienen como prueba del vínculo jurídico que ellos revelan. El primero estima que se trata de un contrato único celebrado entre Pajón y la cooperativa, pero doblemente instrumentado, lo cual supone y así lo expresa, que obedeció a requisitos exigidos por el Instituto Nacional de Transporte, "quien debía autorizar la nueva afiliación y señalar la nueva ruta".

El recurrente, a su turno, afirma que fueron dos los contratos de administración total que se celebraron entre las partes y que a ello se debe que se hubiesen suscrito otros tantos documentos; que cada uno de ellos, no obstante que coincidían en líneas generales, tenía su individualidad propia por referirse a vehículos distintos.

2. De esa apreciación antagónica de los mencionados documentos se desprendieron consecuencias de suma importancia para la decisión que ahora se revisa, lo cual indica que son pruebas trascendentes. En efecto, el Tribunal acoge la tesis del fallador de primer grado en el sentido de que el aludido precio de $ 300.00, aunque al respecto nada dicen los contratos, debe entenderse por cada mes de duración, lo cual daría para cada uno de éstos un precio total de $ 3.600.00 durante el término de un año que fue pactado. Sobre esta base, en desacuerdo con el juez, y al considerar que no fueron dos sino una sola la convención acordada entre Coometropol y Pajón, concluye que el precio total de ésta fue de $ 7.200.00, cantidad que excedía al límite de $ 5.000.00 que según el literal k) del artículo 68 de los estatutos, tiene el gerente para contratar sin la previa autorización del Consejo de Administración. Con apoyo en estos razonamientos, el Tribunal estima, pues, que el acuerdo celebrado por el gerente Zapata con el demandante, no comprometió a la entidad.

A su turno, el recurrente opina lo contrario al atribuirle a la sentencia impugnada error de hecho en la apreciación de tales contratos. Considera que la cooperativa sí quedó comprometida con la actuación de su gerente, por cuanto éste celebró con Pajón dos contratos distintos, aunque similares, y que cada uno de ellos estaba dentro de los límites cuantitativos que estatutariamente

podía acordar en nombre de la entidad, sin necesidad de ser autorizado por el Consejo; dice en tal virtud que el Tribunal desfiguró y exageró la objetividad de esos documentos, al pretender que el precio del contrato único fue de $ 7.200.00 siendo así que su texto indica claramente que sólo fue de $ 300.00 en cada uno.

3. Como razón adicional para negar la existencia de vínculo contractual entre las partes, expresa el sentenciador que éste no era puro y simple sino que, según la interpretación que hace del artículo 41 del Decreto 1393 de 1970 (Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor), estaba suspensivamente condicionado a que el dueño de los buses fuese previamente admitido como socio de la cooperativa y que no lo fue, como lo pregonan varias declaraciones testimoniales que obran en los autos y como necesariamente lo demuestra el hecho de que el demandante no hubiese aducido la prueba idónea respectiva, que a su juicio era la copia de la resolución del Consejo de Administración en que se le admitió como socio.

El recurrente, en cambio, insiste en que el texto mismo de los mencionados documentos suscritos por el demandante y el gerente de Coometropol, revela la incondicionalidad de los contratos que en ellos se consignaron, y que el Tribunal erró de hecho al ignorar lo que allí mismo se expresa, o sea, que al celebrarlos Pajón actúa "en su calidad de socio (de la cooperativa), en pleno uso de sus derechos como tal".

4. Esa discrepancia entre el censor y el Tribunal, proveniente de la apreciación de los mencionados documentos en cuanto a su contenido objetivo (ya que su valor de persuasión no se discute), indudablemente conduce, según lo expresa el recurrente, a que el sentenciador dejó de aplicar las normas sustanciales que se indican en la demanda como necesaria consecuencia de los apuntados errores de hecho. El sentenciador estimó, por el contrario, que esos preceptos de normación contractual no eran aplicables en el caso *sub júdice*, por cuanto según su propia apreciación de las pruebas entre las partes no se celebró contrato válido alguno. Más aún, considera que en la hipótesis de haberse celebrado, éste no impuso a la cooperativa las obligaciones puras y simples que el demandante estima incumplidas, puesto que por su parte ésta no quedó comprometida por actuaciones realizadas por su gerente por fuera de sus atribuciones estatutarias y por la otra, que esas eventuales obligaciones estaban en todo caso suspensivamente condicionadas a que el demandante fuese admitido como socio y no lo fue.

Se acusa, pues, al sentenciador de haber errado en forma ostensible al apreciar el contenido objetivo de pruebas trascendentes y decisivas que legalmente aducidas obran en el proceso, a consecuencia de lo cual no hizo actuar las normas sustanciales que eran aplicables.

Igual cosa ocurre a causa de la preterición o la mala apreciación por parte del Tribunal de las otras pruebas que le atribuye el recurrente, a las cuales se referirá la Corte, en cada caso, al despachar el cargo formulado.

5. "La capacidad de obrar de la persona jurídica —ha dicho la Corte— resulta, en primer término, del fin que persigue (teoría de la especialidad); en segundo término, de los estatutos en los cuales se prevén los medios de realizarlo. Esa capacidad la desempeñan sus órganos, según teoría aceptada por la Corte para explicar el funcionamiento de los entes morales, especialmente los de derecho privado. Los artículos 633 y 639 del C. C. y 27 de la Ley 57 de 1887 consagran la capacidad de derecho de la persona jurídica. Es, pues, apenas lógico que si sobre la capacidad de derecho se mide y demarca la capacidad de obrar y de ésta se encarga a los órganos, éstos deben moverse dentro de esa capacidad, es decir, sin sobrepasar los poderes conferidos para ejercerla. Por fuera de ellos, los órganos obran como si no pertenecieran a la persona jurídica y en tales circunstancias los actos no le son oponibles. Es lo que reza el artículo 640 respecto de las corporaciones y fundaciones.

"...de consiguiente, los representantes y con mayor razón los órganos de la persona moral, encargados de ejercer la capacidad de obrar de la misma, que es una noción de carácter universal, pueden hacer cuanto no les esté vedado en los estatutos, siempre que no se contravenga el objeto social, sin que sea indispensable, por tanto, que todo esté contenido explícitamente en sus atribuciones. De donde se sigue que la amplitud de los poderes del representante es la regla, al paso que la limitación es la excepción y, por tanto, donde la limitación no figura expresamente, debe aplicarse la regla". (Casación civil, 24 de junio de 1954, LXXVII, página 845).

6. En el caso concreto de la cooperativa demandada, existen normas estatutarias, todas ellas aprobadas oficialmente por resoluciones de la Superintendencia de Cooperativas, que conviene poner de relieve para efectos del cargo en estudio, máxime si el recurrente atribuye al Tribunal un nuevo error de hecho por este aspecto, en el sentido de no haberlas apreciado o haberlo hecho en forma equivocada. En efecto:

"Artículo 18. La cooperativa se hace acreedora o deudora ante terceros y ante sus socios por las operaciones que activa o pasivamente efectúen el Consejo de Administración, el gerente o mandatarios, dentro de la órbita de sus respectivas atribuciones.

"Artículo 58. Son atribuciones del Consejo de Administración:

"...autorizar en cada caso al gerente para celebrar operaciones cuya cuantía exceda de cinco mil pesos ($ 5.000.00).

"...Parágrafo 2º Las decisiones y actos del Consejo serán motivados, de suerte que se expresa la necesidad o conveniencia de la medida y se invoquen las normas legales o estatutarias en que se apoye. La parte resolutiva contendrá las normas que se dicten y la manera como deben cumplirse, en artículos numerados, claros y precisos.

"Artículo 59. El Consejo podrá delegar algunas de sus funciones en uno o varios de sus miembros, en el gerente o en otros socios; pero para ello se requerirá el voto de la totalidad de los miembros presentes".

A lo dispuesto en las normas anteriores cabe agregar: que según el artículo 67 el gerente es el representante legal de la cooperativa; que dentro de sus atribuciones están las de "intervenir en las diligencias de admisión de los socios" y "celebrar contratos cuyo valor no exceda de cinco mil pesos ($ 5.000.00). En el caso de sobrepasar la suma expresada, requerirá la previa autorización del Consejo de Administración" (literales e) y k) del artículo 68); que dentro de las actividades relacionadas con el transporte, en cuanto a su objeto se refiere, *no se expresa que los servicios respectivos sólo puedan prestarse a los socios,* al contrario de lo que ocurre con los demás servicios, tales como compras y ventas, reparaciones y talleres, crédito y ahorro, previsión y servicios especiales. En todos éstos, según el artículo 6º de los estatutos, ellos solamente pueden ser suministrados o prestados a los socios; en cambio para el de transporte no hay restricción semejante y, por consiguiente, de tales servicios pueden disfrutar personas ajenas a Coometropol.

7. Los dos llamados "contratos de administración" de los buses de Pajón que celebraron éste y el gerente de la cooperativa, como atrás se expuso, tuvieron como plazo un año a partir del 8 de marzo de 1972 (cláusula 2ª), y como precio la cantidad de $ 300.00 (cláusula 5ª), cada uno. Por consiguiente, según lo visto anteriormente, podían ser celebrados por dicho gerente, sin que fuese necesaria la previa autorización del Consejo de Administración y sin que Pajón fuese necesariamente socio de la cooperativa. Los documentos en que tales contratos se hicieron constar fueron allegados oportuna y legalmente como pruebas a este proceso y se convirtieron en auténticos, no sólo por haber sido reconocidos por el gerente Zapata en el interrogatorio de parte a que fue sometido, sino también por haber obrado con conocimiento de la cooperativa demandada, sin que el representante de ésta los hubiese tachado de falsos (artículo 252, numeral 3, C. de P. C.). Son, pues, plena prueba de la celebración de aquellos contratos.

A falta de estipulación expresa en contrario, que no aparece en tales escritos, el precio pactado debe entenderse que corresponde al término de duración que fijaron las partes al celebrar esos contratos, o sea de $ 3.600.00 para cada uno, a razón de $ 300.00 mensuales. En tal virtud, la cuantía de éstos, no excedía del límite estatutariamente señalado para que el gerente de la cooperativa la comprometiese jurídicamente por sí solo, sin requerir el previo permiso del Consejo de Administración. El gerente Zapata obró en ese caso dentro de la órbita de sus atribuciones como representante legal de Coometropol y, por tanto, fue ésta la que quedó comprometida al cumplimiento de las obligaciones que su representante legal asumió mediante dichos convenios.

El Tribunal, al apreciar los documentos en que se consignaron los referidos contratos, consideró equivocadamente que la cuantía de éstos era en conjunto de $ 7.200.00, cuando es lo cierto, como aparece de la simple lectura de tales documentos, que en cada uno se hizo constar la celebración de un contrato de administración de un vehículo diferente, a razón de $ 300.00 mensuales durante doce meses, lo cual, como ya se dijo, arroja un total de $ 3.600.00 para cada contrato. Erró, igualmente, al haber supuesto que en ellos se habían sujetado las obligaciones de la cooperativa a la condición suspensiva de que Pajón fuese admitido como socio de ésta, sin que esa estipulación aparezca en el texto de los contratos, y sin que en el proceso obre prueba alguna de que las partes acordaron esa estipulación.

Esos errores de hecho son ostensibles y, además, fueron trascendentes para la decisión impugnada, pues debido a ellos el Tribunal denegó las súplicas de la demanda, porque equivocadamente consideró que entre Pajón y la cooperativa no se había celebrado contrato alguno y que en la hipótesis de que sí lo hubiesen sido, ésta no incumplió sus obligaciones, porque siendo ellas suspensivamente condicionales no se había demostrado en el acaecimiento de la condición.

En los estatutos de la cooperativa —se repite— no hay ninguna norma en virtud de la cual ésta no pueda celebrar contratos de administración de vehículos con terceras personas sino exclusivamente con sus socios, y al haberlo considerado así, sin ser ello cierto, nuevamente erró de hecho el sentenciador. Ignoró también que Pajón cumplió con sus respectivas obligaciones contractuales, al haber pagado tanto la cuota de admisión que le fue cobrada como la de capital que le correspondía por cada uno de los vehículos. Así lo demuestra el recibo que se acompañó al libelo, sin que sobre advertir que la entidad demandada no ha insinuado siquiera incumplimiento por parte de Pajón en el pago de tales cuotas o de las obligaciones contractuales a su cargo.

8. En los autos obran elementos de juicio que demuestran que el demandante no fue admitido como socio de Coometropol, no obstante que presentó la solicitud respectiva y aunque en el formulario impreso en que se consignaron los contratos aparece serlo "en pleno uso de sus derechos como tal". En efecto, según los estatutos de la cooperativa, toda solicitud de admisión de un nuevo socio debe ser estudiada y aprobada por el Consejo de Administración, mediante resolución especial que requiere motivación, registrada en el acta de la sesión correspondiente y comunicada al nuevo socio (artículos 24, 27, literal h), 58 literal l) y parágrafo 2º), y en las actas números 80 a 83 de las tres reuniones que tuvo dicho Consejo antes de la fecha de los mencionados contratos no aparece que se hubiese considerado, ni menos aún admitido su solicitud de ingreso. Debe descartarse la posibilidad de que hubiese sido aceptadc anteriormente (no hay copias de actas anteriores a la número 80), porque el Consejo de Administración sólo hasta el 10 de junio del mismo año, según resolución motivada e inserta en el acta número 86, vino a "declarar que el señor Iván Pajón, no ha llenado los requisitos exigidos para la aceptación como socio de la cooperativa y por consiguiente, no tiene los derechos que son propios y exclusivos de los socios".

En estas condiciones, forzoso es partir de la base que acepta la sentencia de que Pajón Londoño no era socio de Coometropol, cuando celebró con el gerente de ésta los mencionados contratos de administración, no obstante que en el texto impreso de éstos se afirme lo contrario. Esa expresión impresa en manera alguna podía reemplazar las exigencias estatutarias para ostentar la calidad de socio de la cooperativa.

Y si el demandante no era socio de la cooperativa cuando contrató con ésta, mal podría aplicarse lo que dispone el citado artículo 14 del D. L. 1598, por lo cual, en el negocio *sub júdice* no está derogada la jurisdicción ordinaria para conocer de las controversias suscitadas con motivo de tales contratos.

9. El demandante pretende que Coometropol sea condenada al cumplimiento de los contratos de administración total de dos vehículos de su propiedad, que fueron celebrados y consignados por escrito en sendos documentos otorgados en Medellín el 8 de marzo de 1972, y al pago de los perjuicios correspondientes que ha sufrido a consecuencia de no haber satisfecho la entidad demandada las prestaciones que por razón de ellos eran de su cargo.

10. La existencia y la representación legales de la cooperativa demandada se acreditaron con el certificado de la Superintendencia Nacional de Cooperativas que se acompañó al libelo (artículo 3º, inciso 5º, D. 1673 de 1971).

11. Anteriormente se expuso (punto número 7), que de autos está plenamente demostrada la celebración de los referidos contratos. El demandante afirma también el incumplimiento de éstos por parte de la cooperativa, la cual no sólo lo admitió sino que ha escudado su actitud en dos aseveraciones que estimo desvirtuadas: que el gerente obró por encima de los límites que los estatutos le señalan para actuar en nombre de su representada y, por tanto, para comprometerla jurídicamente, y que, por otra parte, aceptando, en gracia de discusión, que ello no hubiera sido así y que de consiguiente los referidos contratos sí se celebraron válidamente, las obligaciones a cargo de la entidad estaban sujetas a la condición suspensiva de que Pajón adquiriese el carácter de socio, lo cual no solamente no ha sido demostrado sino que en la realidad no ocurrió.

En cuanto a esos dos argumentos defensivos de la demanda, ya se expuso también que los hechos sobre los cuales se apoyan no corresponden a la realidad.

En efecto, en el texto de los referidos documentos, autorizados con la firma y el sello del gerente, aparece que el precio anual de cada contrato es apenas de $ 3.600.00, o sea que estaba comprendido dentro de las atribuciones que los estatutos de la cooperativa confiere al gerente de ésta para contratar sin la previa autorización del Consejo de Administración. Por otra parte, en el texto de tales escritos no está estipulada la condición que pretende la parte demandada, es decir, que Pajón tuviese que ostentar la calidad de socio de Coometropol para poderla confiar a ésta la "administración total" de sus vehículos.

El D. E. 1393 de 1970 tampoco exige que para la celebración de esa clase de contrato, el dueño del automotor debe ser socio de la empresa o Cooperativa de Transporte, pues en su artículo 41 se limita a estatuir que tales empresas deberán dar participación en la propiedad de las mismas "a los dueños de los vehículos vinculados" a ellas, pero no ordena en modo alguno que tal participación debe ser previa ni señala plazo para que se conceda.

12. Un contrato debidamente celebrado, solamente puede invalidarse por acuerdo mutuo de los contratantes o por decisión judicial (artículo 1602 C. C.), pero en ningún caso por la voluntad de una sola de las partes. La resolución del Consejo de no admitir el ingreso de Pajón a Coometropol, no tuvo ni podía tener eficacia jurídica alguna para desconocer el valor legal o para destruir los efectos de los contratos celebrados por la cooperativa demandada, a través de su representante legal, habiendo actuado éste dentro de la órbita de sus atribuciones legales y estatutarias, se repite, como que la cuantía de cada uno de ellos no era mayor de cinco mil pesos.

Vale la pena reiterar lo que se dijo anteriormente, respecto del servicio de transporte. Al contrario de lo que ocurre con los demás servicios que presta Coometropol, que según los estatutos deben serlo exclusiva y precisamente a los socios de la misma, el de transporte no tiene esa restricción. De esta suerte, a Pajón le bastaba, como dueño de esos dos buses, fuese o no socio de la cooperativa, confiarle a ésta la administración total de los mismos si su representante legal aceptaba ese encargo, como en efecto ocurrió.

13. El incumplimiento de Coometropol de las obligaciones que le imponían los contratos tantas veces citados, en cuya ejecución, ciertamente, no obró de buena fe como se lo imponía el artículo 1603 del C. C., da derecho a Pajón a solicitar que aquélla le indemnice los perjuicios que sufrió (artículo 1610, ibídem), cuya fijación fijé diferida al procedimiento del artículo 308 del C. de P. C., sin exceder de lo pedido en la demanda, como lo dispuso el fallador de primer grado, quien fijó al efecto las bases sobre las cuales debía hacerse la liquidación respectiva: lucro cesante, pago de garaje y subsidio de transporte. A falta de pruebas concretas sobre su monto, a mi juicio hizo bien el juez de primer grado al proferir la condena en abstracto. La Corte ha dicho que la "indemnización por violación de un contrato, según el artículo 1610, ordinal 3º del C. C., se debe por el hecho mismo del incumplimiento. Si éste se comprueba, existe daño y es procedente la acción indemnizatoria" (LVI, página 497).

Todo lo anteriormente expuesto me lleva a pensar, muy respetuosamente, que la sentencia impugnada ha debido casarse para en su reemplazo confirmar la de primera instancia, lo cual habría consultado mejor los dictados de la justicia. Deploro, pues, no compartir la muy autorizada opinión de mis ilustres compañeros de Sala y en los anteriores términos dejo consignado mi salvamento de voto.

José María Esguerra Samper.

Bogotá, 12 de junio de 1975.

DONACION

Definición; requisitos para su validez.—Insinuación; requisito previo a la donación. — Su pretermisión no constituye mala fe.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., junio diez y seis de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a decidir el recurso de casación interpuesto por el Banco de Bogotá contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 8 de marzo de 1974, en este proceso ordinario promovido por Ernesto Torres contra Nory Torres de Quiroz y el mencionado Banco.

I

El litigio.

1. Originóse el proceso con demanda en que se pidieron las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Es absolutamente nula, en cuanto exceda del valor de dos mil pesos, la donación de que da fe la escritura número 1393, otorgada en la Notaría Primera de Palmira el 12 de julio de 1969, mediante la cual Ernesto Torres transfirió a título gratuito a favor de Nory Torres de Quiroz, sin el requisito de la insinuación, un inmueble cuya ubicación y cuyos linderos se indican en la demanda, y consiguientemente son nulos dicha escritura y su registro.

"*Segunda.* Carece de eficacia legal contra Ernesto Torres el gravamen hipotecario constituido sobre dicho inmueble por Nory Torres de Quiroz a favor del Banco de Bogotá por la escritura número 2738, pasada en la misma Notaría el 29 de diciembre de 1959, y ordénase la cancelación de ese instrumento y su registro.

"*Tercera.* Como secuela de las declaraciones anteriores, vuelve a Ernesto Torres el dominio exclusivo del inmueble, libre de gravamen hipotecario.

"*Cuarta.* Ofíciese a los correspondientes Notario y Registrador para que cancelen las escrituras de donación e hipoteca y las inscripciones respectivas".

2. Los hechos fundamentales de estas súplicas son los que a continuación se resumen:

a) Mediante la escritura número 1393, antes citada, Ernesto Torres hizo donación entre vivos a favor de Nory Torres de Quiroz de un inmueble de propiedad del donante, que los contratantes estimaron valía $ 200.000.00;

b) La donación no fue insinuada;

c) Posteriormente, la donataria hipotecó a favor del Banco de Bogotá el inmueble que le había sido donado, a pesar del vicio que afectaba el título de adquisición.

3. Nory Torres de Quiroz contestó la demanda aceptando todos los hechos y las pretensiones del actor. El Banco de Bogotá, le dio respuesta manifestando oponerse a todas las súplicas y negando algunos de los hechos.

El Juez Tercero Civil del Circuito de Palmira, a quien correspondió conocer del proceso en la primera instancia, dictó fallo favorable, el que, al ser desatada la apelación interpuesta por el Banco de Bogotá, fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio del suyo de 8 de marzo de 1974, en el que dispuso:

Primero. Que la donación es válida hasta la suma de dos mil pesos "en relación con el valor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) que se asignó al inmueble", pero nula en el exceso, por falta de insinuación.

Segundo. Que, en consecuencia, Nory Torres de Quiroz restituirá a Ernesto Torres un derecho proindiviso en el inmueble equivalente a ciento

noventa y ocho mil pesos ($ 198.000.00), "en relación con el valor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) que se asignó a dicho inmueble".

Tercero. Que, por lo tanto, el gravamen hipotecario constituido por Nory Torres de Quiroz a favor del Banco de Bogotá, "subsiste respecto del derecho proindiviso que la dicha señora conserva en dicho inmueble y queda extinguido con relación al derecho proindiviso del demandante Ernesto Torres en el mismo inmueble, por lo cual se ordena la cancelación de la inscripción del gravamen hipotecario sólo en cuanto se refiere a este derecho proindiviso del señor Ernesto Torres".

Cuarto. Que estas decisiones deben comunicarse al Notario Primero de Palmira, a efecto de que se anoten al margen de la matriz de las escrituras de donación e hipoteca, y

Quinto. Que la sentencia debe inscribirse en los correspondientes libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Palmira.

II

Motivación del fallo impugnado.

El caso debatido, expresa el juzgador de segundo grado, se rige por la disposición del artículo 1458 del Código Civil, conforme al cual la donación entre vivos sólo tiene efecto hasta el valor de dos mil pesos, y es nula en el exceso cuando no se ha insinuado. De donde se concluye que tal contrato es solemne, comoquiera que en su celebración está sujeto a la observancia de una formalidad especial —la insinuación—, sin la cual no produce ningún efecto civil en cuanto sobrepase el dicho valor.

Dicha formalidad especial, observa, está prescrita por la ley en consideración a la naturaleza misma del contrato y no en atención a la calidad o estado de las partes que lo celebren. Consiguientemente, su omisión determina *nulidad absoluta.*

La autorización del juez, agrega, es requisito que ya debe existir *al momento de la formación del contrato,* puesto que sin ella el contrato no puede celebrarse válidamente. La donación es por lo tanto nula si se celebra sin haberse insinuado previamente, aunque después se insinúe.

Al proceso se trajo copia de la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1969, mediante la cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira, a solicitud de Nory Torres de Quiroz, autorizó a Ernesto Torres para donar a ésta el inmueble que ya había manifestado donarlo por la escritura número 1393 del 12 de julio anterior.

El cumplimiento tardío de la formalidad de la insinuación no determina que el contrato quede válidamente celebrado en relación con lo que exceda del valor de dos mil pesos, puesto que esta formalidad legal debe cumplirse *antes* de que las partes contraten; primero es la autorización para contratar y luego la celebración del acto. Si las dos cosas se realizan en orden inverso, el contrato queda viciado de nulidad absoluta.

Finalmente examina el sentenciador si la autorización judicial extemporánea tuvo o no la virtud de sanear el vicio con que nació la donación.

El punto, advierte, debe decidirse a la luz del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, con arreglo al cual si la nulidad absoluta no ha sido generada por objeto o causa ilícitos, "puede sanearse por la ratificación de las partes...".

Según el artículo 1752 del C. Civil, la ratificación necesaria para sanear la nulidad puede ser expresa o tácita. En el caso del proceso no aparece que hubiera habido ratificación expresa de la donación, puesto que no se probó que las partes otorgaran nueva escritura pública "confirmando el contrato de donación" luego que ésta fue judicialmente autorizada (artículo 1753, ibídem).

Si se supone que la donación hubiera podido ratificarse con solo el cumplimiento tardío de la formalidad de la insinuación, habría sido indispensable que *ambos contratantes* le hubieran pedido la licencia al juez. Si ésta es otorgada antes de celebrarse el contrato, es suficiente que uno solo de los contratantes la haya pedido, como lo permite el artículo 1458, para la ulterior celebración del acto implica que ambos contratantes lo consientan. Pero si el juez da la licencia, después de celebrado el contrato, éste no queda ratificado, ni su nulidad absoluta queda saneada, sino en el caso de que donante y donatario hayan solicitado de consuno la autorización judicial (artículo 2º de la Ley 50 de 1936). La parte contratante que no haya intervenido en la solicitud de la licencia, tiene derecho de pedir la declaración de nulidad, puesto que no ha ratificado el contrato, como sucedió en este proceso.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

En ella tres cargos formuló la parte recurrente, todos por la primera causal.

La Corte, en auto de 28 de agosto pasado, cuando decidió que la censura admitía estudio de fondo, encontró que de los cargos sólo satisfacían los requisitos de forma los dos últimos, por lo cual declaró desierto el recurso respecto del primero. Para declarar la deserción fundóse en que se denunció violación del artículo 1458 del C. Civil simultáneamente por interpretación errónea y aplicación indebida, formas de quebranto que no pueden coexistir respecto de una misma norma y en un mismo cargo. Por tanto, la Corte procederá a dictar sentencia sobre la base de las dos últimas censuras, relativamente a las cuales se dijo que la demanda de casación admitía estudio de fondo.

Segundo cargo. En él se acusa la sentencia por indebida aplicación del artículo 1458 del Código Civil y falta de aplicación de los artículos 1443, 1444, 1445, 1446 y 1457 de la misma obra.

Se apoya este cargo en que ninguno de los citados artículos exige que la insinuación deba preceder a la escritura de donación y tenga que hacer parte de la misma y, sin embargo, el Tribunal pretende que así debe hacerse, so pena de nulidad. La sola circunstancia de que la insinuación pueda ser pedida "por el donante o donatario", según las voces del artículo 1458, permite concluir, a juicio del recurrente, que el requisito exigido por el Tribunal no está impuesto por la ley, puesto que donante y donatario son las personas que ya celebraron el contrato de donación.

Tercer cargo. Denúnciase aquí la aplicación indebida de los artículos 1458 y 1741 del Código Civil, como también del 2º de la Ley 50 de 1936, como consecuencia de "error de hecho evidente al violar los artículos 174, 167, inciso 3º del artículo 251; 254, 304, 305 y 331 del Código de Procedimiento Civil".

La acusación radica en que, en opinión del recurrente, el Tribunal le negó a la sentencia que tardíamente autorizó la donación "el valor probatorio" que le confieren los citados artículos del Código de Procedimiento Civil, "porque no vio en la prueba presentada el valor decisorio que la mencionada sentencia tiene dentro del proceso por cumplirse con la misma un requisito legal exigido para la validez de un acto jurídico". Y, como secuela de tal error, aplicó indebidamente los textos sustanciales concernientes a la nulidad de los contratos.

La Corte considera.

1. Con imprecisiones notorias, el Código Civil, en su artículo 1443, define la donación entre vivos como acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta. Y aunque el legislador la denomina acto, la donación irrevocable es verdaderamente un contrato, que será solemne, entre otros casos, cuando el bien tenga valor superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) o consista en cosa inmueble, y que puede ser contrato simplemente consensual en otros eventos.

Y se dice que la donación entre vivos es contrato, porque exige el concurso de las voluntades de donante y donatario pues sin la aceptación de éste la sola voluntad liberal del primero constituye únicamente una oferta y no convenio de gratuidad. Además, como en el sistema colombiano los contratos no son modo de adquirir el dominio de las cosas, sino simple título para el mismo efecto, es claro que por el mero contrato de donación no transfiere el donante la propiedad de lo que regala, por lo cual para que el donatario adquiera el dominio del bien es menester que se cumpla con el modo respectivo, que, en tratándose de donación irrevocable, es la tradición.

Corriendo, pues, la definición que trae el Código, Miguel Moreno Jaramillo, con precisión idiomática y jurídica, ha dicho que la donación entre vivos, llamada también irrevocable, es un contrato en que una de las partes se obliga a dar gratuitamente una cosa a la otra parte, sin que ésta se obligue a ninguna contraprestación.

2. Conviene advertir que cuando el contrato de donación es solemne, las formalidades especiales que deben ser satisfechas no son siempre las mismas. Así, tratándose de dádiva que consiste en inmueble, la solemnidad propia, en virtud de la naturaleza del bien, será la escritura pública, y si lo que se dona vale más de dos mil pesos, son bien raíz o mueble, menester será cumplir solemnidad consistente en la obtención de autorización judicial; faltando ésta, el contrato, en todo caso, será nulo en cuanto exceda de dos mil pesos y a pesar de que se haya celebrado por medio de escritura pública (artículos 1457 y 1458 del C. Civil).

Si la donación irrevocable de inmueble que tiene valor superior a la cifra antes dicha es, pues, contrato solemne siempre, no sólo por tener como objeto un bien raíz, lo que exige otorgamiento de escritura pública, sino por razón de la cuantía, pues la donación de objeto que valga más de dos mil pesos requiere permiso judicial para hacerla, síguese que el incumplimiento de cualquiera de las solemnidades apuntadas genera la nulidad del contrato.

3. ¿Podrá otorgarse la escritura pública de donación, cuando ella es menester, sin que al do-

nante se haya concedido previamente la venia por el juez competente para realizar el acto de gratuidad? ¿Es decir, donante o donatorio, uno u otro, pueden pedir el permiso judicial para que el primero done, con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública en que se recoge el convenio de donación, no insinuada hasta entonces?

Guiados por el entendimiento de que insinuación, como lo enseña Escricho en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, es la manifestación o presentación de un instrumento público ante juez competente para que éste interponga en él su autoridad y decreto judicial de aprobación, algunos han sostenido que como en el primer inciso del artículo 1458 del C. Civil se prescribe que la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos y será nula en el exceso, la insinuación puede obtenerse con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública de donación de inmueble. La tesis expuesta se estriba en equiparar insinuación con aprobación; se funda en que sólo lo ya hecho puede ser aprobado.

Olvidan, sin embargo, quienes así razonan, que, en principio, las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, pero que cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, debe dárseles, entonces, su significado legal y no otro (artículo 28 ibídem).

Pues bien, en tratándose de donación entre vivos, el inciso segundo del apuntado artículo 1458 dice que por insinuación debe entenderse la autorización de juez competente solicitada por donante o donatario. Y autorización, en su principal significación, quiere decir, tanto como licencia o venia que se concede para que quien la pide pueda obrar. Es, pues, un permiso previo a la actuación, y no aprobación o confirmación de lo ya hecho. Agréyase que el legislador en el canon citado usa las palabras donante y donatario para referirse a quienes van a concertar un contrato de donación y no a quienes ya lo celebraron.

Para la validez de la donación entre vivos de objeto que tenga valor superior a dos mil pesos, exige el artículo 1458 que el donante obtenga la venia judicial como solemnidad, y si ésta falta, la declara nula, de la misma manera que en el 1740 del mismo Código declárase nulo todo acto o contrato (no ya exclusivamente la donación irrevocable) a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

"¿En qué momento debe reunir el contrato los requisitos a que se refiere el texto legal transcrito? Indudablemente en el momento de formarse o celebrarse. Así, el contrato es nulo o rescindible cuando se celebra directamente por un incapaz absoluto o relativo, aunque luego de haberse celebrado desaparezca la incapacidad. Así, está herido de nulidad absoluta si en el momento en que se forma la causa es ilícita, o cualquiera de las obligaciones que está destinado a generar tiene objeto ilícito, no obstante que posteriormente aquélla o éste lleguen a ser lícitos, como ocurriría en el caso de que la causa deje de estar prohibida por la ley o el objeto se haga comerciable. Y así también el contrato queda viciado de nulidad absoluta si al celebrarse se omite requisito o formalidad prescrito por la ley, a pesar de que más tarde ésta se cumpla, tal como sucede en la hipótesis prevista por el artículo 1780 del Código Civil. La validez de los contratos únicamente puede ser apreciada en el momento en que se formen".

De lo anterior conclúyese que la insinuación o licencia judicial para donar, debe preceder al momento en que la donación se ajuste.

4. Que la autorización judicial, en que consiste la insinuación en las donaciones entre vivos, debe obtenerse antes de celebrarse el contrato de gratuidad; que la licencia del juez debe alcanzarse previamente al momento en que el donante se obligue para con el donatario a darle una cosa gratuitamente, es tesis sostenida también, entre otros, por Carrizosa Pardo, quien afirma que las diligencias de insinuación deben preceder al otorgamiento de la escritura en que la donación se formalice y que la insinuación es una solemnidad cuya pretermisión ocasiona nulidad absoluta del contrato de donación. (Sucesiones y Donaciones, quinta edición, páginas 588 y 589).

5. Finalmente, conviene precisar que la Corte ha entendido desde hace años que la insinuación debe obtenerse previamente a la celebración del contrato de donación y que la pretermisión de la venia judicial por sí sola no constituye mala fe que genere para el donante la pérdida de la facultad de demandar la nulidad absoluta de la donación en que no se satisfizo aquella especial formalidad. En sentencia de 15 de marzo de 1965, dijo:

"Sin duda que al prescindir del requisito de la insinuación, las partes que celebraron la donación incurrieron en un olvido del derecho, pero esto por sí solo no arguye mala fe ni priva, por lo tanto, al donante del ejercicio de la acción de nulidad absoluta que se deriva de la inobservancia de ese requisito. El artículo 1742 del C. Civil

despojaba de aquella acción a quien había ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; pero este precepto fue subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que confiere la misma acción a todo el que tiene interés en alegarla, es decir, a quien resulta afectado por el acto inválido'' (G. J., CXI y CXII, páginas 73 y 74).

6. De lo expuesto viene como conclusión que el Tribunal no infringió el artículo 1458 del C. Civil, que lo entendió en su recto sentido y lo aplicó debidamente, y que, por las mismas razones, no infringió por inaplicación los otros preceptos que la censura indica.

Por tanto y sin necesidad de mostrar los defectos de técnica que ostenta la demanda de casación, menester es afirmar que son ineficaces los dos últimos cargos formulados a la sentencia del Tribunal.

A mérito de lo dicho, 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 8 de marzo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso suscitado por Ernesto Torres contra Nory Torres de Quiroz y Banco de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISION DE SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO DE VENTA

Hipoteca: derechos del dueño del bien gravado y del acreedor hipotecario. — Efectos de la ampliación del plazo de la deuda.

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

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de septiembre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario de Margarita López de Zawadzki y otros contra "Inversiones Tobón Romero, Limitada".

I

Antecedentes.

1. Mediante escritura pública número 861, otorgada en la Notaría Primera de Cali, el 28 de febrero de 1958, Ernesto Zawadzki de Francisco declaró que en su propio nombre y como representante de la sociedad "E. Zawadzki Cía., Limitada", ha suscrito a favor de Hernando Zawadzki Colmenares un pagaré por valor de $ 100.000.00 de vencimiento al 26 de agosto del mismo año (1958), correspondiente a dineros que recibió a título de mutuo comercial y con intereses del 10% anual, durante el plazo, y del 20% anual en la mora; y que para garantizar dicha obligación constituyó hipoteca sobre dos lotes de terreno de su propiedad, ubicados en la Urbanización de Santa Isabel de la misma ciudad, distinguidos en el plano respectivo con las letras A y B e identificados como allí se expresa.

2. Por escritura número 5389, otorgada el 28 de noviembre de 1958 de la misma Notaría, Zawadzki D. vendió a la sociedad "Inversiones Tobón Romero, Limitada", entre otros, los dos solares que fueron materia de la anterior hipoteca y obligados expresamente "a obtener su cancelación" y constituyó, además, a la sociedad "E. Zawadzki, Limitada", "garantía de la obligación hipotecaria constituida a favor del señor Hernando Zawadzki Colmenares por valor de cien mil pesos moneda legal colombiana".

3. Por escritura número 2361 otorgada en la misma Notaría el 9 de mayo de 1959, Zawadzki Colmenares, como acreedor de Zawadzki de Francisco y de la sociedad que éste representaba, declaró que "ha aceptado *prorrogar* el término de pago hasta el 22 de febrero de 1960, previo el cumplimiento por parte de los *deudores* de las siguientes condiciones: a) Mediante abono de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) que ya recibió el *acreedor*, con fecha 1º de mayo en curso, imputable al pagaré de cien mil pesos ($ 100.000)... b) Un segundo abono de $ 25.000.00 que los deudores harán al pagaré de los cien mil pesos ($ 100.000.00) el día 24 de septiembre de 1959, intereses por los saldos de los dos pagarés (se refiere también a otro del que antes se había hecho mención), a razón del uno por ciento (1%) mensual, y c) Y el saldo de capital que para esta fecha queda pendiente... lo pagarán los deudores en la fecha antes indicada, esto es el día 22 de febrero de 1960, fecha de vencimiento de la prórroga del plazo".

4. Finalmente, por escritura número 5054 de 5 de octubre de 1969, otorgada también en la Notaría Primera de Cali, Hernando Zawadzki declaró que por razón del crédito antes mencionado sólo se le adeudaba un saldo de $ 50.000.00, y, en consecuencia, canceló la hipoteca que gravaba el distinguido con la letra A, quedando apenas en vigencia la constituida sobre el lote B.

5. Aún pendiente de pago el expresado saldo de $ 50.000.00, Zawadzki Colmenares lo cedió a Margarita López de Zawadzki, Mario Varona Medina y "Consorcio López y López, S. A.", de Cali, en la proporción que indica la propia nota de cesión fechada el 4 de mayo de 1964, quienes

promovieron luego proceso de venta del inmueble hipotecado contra la sociedad "Inversiones Tobón Romero, Limitada", como propietaria del mismo.

6. La sociedad demandada, dentro del traslado respectivo, propuso las excepciones de "novación e insuficiencia o ineficacia del título", y la que denominó "extinción irreversible del gravamen hipotecario", por razón de la prórroga del plazo que, sin autorización de los entonces dueños del inmueble hipotecado, había concedido el acreedor.

7. La demanda fue decidida favorablemente a la parte actora, mediante sentencia de 7 de noviembre de 1964 pronunciada por el Juzgado de primera instancia; pero recurrida tal decisión ante el Tribunal, éste la revocó en fallo del 28 de octubre de 1965, en el que declaró probada la última de las excepciones antes mencionadas.

8. En consideración a lo expuesto y con apoyo en la que entonces estatuía el artículo 1030 del C. J., los cesionarios del crédito optaron por promover el proceso de que aquí se trata, mediante libelo presentado el 3 de agosto de 1968, para que con citación y audiencia de la sociedad Inversiones Tobón Romero, Limitada, "se revise la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 28 de octubre de 1965 dentro del juicio especial de venta seguido por Margarita López de Zawadzki, la sociedad 'Consorcio López & López, S. A.', y Mario Varona Medina contra la sociedad 'Inversiones Tobón Romero, Limitada', por la cual se revocó la sentencia dictada por el señor Juez Quinto Civil de este Circuito con fecha 7 de noviembre de 1964...", y se declare:

A) Que los actores son cesionarios del crédito hipotecario de que trata la escritura 861 de 1958 otorgada en la Notaría Primera, reducido a la suma de $ 50.000.00, con sus intereses;

B) Que fue extemporánea e ilegal la alegación sobre extención de la hipoteca fundada en el artículo 1708 del Código Civil;

C) Que como consecuencia, la sentencia dictada por el Tribunal en el precitado juicio de venta es ineficaz y carece de efecto legal;

D) Que en tal virtud, subsiste y está vigente la hipoteca que el mencionado fallo declaró extinguida, y

E) Que se ordena la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, para que con su producto se pague a los cesionarios el valor de la acreencia que dicho gravamen garantiza.

En subsidio solicitáronse las siguientes declaraciones:

a) Que es ineficaz la sentencia del Tribunal, "por no ser el caso contemplado en el artículo 1708 del C. Civil, ilegalmente aplicado", y

b) Que se hagan las demás declaraciones sobre reconocimiento de la cesión, vigencia de la hipoteca de que se ha venido hablando y venta en pública subasta del inmueble hipotecado, a fin de cancelar con su producto las sumas que dicho gravamen garantiza.

9. La sociedad demandada, además de oponerse a las súplicas formuladas, propuso las "excepciones de prescripción de la obligación principal, la denominada por los tratadistas 'pro tempore' o inepta demanda sustantiva, petición de modo indebido, extinción del gravamen hipotecario por novación y/o prórroga de la obligación principal, ineficacia o ineficiencia del título de recaudo, y la genérica".

10. El proceso fue decidido adversamente a las pretensiones de la parte demandante por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali ante quien se presentó y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que la confirmó por mayoría de votos, mediante sentencia de 15 de noviembre de 1973, contra la cual interpuso la misma parte el recurso de casación que ahora se decide.

II

La sentencia impugnada.

Comienza el Tribunal por estudiar la naturaleza de la acción instaurada, o sea la de revisión de la sentencia proferida en el proceso de venta, y la encuentra procedente en consideración a que esta litis se promovió mucho antes (agosto de 1968), de la vigencia del C. de P. C., cuando aún regía el artículo 1030 del C. J., que la consagraba.

En seguida reconoce la sentencia tanto el mérito ejecutivo del instrumento en que fundan los actores su demanda, como la calidad de legítimos cesionarios del crédito que él amerita, pero al considerar las distintas excepciones propuestas por los demandados, encuentra demostrada la de "extinción del gravamen hipotecario por prórroga de la obligación principal" o mejor diríamos, por aplicación del plazo que concedió el acreedor, sin anuencia de la sociedad propietaria de los solares hipotecados del inmueble, según lo previsto por el artículo 1708 del C. C., y en consecuencia, desechó la acción real hipotecaria de que se viene hablando.

Para el efecto sostuvo que "la sociedad adquirente (demanda en el juicio), resultaba extraña al convenio (de ampliación del plazo), de modo que no la obligaba", y se apoyó en la siguiente jurisprudencia de la Corte del año de 1913, que transcribe: La disposición del artículo 1708 del C. C. tiene por objeto proteger al dueño de la cosa hipotecada de las colusiones entre el acreedor y el deudor, o por lo menos ponerlo a cubierto de la situación indefinida en que quedaría, si a pesar de ser propietario de la finca gravada, estuviera sometido a las estipulaciones posteriores de aquéllos, respecto al contrato principal. Si tal es la razón del artículo, no cabe sostenerse que por el hecho de haber pertenecido la cosa hipotecada al deudor en la fecha de la constitución de la hipoteca, pueda el acreedor ampliar el plazo de la deuda hipotecada (sic) y conservar el gravamen aunque la finca pertenezca a un tercero en la época de la ampliación" (XXIII, página 105).

Luego de largas transcripciones de un alegato presentado por el apoderado de la parte demandante, agrega el Tribunal:

a) La finalidad del artículo 1708 del C. C. es por lógica, elemento básico de interpretación y la señalada por la Corte en la sentencia antes transcrita hace claramente aplicable su contenido al caso de este proceso;

b) Es verdad que la ampliación del plazo no implica una novación, pero sí constituye un nuevo acuerdo de voluntades que sólo puede comprometer a quienes en él han intervenido;

c) "Si no se da el caso de que un tercero adquiera la cosa ya gravada, sino de que la cosa hipotecada originalmente por un tercero para seguridad de deuda ajena sea adquirida por el propio deudor, que tenga la calidad de dueño al otorgarse la ampliación del plazo, parece obvio que no se requiere de consentimiento en cuanto a hipotecante o primitivo dueño de la cosa gravada se refiere; lo cual entiende la Sala puede tomarse como comprobación de que lo fundamental no es quién hipotecó, sino quién es, al momento de la ampliación, el propietario del inmueble gravado";

d) Por último, expone diversos razonamientos tendientes a refutar los del apoderado de la parte demandante, en cuanto a la aplicabilidad a este proceso de la interpretación que la Corte le dio al citado artículo 1708 en su providencia antes mencionada.

Contra esta providencia interpusieron los demandantes el recurso de casación de que ahora conoce la Corte y como su trámite se encuentra regularmente surtido, es el caso de proceder a resolverlo.

III

El recurso de casación.

La demanda contiene dos cargos, ambos por la primera causal, que se estudiarán y decidirán conjuntamente.

Primer cargo.

Se hace consistir en la violación directa de los artículos 665, 1499, 2432, 2452 y 2457 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del proceso.

Para fundamentar su impugnación, el recurrente explica que la obligación hipotecaria es siempre accesoria de una principal; que como el deudor hipotecario conserva el derecho de dominio sobre la cosa objeto del gravamen, puede enajenarla a terceros; que por este motivo "la ley se vio en el caso de consagrar el derecho de perseguir la cosa hipotecada en manos de quien ella se encuentre", o sea, de otorgar al acreedor el *ius persequendi* contra quienquiera que sea el poseedor del inmueble hipotecado.

De todo ello deduce el censor lo siguiente: "La hipoteca se constituyó por el deudor Zawadzki de Francisco para garantizar a su acreedor, Hernando Zawadzki Colmenares la obligación por todo el tiempo en que la deuda permanezca vigente. Y dura tanto como ella, hasta cuando se extinga. De aquí que el artículo 2457 del Código Civil establezca que la hipoteca se extingue junto con la obligación principal".

Segundo cargo.

Se acusa la sentencia "por violación directa del artículo 1708 del C. Civil al haberle dado indebida aplicación".

En desarrollo del cargo dice el impugnante que conforme al artículo 1708 que reputa quebrantado por aplicación indebida, "la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas acceden expresamente a la ampliación".

El recurrente sustenta la acusación en el siguiente argumento, que resume la manera como él enfoca el asunto: "La norma transcrita (artículo 1708 citado), se refiere a los casos de fiadores, es decir, de terceras personas obligadas con el deudor principal en tal calidad. De terceros que constituyen prendas en bienes suyos e

hipotecas sobre bienes suyos para garantizar una obligación ajena. La norma es muy clara. No se refiere al caso en que un tercero adquiere por compra —como en el caso del pleito pendiente— el inmueble de propiedad del deudor que hipotecó para garantizar su propia obligación y después lo vende pasando al comprador con el gravamen. Por eso al aplicar el artículo 1708 al caso último dice 'sobre otros bienes que los del deudor', cuando el acreedor amplía el plazo al deudor, lo aplicó indebidamente, porque se refiere a las hipotecas *constituidas* por personas sobre sus bienes para asegurar la obligación de otro u otros. No a hipoteca constituida por el deudor sobre su propio inmueble".

Agrega el censor que de acuerdo con el fundamento que la Corte le señala al artículo 1708 en el fallo acogido por el Tribunal, éste se inspira en la necesidad de proteger al dueño de la cosa hipotecada contra las colusiones entre el acreedor y el deudor, y de ponerlo a cubierto de la situación indefinida en que quedaría al estar sometido a estipulaciones a que posteriormente pudieran éstos llegar respecto de la obligación principal. Tales consideraciones obran de igual manera en el caso del tercero que adquiere el inmueble hipotecado por su causante en garantía de su propia obligación. Y ese fundamento es inaceptable, por cuanto le da al artículo 1708, una aplicación fundada en razones de mera posibilidad o expectativa. De esta manera el Tribunal decreta la cancelación de la hipoteca "porque *es posible* que ocurran colusiones entre el deudor Zawadzki de Francisco y los cesionarios acreedores".

Que así mismo "precaver una situación indefinida, es otra posibilidad. Puede ser. Puede no ser así; pero tales posibilidades no pueden ser fundamento jurídicamente serio, para acabar con el sentido de una norma sustancial como el artículo 1708 de que se viene hablando".

Por último y luego de algunas otras consideraciones de menor significado, agrega el recurrente:

"La razón del artículo 1708 para que se declaren inexistentes las prendas y las hipotecas, es porque han sido constituidas sobre bienes de terceros obligados realmente por deudas ajenas, y que no han accedido a la ampliación del plazo. Es decir, porque esos terceros celebraron con el acreedor el contrato de hipoteca. Y si dieron su consentimiento, esto es, accedieron a gravar su propio inmueble de manera expresa, también del mismo modo deben acceder a la ampliación del plazo de la obligación que quisieron garantizar en favor de otro. Esta es la razón jurídica, el porqué del artículo 1708 del Código Civil".

De este modo, concluye el recurrente, la sentencia viola la disposición, por aplicación indebida, por cuanto la hace actuar sobre un caso que no es el previsto por ella, ya que no se trata de una hipoteca constituida por un tercero para garantizar la deuda ajena, sino de una que constituyó el mismo deudor sobre su finca, en garantía de una obligación propia.

IV

Consideraciones de la Corte.

1. Según su naturaleza jurídica y la preceptiva legal a que está sujeta, la hipoteca es un derecho real constituido sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves, para garantizar el cumplimiento de una obligación propia o ajena, sin que por ello los bienes dejen de permanecer en poder de su dueño, y que confiere derecho al acreedor hipotecario a perseguirlos en manos de quienes se encuentren, para que preferencialmente con los bienes o con el producto de su venta en pública subasta se le satisfaga la obligación.

2. La constitución de una hipoteca es contrato solemne que sólo se perfecciona con el otorgamiento y el competente y oportuno registro de una escritura pública (artículos 2434 y 2435 C. C.), y en el cual debe intervenir el dueño o usufructuario del bien hipotecado que tenga capacidad de enajenarlo (artículos 2439 y 2443). No se requiere que la constitución de la hipoteca y el nacimiento de la obligación que garantiza sean simultáneos, porque según el inciso final del artículo 2438 ibídem, *puede aquélla "otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de lo contratos a que accede".*

3. No obstante la hipoteca, el dueño conserva la facultad de enajenar el bien gravado con ella, pero en este caso, lo mismo que ocurre cuando aquélla ha sido constituida sobre bien que pertenecía a persona distinta al deudor de la obligación que con ella se quiere garantizar, "no habrá obligación personal contra el dueño si éste no se ha sometido expresamente a ella" (artículos 2439 y 2440).

4. De acuerdo con lo expuesto, el acreedor hipotecario, cuando la obligación se hace exigible, tiene distintas acciones para hacerla judicialmente efectiva: una de carácter personal, derivada del derecho de crédito, contra el deudor de la obligación, y otra real, proveniente de la hipoteca, contra el dueño del bien hipotecado (C. de P. C., artículo 554, inciso 3º). Por tanto cuando coinciden en una misma persona esas dos cali-

dades, esto es, la de deudor de la obligación y propietario del bien hipotecado, puede el acreedor escoger la acción que le parezca más conveniente y promover contra su deudor proceso ejecutivo (C. de P. C., Tit. XXVII, Caps. 1 a 6 inclusive), o el antes llamado juicio de venta de la cosa hipotecada, hoy proceso de ejecución con título hipotecario (ibídem, Cap. 7º); en este último evento, o sea cuando se presenta esa coincidencia entre deudor y dueño, puede también ejercer la antiguamente denominada acción mixta que hoy autoriza... igualmente el último inciso del citado artículo 554 cuando pretende perseguir "además, bienes distintos de los gravados con la hipoteca...", caso en el cual el proceso se seguirá por los trámites que señala la ley para el ejecutivo arriba mencionado.

5. En cualquiera de los eventos de que trata el punto anterior, según se infiere de lo que acaba de expresarse, al dueño de la cosa hipotecada que no sea al mismo tiempo deudor de la obligación principal, sólo puede ser demandado por el acreedor en ejercicio de la acción real, mediante el trámite establecido para los procesos ejecutivos con título hipotecario.

6. Mientras el deudor de la obligación principal y el dueño de la cosa hipotecada en garantía de aquélla sean la misma persona, ambas relaciones jurídicas pueden ser modificadas de común acuerdo entre esa persona y el acreedor. El principio de la autonomía de la voluntad así lo permite. Pero desde el momento en que dicho dueño sea persona distinta del deudor principal la obligación de aquél no puede hacérsele más gravosa sin su consentimiento expreso.

En este último caso, pues, esa relación jurídica es plurilateral; son tres las personas que intervienen en ella, el deudor, el acreedor y el dueño de la cosa hipotecada, sea que éste haya constituido el gravamen para respaldar deuda ajena, ya que habiendo gravado el bien para garantizar su propia obligación, haya enajenado la cosa estando la deuda aun pendiente de pago, que es precisamente el caso de este pleito.

7. La ampliación del plazo de una obligación principal garantizada con hipoteca beneficia al deudor de aquélla. pero perjudica *al dueño de la cosa hipotecada, porque extiende el gravamen por mayor espacio de tiempo que el originalmente fijado. De consiguiente, si alguien ha comprado el inmueble que estaba hipotecado para asegurar una obligación principal exigible en determinado plazo, la ampliación de éste consentida solamente por el acreedor y el deudor de la obligación principal es para ese comprador* res inter alios acta *que jamás podrá perjudicarlo.*

8. Arguye el recurrente que el artículo 1708 sólo puede entenderse en el sentido de que, cuando el acreedor y el deudor de la obligación principal consienten en ampliar el plazo estipulado por ellos para el pago, se extinguen únicamente las hipotecas constituidas por terceros *en el momento en que se contrajo la obligación principal,* mas no las constituidas por el deudor *que hayan pasado posteriormente a terceros por enajenación de la cosa hipotecada.*

Lo hasta aquí expuesto sería motivo suficiente para rechazar esta interpretación del recurrente, puesto que, como quedó dicho, el comprador del bien hipotecado toma a su cargo el gravamen con el contenido y la extensión *que tenía en el momento de comprarlo. Pero debe agregarse un nuevo argumento, que se deriva de las normas que gobiernan la interpretación de la ley.*

El artículo 1708 del Código Civil expresa que la mera ampliación del plazo de una obligación principal "extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor: salvo que... los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación".

El sentido de esta disposición legal es perfectamente claro: el pacto sobre ampliación del plazo de la obligación principal no extingue las prendas o hipotecas que pesen sobre bienes del deudor, pero sí extingue las que recaigan sobre bienes de terceros que no "accedan expresamente a la ampliación".

Si con el texto transcrito se hubiera querido significar lo que el impugnador pretende que se significó, el legislador lo habría redactado así: la mera ampliación del plazo de una obligación principal "extingue las prendas e hipotecas constituidas por terceros", *lo cual es enteramente distinto de decir que esa ampliación extingue tales gravámenes cuando pesan sobre bienes de terceros ("otros bienes que los del deudor") que no consienten expresamente en la ampliación. Enseña el artículo 27 del Código Civil que cuando el sentido de la ley sea claro, debe atenderse a su tenor literal. Y conforme al 30 de la misma obra, "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".*

9. Conclúyese que el Tribunal no quebrantó, por falta de aplicación, ninguna de las disposiciones sustanciales que señala la censura, las cuales no eran aplicables al caso del proceso, por cuanto el gravamen hipotecario *se extinguió* por la ampliación del plazo acordado sin intervención del dueño de la cosa hipotecada. Ni violó por

aplicación indebida el artículo 1708 del Código Civil, que era exactamente la disposición aplicable a ese caso y cuya correcta inteligencia es la que se le dio en la sentencia impugnada.

Se rechazan, pues, ambos cargos.

En mérito de las razones expuestas, 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 materia del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Salvamento de voto.

1. Ante todo y por cuanto la debida aplicación de la ley supone una exacta correspondencia del fin perseguido por ella con la situación individual o específica a que se la pretenda referir, se hace necesario fijar, en primer término, el significado que ha de darse al artículo 1708 del C. Civil, sobre el cual versa la controversia, y cuyo texto dice:

"La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; *pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor;* salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación". (Se subraya).

Dicha disposición no es una entidad autónoma sino una pieza de la estructura jurídica contenida en el C. Civil. Las normas no alcanzan la plenitud de su sentido sino cuando consideradas dentro de la amplia trama del sistema que componen, encuentran en su lugar, su jerarquía, su correspondencia lógica y axiológica. En rigor no hay interpretación de una norma. A lo mejor, por ser alguna aparentemente la más próxima al hecho vital —real o posible— que preocupa al intérprete, de acuerdo con la escuela científica de interpretación hoy predominante, servirá como principios para la exploración sistemática que quiérase o no corresponde hacer siempre que se trata de alcanzar una verdad jurídica.

Por tanto, no hay manera de afrontar dicha norma sin referirla a otra u otras disposiciones que tienen indudable conexidad con ella, tales como algunas relacionadas con la fianza, la hipoteca, la prenda, etc.

2. Al tenor del artículo 2361 del C. C., la fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en todo o en parte si el deudor principal no la cumple.

Es, pues, una institución jurídica, que como la prenda y la hipoteca, está destinada a producir una mayor seguridad al acreedor de que las obligaciones del deudor, o al menos su equivalente en dinero, se cumplan. En tanto la primera es garantía personal, las dos últimas son reales, pues no miran las condiciones personales sino las cosas en sí mismas consideradas.

La fianza, que puede ser de varias clases, es un contrato accesorio, consensual, voluntario de parte del fiador, unilateral, generalmente gratuito y expreso.

Por cuanto el fiador presta un servicio, y asume el riesgo de pagar deuda ajena, el legislador le otorga varios beneficios entre otros el de división, el de excusión, el de relevo y el de subrogación (artículos 2382, 2393, 2394, 2395 del C. C.).

Si bien el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, puede hacerlo de un modo más eficaz, por ejemplo, cauccionando una obligación ajena, con un bien propio, ya sea mueble o inmueble, y entonces toma el nombre, según el caso, de fianza prendaria o hipotecaria.

Son causales de extinción de la fianza consagradas expresamente en la ley:

a) El relevo concedido por el acreedor al fiador; b) La confesión; c) La extinción total o parcial de la obligación principal; d) Cuando el fiador, por culpa o hecho del acreedor, no puede subrogarse en las acciones a que tenía derecho; e) Si la deuda queda total o parcialmente insoluta por culpa del acreedor una vez efectuado por el fiador el requerimiento al deudor para el pago de la deuda exigible, y f) Por ampliación del plazo de la obligación garantizada, hecho por el acreedor con consentimiento del fiador. Este último medio, que es el que interesa en el presente caso, es de meridiana explicación, pues si una persona, prestando un servicio, garantiza obligación ajena por cierto tiempo, es lógico que su res-

ponsabilidad se extiende sólo hasta el período prefijado, por lo cual es necesario su consentimiento, como parte interviniente en un contrato, cuando el deudor y el acreedor amplían el plazo de la obligación principal (artículo 2366 del Código Civil).

3. La hipoteca como la prenda constituyen derechos reales de los cuales nacen acción reales. Siendo el derecho real el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona (artículo 665 del C. C.), el acreedor hipotecario o prendario puede dirigirse contra cualquier persona que sea poseedora de la cosa para que con ella o su producto se le pague lo que se le adeude. Es éste el llamado derecho de persecución, que otorga a quien lo tiene la facultad de perseguir el bien aunque éste pase a otras manos.

No siempre el que hipoteca una propiedad raíz de su pertenencia lo hace para garantizar una obligación propia, pues se dijo que puede hipotecarse un inmueble o darse en prenda un mueble para caucionar una obligación ajena, pero precisamente por tratarse de derechos reales el acreedor no pierde nunca el atributo de "perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido" (artículo 2452 del C. C.), excepto en el caso de que el "tercero haya adquirido la finca en pública subasta ordenado por el juez", y en las condiciones de que trata la citada norma.

Sobre el derecho de persecución ha dicho la Corte:

"La hipoteca es una seguridad, real e indivisible que consiste en la afectación de un bien raíz del deudor al pago de una obligación, sin desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuere el poseedor, para hacerse pagar con el precio, de preferencia a los otros acreedores. Como se desprende de esa definición, la hipoteca es un derecho real, aun cuando no establezca una relación directa entre su titular y la cosa sobre que recae, pero no un derecho real principal sino un derecho real accesorio. De este carácter de derecho accesorio que tiene la hipoteca se deduce que todo titular de una hipoteca es también un acreedor que tiene por consiguiente dos derechos y dos garantías: el derecho personal o de crédito que conlleva el de perseguir la ejecución de la obligación sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, y el de derecho real de hipoteca sobre el inmueble hipotecado en virtud del cual puede hacer vender dicho inmueble para que con el producido se le pague o hacérselo adjudicar en pago hasta concurrencia de su crédito, sea quien fuere el que posea la cosa hipotecada. De ese mismo carácter accesorio de la hipoteca se desprende también que al extinguirse la obligación a que accede se extingue inevitablemente el derecho real" (XLIV, página 542).

4. La hipoteca, como la prenda, se extingue en los siguientes casos:

"La primera causal de extinción de la hipoteca es la extinción de la obligación principal, y se extingue además:

1º Por la resolución del derecho del que la constituyó, o por la condición resolutoria conforme a las reglas legales;

2º Por haber llegado el día hasta el cual fue constituida;

3º Por la cancelación otorgada por el acreedor por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria.

4º *Si habiéndose constituido en garantía de una obligación ajena el acreedor hipotecario amplía el plazo de la hipoteca, sin que el dueño de la finca acceda expresamente a dicha ampliación.* (Se subraya).

5º Por reunión en una misma persona de las calidades de acreedor hipotecario y dueño de la cosa hipotecada;

6º Por el hecho de expropiarse la finca hipotecada por causa de utilidad pública.

7º Por el hecho de ser adquirida la finca hipotecada por un tercero en pública subasta, ordenada por el juez, con citación personal, en el término de emplazamiento de todos los acreedores hipotecarios" (Arturo Alessandri, Contratos, edición 1940, página 260).

5. Dice la sentencia que origina este salvamento de voto, que el artículo 1708 ha de entenderse no sólo aplicable a la extinción de las fianzas, prendas e hipotecas constituidas para garantizar obligaciones ajenas, sino también a las que el mismo deudor constituyó sobre bienes propios y que más tarde enajenó con tales gravámenes a un tercero.

Para llegar a tal conclusión examina aisladamente el artículo y argumenta:

a) "Mientras el deudor de la obligación principal y el dueño de la cosa hipotecada en garantía de aquella sean la misma persona, ambas relaciones jurídicas pueden ser modificadas de común acuerdo entre esa persona y el acreedor. El principio de la autonomía de la voluntad así lo permite. Pero desde el momento en que dicho dueño sea persona distinta del deudor principal, la obligación de aquél no puede hacérsele más

gravosa sin su consentimiento expreso. En este último caso, pues, esa relación jurídica es plurilateral; son tres las personas que intervienen en ella, el dueño de la cosa hipotecada, sea que éste haya constituido el gravamen para respaldar la deuda ajena, ya que habiendo gravado el bien para garantizar su propia obligación, haya enajenado la cosa estando la deuda aún pendiente de pago, que es precisamente el caso de este pleito".

b) Agrega que si el legislador hubiera querido significar cosa distinta habría redactado el texto así: "La mera ampliación del plazo de una obligación principal extingue las prendas e *hipotecas constituidas por terceros*, lo cual es enteramente distinto de decir que esa ampliación extingue tales gravámenes cuando pesan sobre bienes de terceros (otros bienes que los del deudor) que no consisten expresamente en la ampliación".

6. En el primer argumento se incurre en petición de principio, pues con él se da por establecido lo mismo que se pretende demostrar.

Además, al no tener en cuenta los demás artículos concordantes con el 1708, se le otorga a éste una extensión que no tiene, hiriendo, de contera, las disposiciones que se han citado sobre la extinción de la fianza, la prenda y la hipoteca, y más particularmente en este caso, los artículos 2452 que consagra solo *una excepción al derecho de persecución*, el 2439, el 2457, el 665 del C. C. y el 1964 que consagra que la cesión de un crédito comprende todas sus garantías.

El segundo argumento prueba la tesis contraria a la sostenida, pues al decir el artículo 1708 que la ampliación del plazo "pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas" ("y" que es copulativa, según el Diccionario de la Real Academia Española), constituidas sobre otros bienes *distintos que los del deudor*, necesariamente se está refiriendo a bienes de terceros, es decir al caso en que otras personas hayan afianzado obligación ajena, bien personalmente, bien constituyendo caución prendaria o hipotecaria, eventos en los que sí requiere su consentimiento, para que la garantía continúe, vencido el plazo y ampliado éste por el deudor y el acreedor.

Porque si esto no es así, cabe preguntar, ¿cuáles serían los bienes distintos a los del deudor?

7. Por las razones expresadas la interpretación armónica del comentado artículo es la siguiente:

Cuando una persona garantiza una obligación ajena, la ampliación del plazo convenido entre el acreedor y el deudor, sin consentimiento del garante extingue la responsabilidad de éste, porque se está modificando, sin su consentimiento, un contrato en que él intervino. Y es principio fundamental de los contratos el de que éstos sólo pueden modificarse, mediante la voluntad de todas las personas que concurrieron a su formación. En este primer caso es aplicable la doctrina de la Corte.

Pero cuando es el deudor el que con sus bienes propios garantiza su obligación y después vende el bien gravado, el tercero adquirente de ese bien, conocedor del gravamen, soporta la acción real que tiene el acreedor para el cumplimiento de la primitiva obligación, aunque se amplíe sin su consentimiento el plazo originalmente pactado. A este segundo caso no se extiende la aplicación del artículo 1708.

8. La sentencia de la Corte está inspirada en una providencia de esta corporación de 28 de julio de 1913 (XXIII, página 105), en la que se encuentra el luminoso salvamento de voto de José Manuel Angarita del cual es pertinente transcribir los siguientes apartes:

"Reconozco que la ampliación del plazo de una deuda extingue las hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, es decir, constituidos sobre bienes ajenos, salvo que los dueños de esos bienes accedan expresamente a la ampliación.

"Estoy de acuerdo con la Sala en que las hipotecas que se extinguen son las constituidas sobre bienes ajenos. En ello no hay ni puede haber duda. Tampoco la hay, ni puede haberla, en cuanto se trata de hipotecas constituidas con anterioridad a la ampliación, porque si esto no fuese así, es claro que la ampliación nada podría extinguir...

"Voy a procurar poner en evidencia la necesidad de establecer distinción en el artículo 1708.

"El título sobre la hipoteca consagra estas declaraciones:

"El contrato de hipoteca supone siempre uno principal, a que accede. La hipoteca es, pues, una obligación accesoria.

"Por ser esto, se extingue junto con la obligación principal, de modo que mientras ésta subsista, la hipoteca se conserva viva.

"Dicha obligación principal se extingue como se extinguen todas las obligaciones: por la prestación de lo debido.

"Claramente establece el artículo 2457 del Código Civil las excepciones relativas a la extinción de las hipotecas por razón distinta de la presta-

ción de lo debido. Ninguna de tales excepciones es pertinente en el caso que se contempla.

"La hipoteca no puede tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves; y no puede constituirla sino la persona que sea capaz de enajenarlos.

"Empero, dice el segundo inciso del artículo 2439:

" 'Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena, pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella'.

"Finalmente, dice el artículo 2452:

" 'La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido'.

"Ahora bien, es evidente que para constituir hipoteca sobre bienes ajenos es necesario, absolutamente necesario, que su dueño lo consienta de modo expreso. Así constituida la hipoteca puede ser perseguida por el acreedor hipotecario al vencimiento del plazo.

"Sólo hay dos medios de impedir esa persecución, a saber: la prestación de lo debido, lo cual extingue la hipoteca; o la ampliación del plazo.

"Supóngase inexistente el artículo 1708 y fíjese la atención en el segundo medio.

"Si la ampliación se solicita por ambos deudores, el personal y el hipotecario, y se les concede a ambos, se obtiene la suspensión deseada, sin inconveniente alguno.

"En el caso de que sea el deudor principal o personal, únicamente, quien solicita la ampliación, y a quien se concede, ¿Cuál será la condición jurídica del deudor hipotecario del que consintió la hipoteca de sus propios bienes para la seguridad de deuda ajena? No puede ser otra que la de hallarse sometido a la ampliación acordada por aquéllos, sea cual fuere su duración: uno, diez, veinte años, una vez que tal estipulación no extingue la hipoteca, según el artículo 2457 citado. Repito que razono sobre la suposición de la inexistencia del artículo 1708.

"Es verdad que el tercero, dueño de los bienes hipotecados tendría acción contra el deudor personal, cuya deuda aseguró éste con sus propios bienes, para que se le condenase a libertarlos del gravamen; pero ello es un pleito, de resultado ineficaz, si dicho deudor se halla insolvente.

"Verdad es también que podría dicho tercero extinguir la hipoteca, no obstante el pacto, pagando la deuda ajena, aunque con perjuicio manifiesto para él.

"De ahí que en el artículo 1708 se estatuye la extinción de la hipoteca en caso de ampliación del plazo de la deuda, cuando el dueño de los bienes no asiente a la ampliación, es decir, aquel dueño que garantizó deuda ajena...

"Pero cosa diferente es afirmar que sin la aquiescencia del deudor hipotecario, respecto de la ampliación, se extingue la hipoteca que constituyó sobre sus bienes quien a la sazón era dueño de ellos. No, esta hipoteca subsiste, porque la deuda es a cargo de quien adquiere el inmueble con el gravamen. El pacto celebrado entre el deudor personal y el acreedor no liga, no puede ligar con ningún vínculo de derecho al deudor hipotecario, por ser extraño a él, por lo cual puede extinguir la hipoteca, cuando lo quiere, constituyéndose así en acreedor personal de aquel deudor...

"La doctrina que consagra el artículo 1708 es, a mi juicio, la siguiente:

"La ampliación del plazo de una deuda extingue las hipotecas que se constituyeron sobre bienes propios de tercero, para seguridad de una deuda ajena, si ese tercero no accede expresamente a la ampliación.

"El concepto del Tribunal sentenciador, de que 'la ampliación del plazo, aunque fue pactada con Arango Uribe, debe estimarse como hecha a dicho señor Presbítero Restrepo', es un concepto erróneo, porque, repito, una es la condición de N. N. simple deudor personal, cuyos bienes, sin la ampliación, podía perseguir X X y otra, la condición del Presbítero Restrepo, que hizo suya la deuda hipotecaria en el momento que adquirió el inmueble con el gravamen, y a quien, por tanto, ha podido perseguir N. N. sin que le fuese dable al Presbítero invocar aquella ampliación, por ser él extraño a ella".

En este proceso, de acuerdo con las razones dichas, los demandantes en este litigio, como cesionarios de un crédito con garantía hipotecaria, podían proceder a ejercitar el proceso de venta de la cosa hipotecada, sin que fuera viable la prosperidad de la excepción propuesta por los demandados y denominada "'extinción del gravamen hipotecario'' por novación y/o prórroga de la obligación principal.

Son estas las razones que, respetando el criterio de la Sala, ocasionan el disentimiento sobre la interpretación del artículo 1708 del C. C.

Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén.

Fecha ut supra.

PERTENENCIA

Proposición jurídica completa. — Incongruencia. — La oposición no implica reivindicación.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por demandante y demandado contra la sentencia de 9 de julio de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Pedro Serra Ferré, como heredero de María del Carmen Ferré de Serra, frente a Hernando Pinilla Díaz.

I

El litigio.

1. Mediante libelo repartido el 21 de febrero de 1969 al entonces Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, el citado Hernando Pinilla Díaz, fundándose jurídicamente en lo que a la sazón establecía la Ley 120 de 1928, solicitó que con citación del Agente del Ministerio Público se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que pertenece a él, por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, el dominio del inmueble ubicado en el barrio "Los Andes" de Bogotá, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Norte, con el terminal de la avenida sesenta y ocho y empate con la calle cien, en una extensión de ciento tres metros (103 mts.); casi en la esquina noroccidental vuelve hacia el Sureste (SE.), sobre un ángulo de 45° aproximadamente, en línea recta en veintiocho metros con treinta y ocho centímetros (28.38 mts.); de aquí hacia el Suroeste (SW), en ángulo recto, en veinte metros (20 mts.); de aquí hacia el Noroeste (NW) en ángulo recto, en treinta y dos metros (32 mts.), y por último hacia el Noroeste (NE), es un ángulo recto, en diez y ocho metros con un centímetro (18.01 mts.), y encierra; lote rectangular que queda en medio del globo general que se alindó, con una cabida de seiscientos treinta y seis metros con cuarenta centímetros cuadrados (636.40 m^2) y de propiedad de Hernán Darío Acevedo. Por el Oriente, en extensión de ciento veintiséis metros con cuarenta centímetros (126.40 mts.), con la transversal cuarenta y cuatro (Transv. 44) de la nomenclatura urbana de Bogotá, D. E., y hoy con zona verde de por medio, por el Sur, con las siguientes propiedades:

a) con la sociedad Planeaciones, Urbanizaciones y Construcciones, Limitada, en veinticinco metros (25 mts.); con Encarnación Buenaventura de Acosta, en el siguiente lote, en extensión de veinticinco metros (25 mts.); luego el ancho de la transversal cuarenta y cuatro A (Transv. 44-A) de la nomenclatura del Distrito Especial de Bogotá. Nuevamente con Encarnación Buenaventura de Acosta en cuarenta y un metros (41 mts.). Por el Occidente, con Vilma Acevedo Forero de Moreno, en una extensión de cuarenta y tres metros (43 mts.), cuya propiedad está subdividida en los lotes 98-54, 98-62, 98-70 y 98-80; y con la propiedad de Leonardo Avellaneda Navas, en una extensión de treinta y cinco metros (35 mts.), que corresponde al número 47-35 y encierra";

b) que se ordene la inscripción de la sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad; y

c) que se condene en las costas procesales "a cualquier opositor que resulte o resultare en el curso del presente juicio".

2. La anterior demanda fue luego corregida, por escrito del 10 de marzo siguiente, en el sentido de excluir de la declaración de pertenencia anteriormente deprecada, la zona del terreno que con superficie de 1.200 metros cuadrados queda comprendida dentro de las siguientes alindacio-

nes específicas: "Norte, en 16 metros; por el Oriente, en 80 metros, línea recta; volviendo en ángulo recto hacia el Occidente, da el costado sur con 16 metros desde este punto hacia el Norte, da el costado occidental en línea recta y encierra. El resto del terreno o terrenos aledaños, conforme al alindamiento en la demanda son el objeto del derecho reclamado".

3. Como *causa petendi* de su pretensión, el solicitante de la pertenencia invocó los hechos que pueden sintetizarse así:

a) que sin reconocer dominio ajeno ha detentado materialmente, por un período superior a veinte años y sin oposición de persona alguna, el terreno atrás especificado, con excepción de la parcela que expresamente excluye de su solicitud;

b) que la posesión por él invocada ha sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida; y

c) que durante el tiempo referido ha ejecutado en el fundo ostensibles actos posesorios, tales como la implantación de cercas, "uso y goce de los frutos del inmueble, pastoreo de ganados, labranza de tierra, mantenimiento de acequias, terraplenamiento de una laguna y emparejamiento del terreno, lo mismo que labores de vigilancia".

4. Dentro del término de los emplazamientos ordenados, mediante escrito de 29 de noviembre del mismo año el abogado Ricardo Jiménez Quintero, actuando como agente oficioso del menor Pedro Serra Ferré, heredero en la sucesión de María del Carmen Ferré de Serra, se opuso a que se hiciera la declaración de pertenencia solicitada por el mentado Pinilla Díaz. Y para fundamentar la oposición, en el sobredicho escrito invocó los siguientes hechos:

a) que en el proceso sucesorio de Guillermo Ferré Amigó, tramitado en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá y protocolizado en esta ciudad, mediante la escritura 2820 de 21 de mayo de 1958, otorgada en la Notaría Cuarta, se adjudicaron a María del Carmen Ferré Morro, como única heredera del causante, algunos lotes de los que integraron la finca "Ruidoms", distinguida con el número 47-51 de la calle 104 de Bogotá, de la cual hace parte el inmueble cuya declaración de pertenencia impetra Pinilla Díaz;

b) que en tal virtud, la adjudicataria ejecutó sobre el fundo por ella adquirido actos de dominio, hasta el punto de haber enajenado a favor de Antonio Trías Pujol y Monserrat Fargas de Trías, a título de venta y según lo dice la escritura número 1224 de 5 de mayo de 1961, de la Notaría Novena de Bogotá, el lote número 5 de la precitada finca "Ruidoms", lote que "es precisamente el que el señor Pinilla Díaz excluyó de su injusta e ilegal pretensión"; y que posteriormente, mediante escritura número 111 de 5 de mayo de 1965, pasada en la Notaría de San Andrés y Providencia, constituyó sobre el resto de la dicha finca hipoteca a favor de la entidad Texas Petroleum Company;

c) que a la muerte de la precitada señora Ferré de Serra, ocurrida el 23 de diciembre de 1967 en el Municipio de Laghouat, República de Argel, se inició en el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, el trámite de su proceso sucesorio, en el cual se reconoció al menor Pedro Serra Ferré como único heredero, en su calidad de hijo de la causante, concebido por ésta dentro del matrimonio que celebró con Pedro Serra Pujol en Barcelona (España), el 2 de marzo de 1934;

d) que al practicarse, dentro del sucesorio de Ferré Amigó, la diligencia de examen de bienes de la herencia, "no figuró como opositor" el aquí peticionante de la pertenencia, "pues apenas tiene un año de estar pastando arbitrariamente ganados en los lotes"; y

e) que al practicarse, dentro del proceso sucesorio de Ferré de Serra, el secuestro de los bienes, dentro de los cuales figura el que es objeto del presente litigio, Pinilla Díaz se opuso al depósito decretado, "pero el juzgado no aceptó su ilegal oposición".

Y luego de expresar en el correspondiente escrito que "tratándose de bienes de un menor ausente que están en peligro, tanto el suscrito, como el señor Agente del Ministerio Público, estamos en la obligación legal y moral de ponerlos a salvo", el agente oficioso del opositor solicitó lo siguiente:

"a) Restituir los términos de notificación;

"b) Disponer la notificación personal de la demanda al menor *Pedro Serra Ferré*".

5. Cumplidas que fueron las exigencias requeridas por la ley para ella, el juzgado aceptó la agencia oficiosa y, de consiguiente, por auto de 28 de enero de 1970 admitió la oposición formulada a la demanda de pertenencia.

Y una vez ratificada por Pedro Serra Pujol, padre legítimo del menor Pedro Serra Ferré, la actuación oficiosa de Jiménez Quintero, a quien aquél, además, otorgó poder para que continuara representándolo en este proceso, se dispuso seguir éste como ordinario, para lo cual, por auto de 10 de junio de 1970, se abrió "el juicio a prueba" y se señaló "el término de diez días

para que las partes pidan las que estimen pertinentes".

6. Rituado el trámite de la primera instancia del proceso, en el cual se surtió un dilatadísimo debate probatorio, el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Sexto Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin con la sentencia de 30 de abril de 1973, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Declárase a la sucesión de *María del Carmen Ferré A.*, propietaria del inmueble de que acreditó su propiedad conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia y de que es poseedor el demandado Pinilla Díaz, inmueble compuesto por los predios que se identifican como consta en los títulos de propiedad aportados por el opositor, y que en lo pertinente se tienen incorporados a esta providencia.

"2º Decretar la reivindicación a favor de la parte actora y en consecuencia, condenar al demandado Pinilla Díaz, de las condiciones civiles conocidas, a restituir a favor de la sucesión actora, seis días después de ejecutoriada esta providencia el inmueble a que se refiere el punto anterior.

"3º El demandado pagará al actor el valor de los frutos percibidos o que hubiere podido percibir durante la administración de los bienes reivindicados, conforme a la ley civil.

"4º En relación con el predio poseído por el demandado Pinilla Díaz y que no forma parte de los lotes reivindicados por la sucesión de *María del Carmen Ferré A.*, se declara no probado el hecho de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, y, en consecuencia, se niega tal declaración.

"5º El actor no estará obligado a indemnizar las expensas a que se refiere el artículo 965 del C. C.

"6º Condénase al demandado a pagar las costas del juicio. Tásense".

7. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandado contra el sobredicho fallo, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de rituar el trámite del grado, profirió su sentencia de 9 de julio de 1974, mediante la cual, después de revocar la apelada, decidió denegar "las súplicas contenidas en la demanda de *Hernando Pinilla Díaz*", a quien, además, condenó en las costas procesales.

II

Motivación del fallo impugnado.

1. En el inicio de su proveído el Tribunal hace una extensa relación de los antecedentes de la cuestión litigada y de todo el desarrollo del proceso, dedicando buena parte a enumerar, discriminándolas, las pruebas aducidas por los litigantes para extractar, con base en ellas, los hechos que estima demostrados.

Y así guiado por este pensamiento, el *ad quem* se refiere particularmente a los siguientes medios probatorios: 1º A los testimonios rendidos por Policarpo Bermúdez, Benjamín López Gautiva, Lucas Cuadros, Juan Manuel Hernández, Manuel Antonio Bonilla, Samuel Serrano, Jorge Casilimas y Alfonso Sosa Virviescas, cuyas declaraciones fueron recibidas a instancia del peticionante de la pertenencia; y los de Eduardo Cortés Cortés, Eudoro González, Efraín Benavides García y Carlos Eduardo Forero, recibidos a instancia del opositor; 2º a las inspecciones judiciales practicadas el 29 de septiembre de 1970 y el 4 de diciembre de 1972; 3º al dictamen pericial rendido el 11 del mes y año últimamente citados por Rafael Baquero y Mario Gamboa; y 4º a la "abundante prueba documental" que allegó la parte opositora, para "demostrar que la causante *María del Carmen* figura como poseedora inscrita de la finca en litigio".

2. Con apoyo en citas doctrinarias, el Tribunal emprende en seguida el análisis de la naturaleza jurídica de la posesión y de sus requisitos necesarios para que conduzca a la prescripción, considerando a ésta como modo de adquirir el dominio de las cosas.

Y luego de notar que la usucapión extraordinaria, que es la que se encuentra invocada en la demanda incoativa del proceso, requiere, según la ley colombiana, de una posesión pacífica, pública e ininterrumpida durante un período no menor de veinte años, cuando de inmuebles se trata, observa que el "ius possessionis" sólo puede darse por la concurrencia, en frente de una cosa y en relación con la misma persona, del *corpus* y del *animus*, que son, dice, sus elementos esenciales.

3. En la tarea ponderativa de las pruebas el sentenciador de segundo grado, a manera de inferencia general, llega a la conclusión de que "el acervo probatorio operante en este proceso está lejos de acreditar las condiciones" requeridas para que la posesión funde una declaración de pertenencia por usucapión.

Explanando su anterior aserto, afirma el *ad quem*, refiriéndose a la prueba testifical, que "se trata de declaraciones que carecen de las condiciones esenciales que la doctrina ha señalado a esta importante prueba del testimonio, a saber, la de ser responsivo, exacto y completo"; y aludiendo globalmente a los otros medios de convic-

ción aducidos, añade que "existen, además, muchos elementos en el proceso que contradicen la pretendida posesión de veinte años de *Pinilla Díaz*".

4. En el análisis crítico que particularmente hace de cada uno de los medios probativos, el Tribunal asevera que "por ejemplo, el testigo *López Gautiva* afirma que en 1945 *Pinilla* ya tenía animales en el predio, en tanto que otros declarantes dicen que la posesión de aquél comenzó en 1948; *Juan M. Hernández* manifestó en su declaración extraproceso que conocía a *Pinilla* hacía 23 años; en el proceso solamente se limitó a decir que lo conocía hacía más de *15* años.

"Por su parte el testigo *Sosa Virviescas* incurrió en las más palmarias contradicciones: declaró en 1970, cuando tenía 28 años; de ello se deduce que nació en 1942 o 1941; afirmó haber conocido a *Pinilla* en 1946, esto es, lo habría conocido cuando tenía 3 o 4 años y según los términos de la declaración, lo habría conocido en Bogotá, en el predio en litigio; pero ocurre que más adelante, al ser repreguntado, afirma que se vino de *Puente Nacional*, su tierra natal, a la edad de 10 o 12 años, lo que indica que se vino para Bogotá hacia el año de 1952; mal pudo entonces conocer a *Pinilla* y observar sus actos posesorios a partir de 1946.

"Más adelante, cuando se pregunta al testigo si le consta que el Mayor *Pinilla* tapó una laguna existente en los terrenos poseídos, contesta afirmativamente y dice que tal hecho tuvo lugar en 1950 o 1960. Esa diferencia de 10 años en la relación del hecho lleva a la siguiente conclusión: si el trabajo se realizó en 1950, el testigo tenía 8 años y por lo tanto no había venido a Bogotá, según su misma aseveración; en consecuencia, está mintiendo; si el hecho se cumplió en 1960 en realidad y el testigo duda acerca de la fecha y admite la posibilidad de que ésta es el año de 1950, su dicho es altamente sospechoso y hace presumir que está mintiendo igualmente.

"Otra circunstancia que llama la atención en los testigos presentados por el Mayor Pinilla es que al parecer todos ellos fueron servidores de la Policía...".

5. Concretando sus consideraciones a las inspecciones judiciales practicadas, dice el *ad quem* que de ellas "fuera de una improvisada caseta de cartón y madera y de unas cercas relativamente nuevas", ninguna otra circunstancia permite inferir la posesión que alega Pinilla Díaz.

"No se concibe —asevera el Tribunal— cómo un poseedor de más de 20 años, tan solo haya levantado un simulacro de construcción de madera y cartón sobre un predio de las características del litigioso. Ni se concibe —añade— cómo el acceso al inmueble, ni siquiera esté resguardado por un candado o por una aldaba".

7. Para contraponer sus asertos a los de los testigos primeramente analizados por él, el juzgador de segundo grado se refiere a las declaraciones que, a petición del demandante, se recibieron en el proceso.

Se refiere así al testimonio de Eduardo Cortés, de quien dice que manifestó, "en forma bastante creíble", que Ferré Amigó mantuvo en el predio, materia de la litis, por los años de 1950 a 1953, una escuela de equitación y un hato; al de Eudoro González, quien razonadamente expresó que en 1968 "el Mayor Pinilla manifestó que él tenía la vigilancia del lote por orden de la dueña y que no permitía que nadie entrara al lote mientras no tuvieran orden escrita de los herederos de la dueña, porque *él lo tenía como vigilante* a cambio de que lo dejaran pastar cinco vacas", y, por último, al de Carlos Eduardo Forero Bernal, vecino del predio objeto de esta controversia, quien en su declaración manifestó que desde 1967, época en que construyeron la avenida 100 de Bogotá, "en que conocí al señor Mayor Pinilla supe por boca de él que ocupaba y explotaba con algún ganado, parte del terreno que hasta ese momento creía yo pertenecía a la urbanización Los Andes".

Aludiendo a las anteriores tres declaraciones el Tribunal se pregunta, respondiendo negativamente su propio interrogante, que "¿será normal que el vecino de un poseedor se tenga que enterar 'por boca' de éste, de la existencia del *corpus* y del *animus* posesorios? O, ¿por el contrario, lo racional y lógico ha de ser que el comportamiento del poseedor lleve a los terceros y en especial a sus vecinos a considerarlo dueño de la cosa?".

6. Concluyendo las motivaciones de su fallo, el Tribunal, luego de aseverar que si bien de acuerdo con la preceptiva de la Ley 120 de 1928, la oposición a la demanda de pertenencia convertía el proceso de especial en ordinario, observa que el opositor, "si pretendía la declaratoria de dominio a su favor y la consiguiente reivindicación del inmueble, debía formular una demanda ajustada a todos los requisitos propios de la ordinaria".

Añade, en punto del postulado que sienta, que "en forma alguna podrá el juez interpretar la simple oposición a la pertenencia como la formulación de la acción reivindicatoria. Ello equivaldría prácticamente a proponer oficiosamente una demanda que la parte no ha propuesto; acto éste

que contraría fundamentales normas del derecho procedimental, pues la sentencia debe guardar correlación con las pretensiones de la demanda y no podría decirse que se ha respetado esta regla si la sentencia graciosamente decreta a favor de una de las partes algo que ella no ha pedido''.

Orientado por este razonamiento, estima el *ad quem* que en el caso presente, sin embargo, de la prosperidad de la oposición a la demanda de pertenencia, no procede decretar la reivindicación del predio porque no fue demandada.

III

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado ambas partes interpusieron el recurso de casación. Como el demandado impugna la negativa de la pertenencia contenida en dicho fallo y el demandante lo hace en lo atinente a la reivindicación, la Corte estudia en primer lugar la demanda de aquél, y luego la de éste, por ser ese el orden que impone la lógica; en el supuesto de que proceda hacer la declaración de pertenencia no procedería, por incompatibilidad, decretar la reivindicación.

A. Recurso del demandado.

1. Este, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusa de ser ''violatoria directamente de los artículos 2518, 2531, 2532 y 762 del Código Civil, y 1º de la Ley 50 de 1936'', por falta de aplicación, ''a causa de error evidente de hecho en que incurrió el honorable Tribunal de Bogotá en la apreciación de las pruebas... específicamente en lo tocante a las declaraciones allegadas al expediente por *Hernando Pinilla Díaz* y a la inspección judicial praticada en primera instancia por solicitud del demandado''.

2. En desarrollo de la censura el impugnador, después de recordar los razonamientos que hizo el Tribunal para denegar la declaración de pertenencia, concretando el yerro de hecho que denuncia, asevera que en él incurrió el sentenciador, al apreciar los testimonios de Policarpo Bermúdez, Lucas Cuadros Zárate, Miguel Antonio Bonilla, Juan Manuel Hernández, Samuel Serrano y Jorge Nariño Casilimas, puesto que ''cercenó el real y verdadero contenido de las declaraciones''.

A juicio del recurrente, las declaraciones que él cita ''en vez de constituir un acervo probatorio incompleto e ineficaz, frente a la ley, se erigen dentro del proceso como un haz de probanzas que conlleva a quien las estudie tal y conforme fueron rendidas, a concluir sin reparo alguno que evidentemente *Hernando Pinilla Díaz*, poseyó desde tiempos aun anteriores al año de 1948 hasta la fecha de evacuarse las diligencias de recepción de los testimonios, el inmueble ubicado hoy en la Urbanización 'Los Andes', de Bogotá, determinado por los linderos señalados en la demanda y su corrección''.

Y añade el objetante que ''todos los declarantes mencionados describen en una u otra forma la percepción y el conocimiento directo que tuvieron de la ejecución de las actividades posesorias de *Hernando Pinilla Díaz*, en el lote materia del litigio durante el lapso de tiempo superior a 20 años''.

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo, después de advertir que ''para no hacer dilatorio ante Su Señoría la sustentación de lo afirmado, me basta citar apartes de la declaración del señor Lucas Cuadros'', lo que evidentemente hace en su demanda el censor, concluye que dicho testimonio ''tiene todas las características jurídicas de una declaración con la plenitud de los requisitos de fondo exigidos por la ley para su eficacia, porque da la razón de su dicho, es completa, porque a más de mencionar el período de tiempo, narra circunstancias en que consiste la verdadera posesión material, es exacto porque describe hechos de especial precisión y, en fin, es espontánea por cuanto no es la respuesta al interrogatorio formulado por el apoderado de la parte interesada, sino por razón del contrainterrogatorio hecho por el oponente''.

Para terminar la impugnación que hace a la apreciación del Tribunal en lo atinente a la prueba testifical, el recurrente afirma que ''al igual que a esta declaración (alude a la de Cuadros Zárate), se pueden citar apartes de las rendidas por los demás declarantes'' que él menciona en el encabezamiento del cargo.

4. Rematando la formulación de la censura, afirma el objetante que el *ad quem* también cayó en falencia de hecho al apreciar la inspección judicial visible a los folios 24 y siguientes del cuaderno número 3, porque ''omitió constataciones de hechos realizados por el funcionario''.

A renglón seguido transcribe algunos pasos de la sobredicha diligencia, para concluir afirmando que en la omisión que él indica se concreta el yerro fáctico que enrostra al Tribunal.

Se considera.

1. Al proceder la Sala a decidir el cargo que el demandado le formula a la sentencia que ahora impugna, advierte, al primer golpe de vista, que él adolece de un ostensible defecto de técnica que lo hace necesariamente impróspero, cual es el de no estructurar la indispensable proposición jurídica completa.

Se ha dicho, en efecto, que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano". (Sentencia de 16 de noviembre de 1967, aún no publicada).

Tratándose de procesos en que el demandante pretende la declaración judicial de pertenencia sobre un inmueble por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, es decir, cuando hace valer la prescripción como acción y no como excepción, si la sentencia del Tribunal ha denegado la pretensión así deducida, el impugnante de ella en casación tiene el ineludible deber de denunciar como quebrantados, por falta de aplicación, a más de los preceptos sustanciales que en el Código Civil regulan ese modo de adquirir el dominio, los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928, que son precisamente los que consagran la acción petitoria de dominio con base en la usucapión. El primero de dichos dos textos, en efecto, por primera vez en la historia legislativa del país facultó a "todo aquel que tenga a su favor una prescripción adquisitiva de dominio", para pedir la declaración judicial de pertenencia; y el segundo estableció que ésta "sólo recaerá sobre el inmueble o la parte de éste que realmente haya poseído el demandante".

Y en el supuesto de que al trabarse la correspondiente relación procesal ya estuviere en vigencia el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 698 derogó expresamente la Ley 120 de 1928, entonces, al impugnarse en casación la sentencia de instancia que denegó la declaración de pertenencia deprecada, es indispensable denunciar la infracción, por falta de aplicación, de las normas de aquel estatuto mediante las cuales se conservó entre nosotros el derecho de hacer valer la prescripción adquisitiva como pretensión, o sea el artículo 413 en lo pertinente.

Como la demanda de casación, en el cargo que aquí se estudia, se limita a acusar los artículos del Código Civil que determinan los bienes cuyo dominio puede ganarse por prescripción, los requisitos de ésta cuando es extraordinaria, el tiempo necesario para adquirir por este medio y los elementos de la posesión, pero omite impugnar las normas atrás aludidas; y como de otra parte a la Corte no le es dado considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente, por impedírselo el carácter eminentemente extraordinario de la casación, la legalidad de la sentencia queda en pie, porque la inaplicación de ellas en la sentencia continúa amparada por la presunción de acierto.

2. Pero no es el anterior el único defecto que en el plano de la técnica de casación cabe formular a la demanda que se estudia. Ella, en su único cargo, planteando una acusación directa de la ley sustancial, lo desarrolla, sin embargo, en posibles yerros de índole probatorio, que son propios de la violación indirecta, resultando así una mezcla de acusaciones que es inaceptable en casación.

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

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

De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, sin embargo, de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el *ad quem*

no dio por establecida en el proceso, estándolo, la posesión con los caracteres legalmente necesarios para conducir a la prescripción. Es decir, que la censura viene edificada sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Por consiguiente, el cargo ha debido formularse por esta última vía.

3. Y si la Corte, con apoyo en la facultad que le asiste de interpretar la demanda de casación, entendiera que el cargo que se analiza viene formulado por la vía indirecta, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, tendría que decir que la censura, por no impugnar la estimación de todas las pruebas que le sirvieron al sentenciador de fundamento para proferir su fallo, está destinada a la improsperidad.

El resumen que se hizo de la sentencia acusada evidencia que el Tribunal, para denegar la declaración de pertenencia impetrada por Pinilla Díaz, se fundó no únicamente en las pruebas testimonial y de inspección judicial pedidas por éste, a las cuales se contrae el ataque del recurrente, sino también y fundamentalmente en los testimonios de Eduardo Cortés, Eudoro González y Carlos Eduardo Ferro Bernal, recibidos a instancia del opositor; lo mismo que en la inspección judicial de 4 de diciembre de 1972; y en la prueba documental, medios estos últimos en frente de los cuales la demanda de casación omite toda impugnación, a pesar de que la sentencia censurada los tomó también como básicos de la resolución que ella contiene. Y si, como reiteradamente lo tiene definido la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que el cargo está destinado al fracaso.

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

4. Advierte la Corte, finalmente, que el recurrente no demuestra en su demanda, ni remotamente, la existencia del error de hecho que denuncia en frente de la apreciación de la prueba testimonial, puesto que no explica en qué pudo éste consistir. Se limita el censor a hacer afirmaciones generales y abstractas en relación con dichos testimonios, aseveraciones que no pueden configurar la demostración del cargo exigida por la ley, desde luego que no cita los pasajes de las declaraciones que habría dejado de apreciar el Tribunal y que constituirían la prueba de la posesión indispensable para fundar una declaración de pertenencia; ni menos los que le permitirían a la Corte advertir que tales testimonios, al contrario de lo dicho por el sentenciador, son responsivos, exactos y completos.

Ha dicho esta corporación que "apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de los testigos, es tarea que compete al juzgador de instancia, como llamado a decidir la controversia; y en cuanto tales calidades se constituyen por elementos de hecho, es claro que el concepto que él se forme de ellos es intocable en casación, mientras no resulte convicto de arbitrariedad evidente" (CVI, 141).

Cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustancial como consecuencia de la errónea apreciación que el juzgador de instancia hizo de la prueba testifical, es deber inexcusable del recurrente, para la procedencia de la censura, decir en su demanda cómo debió ser apreciada dicha prueba testimonial para que la Corte pueda deducir, luego de parangonar las consideraciones del sentenciador con el contenido de las declaraciones, en qué pudo errar ostensiblemente éste al hacer el análisis de valoración de ese elemento probatorio.

5. Conclusión de todo lo expuesto es la de que el cargo que se estudia está destinado al fracaso, y así habrá de declararlo la Corte.

B. Recurso del demandante.

En su demanda, esta parte formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos: el inicial con apoyo en la causal primera de casación y el siguiente dentro de la órbita de la segunda.

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia en primer lugar el cargo segundo, mediante el cual se acusa la comisión por el Tribunal de un error *in procedendo,* pues en el supuesto de la prosperidad de éste se haría innecesario el examen del primero que recae sobre yerros *in judicando.*

1. Bajo el epígrafe *"Causal segunda - Interpretación errónea de la demanda",* el censor formula esta impugnación contra la sentencia del Tribunal, en cuanto por ésta se infirma la reivindicación decretada por el *a quo,* acusándolo de ser "un fallo *verus petita* y contra la finalidad del juicio y sus efectos jurídicos".

2. A intento de fundar esta censura, expresa el recurrente que el juez de primer grado inter-

pretó "la oposición" que se formuló "al juicio de pertenencia" como contentivo del ejercicio de la pretensión reivindicatoria del inmueble; y que, como el demandante de la usucapión no infirmó el dominio alegado por el opositor, decretó la restitución; pero que el *ad quem*, "sin que nadie le formulara tal cuestión, de oficio desconoció los efectos de la oposición, por su propia cuenta, ya que su jurisdicción se limitaba simplemente a estudiar el problema de si Pinilla había podido usucapir la finca".

Agrega que si el Tribunal acepta el dominio que el opositor tiene sobre el inmueble, como se infiere del contexto de su fallo, debió mantener el decreto de reivindicación, para lo cual le bastaba interpretar lógica y razonadamente el escrito mediante el cual se formuló oposición a la solicitud de pertenencia.

Se considera.

1. Apoyado como viene este cargo en la causal segunda de casación, al leer la sustentación que de él hace el censor, aparece con nítida evidencia la falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura una causal consagrada para corregir un yerro *in procedendo*, cual es la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda o las excepciones del reo, el ataque se desarrolla acusando un error *in judicando*, por equivocada interpretación de la demanda, para cuya corrección se ha establecido la causal primera.

La resultante de esta extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que choca con el elemental postulado de la técnica del recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, cuyo desconocimiento al formular la respectiva demanda es razón suficiente para desechar el cargo así propuesto.

Dadas la autonomía e individualidad dichas, la incongruencia entre lo pedido y lo fallado que el legislador ha consagrado como motivo de casación, es causal que ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad. Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo suplicado por el demandante o el demandado y lo resuelto por el juez es lo que puede estructurarla; consiguientemente, dicha causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de otros errores *in procedendo*, ni mucho menos al de los yerros *in judicando* que pudieran encontrarse en la sentencia así recurrida.

2. Pero si haciendo abstracción del defecto de técnica atrás advertido, debiera la Corte estudiar el cargo en el entendimiento de que en él se acusa inconsonancia del fallo del Tribunal, que es a lo que conduce no sólo la causal invocada sino el fin pretendido por el recurrente, se vería precisada a afirmar, luego de cotejar la sentencia con el contenido del escrito de oposición a la demanda de pertenencia y por las razones que adelante se consignan, que entre dichos dos extremos, lejos de existir incongruencia alguna, se encuentra perfecta consonancia.

3. Dentro de la teoría general del proceso es hoy verdad averiguada que al Estado corresponde no sólo el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesitan componer un conflicto de intereses surgido entre ellos, sino la realización de los derechos subjetivos. Este deber se satisface, en cada caso, con el pronunciamiento de una sentencia, a través del proceso que surge por el poder jurídico de acción.

Y es igualmente verdad inconcusa que el proceso contiene una relación jurídica, que la doctrina ha denominado relación jurídico-procesal, *la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez.*

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

Como esta norma procesal establece un determinado comportamiento del juez al proveer, la inobservancia de ella por parte de éste, implica un vicio de actividad que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), *o sobre más de lo pedido* (ultra petita), *u omite la decisión, en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de la excepciones* (minima petita).

4. Para reparar al través del recurso extraordinario de casación el agravio que con el error in procedendo *referido pueda causarse a las partes, el legislador tiene establecida como causal el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado (artículo 368-2 C. de P. C.).*

Pero como son las peticiones de los litigantes las que delimitan la materia del debate judicial,

la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones propuestas por el demandado, a fin de que previa esta labor de parangón se pueda ver si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquélla frente a éstas, ora sea porque el fallo resuelve sobre lo que no fue impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido, o ya porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo.

5. En el caso de este proceso, como se infiere de cotejar la pretensión deducida en el escrito respectivo por el opositor a la demanda de pertenencia con las decisiones contenidas en la parte dispositiva del fallo de segundo grado, es palmar que ni por asomo existe la incongruencia a que alude el recurrente.

En efecto: como quedó visto al relatar el desarrollo del proceso, durante el término de los emplazamientos ordenados en él, a la demanda de Pinilla Díaz para que la justicia lo declarara dueño del inmueble determinado por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria se opuso, mediante agente oficioso, el menor Pedro Serra Ferré, en su calidad de heredero de Carmen Ferré de Serra. Y, sin embargo, de haber invocado como fundamento de la oposición el dominio del predio en su cabeza, es lo cierto que el opositor no propuso entonces, ni después, la acción reivindicatoria para que se condenase al poseedor a restituirle el fundo.

En dicho escrito, presentado el 29 de noviembre de 1969 y que es visible a folios 38 a 40 del cuaderno número uno, el agente oficioso del opositor, después de pormenorizar con discriminación de títulos la tradición del fundo para colocar su propiedad dentro del patrimonio de éste, calificando de paso como carente de fundamento la pretensión del supuesto usucapiente, solicitó que se restituyeran "los términos de notificación" y que se notificara personalmente la demanda al citado menor. Se limitó, pues, a expresar su pretensión de que no se hiciera la declaración de pertenencia deprecada; pero no propuso, ni en dicho escrito ni en escrito separado, acción reivindicatoria alguna: siendo ello así, como en realidad lo es, no le era dado al Tribunal, sin rebasar los límites que para su poder jurisdiccional le demarcó el escrito de oposición, decidir algo en punto de una restitución de bienes que por no haber sido incoada quedó al margen de la relación procesal.

6. El dominio, como derecho real que es, se carateriza por otorgar a su titular el poder de persecución, que, como su nombre lo indica, lo habilita para perseguir la cosa sobre la cual recae, en manos de quien se encuentre. Este atributo de la propiedad se hace eficaz mediante el ejercicio de la llamada acción reivindicatoria, la que, por definición legal, "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla" (artículo 946 C. C.).

Según la Ley 120 de 1928, vigente cuando se inició este proceso, que consagró, entre nosotros, la acción de pertenencia o petitoria del dominio, y según también el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil que es hoy el vigente en la materia, toda persona que pueda considerar lesionados sus derechos con una posible declaración de pertenencia está facultada para oponerse a ésta, oposición que, en caso de ser fundada, impide que la justicia haga la declaración solicitada por el pretenso usucapiente.

Si, pues, la reivindicación y la oposición a la declaración de pertenencia corresponden a dos pretensiones de naturaleza y fines distintos, las que, incluso, pueden ejercerse en oportunidades diferentes, no es posible considerar que el ejercicio de la última lleve implícita la primera. Afirmación ésta que cobra mayor fuerza aún si se considera que a una demanda de pertenencia puede oponerse no solamente el propietario no poseedor del bien que se pretende adquirido por prescripción, sino también el propietario que está poseyéndolo, y aun quien es apenas poseedor de él.

Cuando la oposición a la declaración de pertenencia la formula el propietario no poseedor, por razones de economía procesal y dada entonces su íntima conexidad, puede acumular a ésta la acción reivindicatoria si, además de la oposición pretende la restitución del bien: en tal evento es deber del juzgador decidir en su sentencia, cuando deniega el decreto de pertenencia, si accede o no a la restitución adicionalmente deprecada. Pero si esta pretensión no está expresamente deducida, se impone aceptar que el opositor concretó su voluntad de destruir la prescripción alegada, sin buscar que se haga a su favor declaración de dominio ni de reivindicación, por lo que al fallador le está vedado pronunciamiento alguno sobre estos dos aspectos.

7. Viene de todo lo dicho la conclusión de que el Tribunal no quebrantó con su sentencia el artículo 305 del C. de P. C.; y que, por tanto, es

infundado el cargo que por incongruencia se le formuló.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 669, 946, 950, 952, 961 y 964 del Código Civil.

2. Inicia el casacionista el desarrollo de esta censura transcribiendo los razonamientos y la resolución que, en punto de restitución del inmueble, hizo el *ad quem*, para afirmar luego que "así concebida la sentencia la podemos calificar de académica, puesto que si bien reconoce el dominio en la sucesión de María del Carmen Ferré de Serra y que Hernando Pinilla no acreditó usucapión, resulta claramente la ineficacia de la sentencia y la violación de las normas sustantivas por no haberlas tenido en cuenta en la sentencia".

Y luego de historiar la tradición del inmueble materia de esta controversia, para deducir, con apoyo en los títulos aducidos al proceso, que la propiedad de dicho fundo corresponde hoy a los herederos de la mentada señora Ferré de Serra, el recurrente recuerda los elementos integrantes del dominio como derecho real que es y sus atributos propios. De lo cual concluye que "si, pues, la sucesión referida es la propietaria del inmueble cuya usucapión intentó Pinilla Díaz, y el señor Pinilla no pudo demostrar la usucapión, surge como consecuencia ineludible que la cosa vaya al dueño con sus frutos, y de la cual aparece despojada injustamente de su uso y goce".

Estima además, el censor que el Tribunal, "al no objetar el dominio del bien por parte de la sucesión, debió necesariamente reconocer todos los efectos de aquél; de suerte que al revocar la sentencia del juez hizo írrita la oposición y olvidó que el procedimiento tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y con este criterio debió interpretar la oposición".

3. Rematando la formulación de este cargo, manifiesta el impugnador que el *ad quem*, "al interpretar la demanda, se fijó más en las palabras que en el espíritu y objeto del juicio, sacrificó las palabras por la misma intención buscada por el demandante"; y que esa interpretación equivocada lo condujo a quebrantar las normas sustanciales que cita en el encabezamiento del cargo.

Se considera.

1. Como se infiere de la lectura que de él se hace, mediante el cargo anterior el censor acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria, *por falta de aplicación*, de las normas legales sustanciales regulativas de la acción reivindicatoria y de las prestaciones mutuas inherentes a la prosperidad de ésta.

2. Ocurre, empero, que si, como insistentemente lo tiene dicho la doctrina de la Corte, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de falta de aplicación, sólo ocurre cuando no se hace actuar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo, mientras no se desvirtúe o infirme la conclusión del sentenciador, consistente en que como aquí no se presentó demanda de reivindicación no procedía hacer obrar en la sentencia las normas correspondientes a dicha materia, el cargo formulado cae en el vacío.

Como quedó dicho al despachar el cargo anterior, es cierto que el opositor a la declaración de pertenencia no dedujo la acción reivindicatoria, que fue el razonamiento que hizo el Tribunal para infirmar la condena que por restitución del inmueble se impuso al demandado en la sentencia de primera instancia. Y si esta conclusión del *ad quem* ha salido ilesa del ataque que contra ella hizo el recurrente en el cargo anterior, debe seguirse que en la especie de esta litis, por sustracción de la materia que ellas reglamentan, no procedía aplicar las normas legales atinentes a la reivindicación, y, por ende, que no hubo violación de ellas por el concepto dicho.

El cargo resulta, pues, ineficaz.

IV

Decisión.

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 nueve (9) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso extraordinario por aparecer compensadas.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REIVINDICACION

Demanda en forma.—Acumulación indebida de pretensiones.—Decisión inhibitoria parcial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y ocho de junio de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 26 de abril de 1974, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Elvira Umaña de Torbaum contra Santos Reyes Medina, Teresa de Reyes (o Cleotilde) Cifuentes de Reyes y María Leonor Molina.

I

Antecedentes.

1. Inicióse el proceso con demanda originalmente dirigida contra Santos Reyes Medina y Teresa Reyes y corregida en el libelo que se presentó el 25 de enero de 1969 enderezándolo también contra María Leonor Molina, en la cual se pide:

a) Que se declare que pertenecen a la demandante determinadas porciones de terreno que forman parte de la hacienda "Calandaima", ubicada en jurisdicción de Puerto López, denominadas "El Porvenir", "La Belleza", "El Consuelo", "La Esmeralda", "La Fortuna", "La Libertad", "La Novia", "Aliso", porciones que los demandados poseen con apoyo en compras que hicieron a diversos e "irregulares" adjudicatarios del Incora;

b) Que, de consiguiente, se los condene a restituirle dichas porciones con sus mejoras y a pagarle los correspondientes frutos naturales y civiles producidos o que con mediana inteligencia y cuidado hubieren podido producir desde que los comenzaron a poseer;

c) Que se declaren "inexistentes" las adjudicaciones hechas por el Incora, de las que proceden los títulos de los demandados, como también la que la Gobernación del Meta efectuó a favor del demandado Reyes Medina, las cuales se hicieron mediante las resoluciones que con sus respectivos números y fechas se citan en la demanda.

2. Tales súplicas se fundaron en los hechos siguientes:

a) En el año de 1957, el Ministerio de Agricultura mediante Resolución número 549 del 12 de noviembre, adjudicó a Eduardo Tovar Torres la hacienda "Calandaima", dentro de la cual están ubicadas las porciones de terreno que se reivindican; Tovar Torres la vendió en 1959 a Enrique Umaña Umaña, y éste, a su vez, a Elvira Umaña de Torbaum en 1962, según escrituras que se indican en el libelo y que en copias auténticas se acompañan al mismo.

b) Desde "hace más de cinco años, los demandados poseen de mala fe aproximadamente 300 hectáreas de las 938 que integran dicha hacienda, reputándose dueños, sin serlo, comoquiera que derivan su título del Incora en forma anómala".

3. En la contestación de la demanda original, porque a la corregida no se dio respuesta, se confesó la posesión alegando tenerla con justo título y buena fe; se negaron en lo esencial los demás hechos; se formuló oposición a las súplicas; y se propusieron dos excepciones: a) Ineptitud sustantiva del libelo, por no haberse demandado a los adjudicatarios del Incora y de la Gobernación del Meta, ni a ninguna de estas entidades oficiales, y b) falta de legitimación para obrar, por deficiencia sustancial de los títulos de la demandante.

4. Santos Reyes Medina propuso demanda de reconvención en la que pide que, para el caso de acogerse favorablemente la petición reivindicatoria, se condene a la demandante al pago de

$ 200.000.00 por concepto de mejoras o la cantidad que pericialmente se fije en el proceso, y se reconozca al reconviniente el derecho de retención sobre el terreno, entretanto se paguen esas mejoras o se asegure su importe.

5. El Juez del Circuito de Puerto López, funcionario a quien correspondió el conocimiento del proceso en su primera instancia, luego de tramitada ésta, dictó fallo inhibitorio de fecha 25 de enero de 1973, por faltar tanto al presupuesto procesal de demanda en forma respecto del libelo principal como el de competencia para decidir las dos pretensiones, planteadas ambas como principales. Como nada decidiera acerca de las súplicas de la demanda de reconvención, le fue devuelto el expediente para que subsanara esta omisión, lo que hizo inhibiéndose también en cuanto a las pretensiones del contrademandante, en sentencia complementaria del 23 de mayo del mismo año.

6. En virtud de apelación interpuesta por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio desató el recurso revocando en todas sus partes la sentencia del inferior y en su lugar, despachando favorablemente, tanto las dos primeras pretensiones de la demanda principal como las de la de reconvención, e inhibiéndose de decidir lo tocante con la "inexistencia" de las resoluciones de adjudicación a los causahabientes de los demandados, por no ser de su competencia ese pronunciamiento. Condenó, además, en las costas de ambas instancias a los demandados.

II

Motivación del fallo impugnado.

1. Comienza el sentenciador, luego de reseñar la actuación y de resumir los motivos que llevaron al *a quo* a proferir su fallo inhibitorio, con el examen de lo concerniente a la demanda en forma, en orden a determinar si son o no son acumulables en un mismo libelo las pretensiones de la demandante y si, en caso de no serlo, ello implicaría la necesidad de dictar sentencia inhibitoria total, como lo hizo el inferior.

2. Sobre el particular cita algunas sentencias de la Corte, conforme a las cuales hay lugar a sentencia de mérito cuando quiera que el juez sea competente para conocer de alguna o algunas de las súplicas de la demanda, mas no de otra u otras, respecto de las cuales cabe declarar la inhibición parcial.

Con apoyo en esta doctrina, concluye el Tribunal que la jurisdicción ordinaria puede decidir este proceso fallando en el fondo las pretensiones de la demanda relativas a la declaración de dominio y a la reivindicación, como también la concerniente al pago de mejoras y al derecho de retención que pidió el contrademandante, absteniéndose de hacerlo en lo que atañe a la "inexistencia" de las resoluciones administrativas del Incora, mediante las cuales se hicieron adjudicaciones a los causantes de los demandados, lo cual compete a otra jurisdicción.

3. En seguida examina el fallador las condiciones de la acción reivindicatoria y observa que la titulación de la parte demandante se inicia con la adjudicación que hizo el Estado a Eduardo Tovar Torres, antecesor en el dominio de Elvira y tiene mayor antigüedad que la aducida por los demandados, de lo cual deduce que aquélla tiene mejor derecho que estos últimos. Y como en los medios de convicción allegados al proceso encuentra debidamente probados los elementos posesión, cosa singular reivindicable e identidad entre lo que se pretende recuperar y lo poseído por los demandados, termina afirmando que las súplicas sobre declaración del dominio y reivindicación deben acogerse favorablemente.

4. Estudia en seguida lo relativo a las mejoras que se invocan en la demanda de reconvención y al valor de ellas. Dice que la existencia de tales mejoras, consistentes en cercos de alambre, cultivo de banano, pequeña casa de habitación, corrales y pastos artificiales, quedó demostrada mediante el dictamen pericial, prueba que a su vez dejó establecido que aquéllas valen $ 16.800.00.

5. Finalmente, se detiene en la consideración de las excepciones propuestas por la parte demandada.

a) En cuanto a la denominada "ineptitud sustantiva de la demanda principal", por no haberse demandado al Incora, ni a la Gobernación del Meta, ni a quienes fueron adjudicatarios de estas entidades, dice el sentenciador que, o bien se trata "de la causal de nulidad contenida en el numeral tercero del artículo 448 del anterior Código de Procedimiento", o bien "de la falta de presupuesto material para obtener sentencia de fondo o de mérito conocido como falta de legitimación en causa por pasiva", y concluye que ninguno de estos medios defensivos podría tener cabida en el proceso, comoquiera que lo concerniente a la inexistencia o invalidez de las adjudicaciones efectuadas por esas dependencias administrativas no es de competencia de la jurisdicción ordinaria, como sí lo es, en cambio, lo relativo a dominio, reivindicación, mejoras y derecho de retención.

Dice al respecto el sentenciador: "Sin embargo, establecido que lo concerniente a las adjudicaciones efectuadas por el Incora y la Gobernación del Departamento, no es de competencia de la jurisdicción ordinaria como sí lo es, en cambio, el conocimiento de la acción reivindicatoria, no puede tener cabida este medio defensivo, ni como causal de nulidad ni como defecto procesal para impedir el pronunciamiento de fondo sobre la acción de dominio propuesta. Lo que ocurre en realidad es que no corresponde a la jurisdicción ordinaria pronunciarse sobre las dichas adjudicaciones, menos aún sobre su invalidez o 'inexistencia'; no porque se haya propuesto el asunto como excepción o como causal de nulidad y es en el sentido anterior como ha debido ser propugnada su declaratoria, no como simple impedimento procesal, sin desconocer la competencia. Por ello no puede ser acogida".

"Con los mismos argumentos —agrega el *ad quem*— debe ser desechada la (excepción) de prescripción de las acciones contra las mentadas resoluciones de adjudicación, ya que no es del resorte de esta jurisdicción este aspecto, como se aclaró atrás".

b) Y por lo que toca con la "falta de legitimación para obrar", en razón de deficiencias en los títulos de la demandante, excepción que se funda en circunstancias tales como imprecisión en la descripción que de los linderos se hace en la demanda, supuesta existencia de renglones en blanco en la copia de la misma entregada a la parte demandada y nulidad absoluta de una pretendida donación oculta no insinuada, afirma el Tribunal que ninguno de tales hechos fue demostrado, ni podría desvirtuar el "derecho de dominio (de la actora) sobre el bien y, a la vez, la condición de poseedores de los demandados, calidad ésta que no fue desconocida, sino antes bien aceptada por ellos".

III

La demanda de casación.

La parte demandada en el proceso formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, todos ellos dentro del campo de la causal primera de casación, así:

Primero. Infracción directa, por aplicación indebida, de los artículos 946, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969 y 970 del C. Civil, "a causa de la violación medio de los artículos 17 del C. C. y 82 y 83 del C. de P. C., vigentes cuando se profirió la sentencia de segundo grado, por haber dejado de aplicarlos".

Afirma el recurrente que en la demanda que dio origen a este proceso, se acumularon "en forma simple las pretensiones de reivindicación de unos inmuebles y de declaración de *inexistencia* (subraya el texto) de las adjudicaciones hechas por el Incora..." a varias personas "mediante las resoluciones que en la petición quinta se determinan. De su sola lectura se advierte, al rompe, que la pretensión en ella deducida versa sobre la ineficacia de actos administrativos a los cuales se vinculan intereses de varias personas, que no puede ser decidida sin la comparecencia de todas ellas, y que, por lo mismo, se trata de un litis consorcio pasivo".

Advierte en seguida que esa circunstancia, aunque con "notoria falta de técnica", fue puesta de presente al juez de primer grado y con ella "que el contradictorio no estaba bien integrado y, por ende, no podía proferirse sentencia de mérito... Entrañando la petición quinta precitada la constitución de un litis consorcio necesario, y no habiéndose integrado el contradictorio en la primera instancia, el pronunciamiento de un fallo inhibitorio por el Tribunal resultaba inexcusable".

Ello, no obstante, agrega la censura, el Tribunal falló de mérito sobre las súplicas de la reivindicación y se declaró inhibido en cuanto la pretensión que se comenta, con el argumento de su falta de competencia para proveer sobre ella, por tratarse de actos administrativos. "No debe olvidarse —agrega— que una demanda que no comprende a todas las personas que han debido ser demandadas es sustantivamente inepta" y que la Corte ha dicho que "sin esa concreción necesaria de audiencia y vencimiento en juicio, *no llega a formarse el laso jurídico* procesal desatable por sentencia de mérito". (Subrayado en la demanda).

Dice en seguida que de acuerdo con la doctrina, cuando una demanda contiene indebida acumulación de acciones, no le es dado al sentenciador desacumularlas y conocer sólo de aquellas que fueren procesalmente idóneas, puesto que el demandante le somete todas a su conocimiento; que el juez no puede pronunciarse acerca de su competencia para decidir la demanda sino cuando en el proceso se hallan presentes todas las personas a quienes puede afectar tal pronunciamiento; que si el contradictorio no está debidamente integrado, su poder de decisión se halla limitado exclusivamente al pronunciamiento del fallo inhibitorio; y que como en el presente caso el juez desacumuló las pretensiones, acogiendo una y absteniéndose de decidir sobre la otra, "violó, por no haberlos hecho actuar, los preceptos contenidos en los artículos 17 del C. C., y 82 y 83 del

C. de P. C.", violación ésta que lo llevó a aplicar indebidamente las normas que cita en el encabezamiento del cargo.

Segundo. Se acusa el quebranto por indebida aplicación de los mismos artículos del Código Civil indicados en el cargo anterior "a causa de la violación medio del artículo 209 del Código Judicial vigente cuando en este proceso se admitió la demanda y se dio traslado de ella a los demandados, y de los artículos 82, 85 y 156 *in fine* del C. de P. C., vigentes cuando se pronunció el fallo acusado, por inaplicación de los mismos".

El recurrente hace un somero análisis de la acumulación de pretensiones en una misma demanda y afirma que aquélla, por ser de carácter excepcional, sólo cabe cuando se reúnen los requisitos que en su época señalaba el artículo 209 del C. J., y hoy regula el artículo 82 del C. de P. C., cuyas normaciones son idénticas, la primera de las cuales es precisamente la competencia del juez para conocer de todas.

De ahí, agrega, que el C. J., en su artículo 333 autorizara al demandado a proponer la excepción dilatoria de inepta demanda y que con el mismo propósito, el artículo 85 del C. de P. C., ordene al juez no admitir una demanda que contenga indebida acumulación de pretensiones, y que en el artículo 97 faculte al demandado para alegar como excepción previa "*la ineptitud de la demanda* por falta de los requisitos formales o *por indebida acumulación de pretensiones*" (subraya el recurrente).

"Resulta, a mi juicio, inaceptable sostener que en caso de indebida acumulación de pretensiones, particularmente cuando falta el requisito de la competencia del juez, se pueda adelantar el proceso para decidir y ventilar las que sean de su competencia, porque, repítese, le está vedado a aquél desacumularlas, desde luego que todas le fueron sometidas a su conocimiento. De lo contrario... no encontraría justificación la orden de *declarar inadmisible* la demanda en que se acumulen pretensiones sin el lleno de todos los requisitos, y de *rechazarla* luego si no se subsana el defecto, contenida en el artículo 85 precitado. Si el juez no declara inadmisible la demanda que contiene una indebida acumulación de pretensiones y el demandado tampoco propone la excepción previa de ineptitud de la demanda, el juez tendrá que proferir fallo inhibitorio, pues la falta del presupuesto de demanda en forma le impide dictar sentencia de mérito. Reiterada jurisprudencia de la Corte lo tiene establecido".

En seguida la censura hace referencia a algunas doctrinas de la Corte, según las cuales en casos como el que está *sub júdice*, cabe fallar de mérito en cuanto a las pretensiones para las cuales tiene competencia el juzgador e inhibirse de decidir sobre las restantes, pero considera que ello ya no es posible "frente a preceptos tan perentorios como los de los artículos 82, 85 y 97 del C. de P. C.... pues no hay término medio, o se cumple el presupuesto de demanda en forma por hallarse correctamente acumuladas las pretensiones y entonces el fallo ha de ser íntegramente de mérito o no se cumplen, por estar indebidamente acumuladas, y, entonces, la sentencia habrá de ser por fuerza inhibitoria".

IV

Consideraciones de la Corte.

La jurisprudencia de la Corte acogió desde hace muchos años la doctrina preconizada por el procesalista alemán Bülow, acerca de los denominados presupuestos procesales *"que son los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal". (*LXXXVIII, *página 348).*

Tales presupuestos, como es bien sabido, son los siguientes: a) demanda en forma; b) capacidad para ser parte; c) capacidad procesal; y d) competencia del juez. La falta de uno de los dos primeros, inevitablemente conduce a que se pronuncie sentencia inhibitoria; la de los dos últimos, produce la nulidad de la actuación.

La demanda, o sea la petición con la cual se inicia un proceso, necesariamente debe reunir ciertos requisitos formales que exige el Código de Procedimiento Civil en su artículo 75, y a ella es necesario acompañar los anexos que enumera el artículo 77 ibídem, *so pena de que el juez la declare inadmisible (artículo 85).*

Durante la vigencia del Código Judicial (Ley 105 de 1931) los requisitos que debían reunir las demandas estaban establecidos "principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737" (G. J., cit., página 349), y si la demanda en los procesos ordinarios de mayor cuantía, no contenía las designaciones o indicaciones de que trataban los artículos 205 y 737 o había oscuridad en las peticiones, el juez debía abstenerse de darle curso para que fuese corregida o aclarada, según lo ordenaba el artículo 738.

Sin embargo, la admisibilidad de la demanda no depende hoy únicamente de que se cumplan las exigencias arriba mencionadas, porque, además de ellas, al tenor del artículo 85, requiérese también que no contenga indebida acumulación de pretensiones; que haya sido incoada por quien

tenga ius postulandi *o que sea bastante el poder que ostenta la persona que la formula a nombre de otro; y que haya sido presentada personalmente por su signatario.*

De acuerdo con el citado artículo 85, el juez ante quien se presenta una demanda que carece de los requisitos legales indicados, debe proceder en una de las siguientes dos formas: a) Si carece de jurisdicción o de competencia o si del libelo o de sus anexos aparece que ha caducado el término legal que tenía el demandante para promover el proceso, deberá rechazarla in limine; *y b) si no cumple con alguna de las demás exigencias legales apuntadas, debe proferir una providencia en la que señale "los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de cinco días, y si así no lo hiciere la rechazará".*

En el evento de que por haberle pasado inadvertidos uno o varios de los defectos que afectan a la demanda, el juez no haya hecho uso de las facultades arriba mencionadas y por tanto la haya admitido, la parte demandada puede proponer las excepciones previas que correspondan, dentro del término del traslado respectivo, en los procesos en que ello tiene cabida (artículo 97).

Si el defecto de que adolece el libelo incide en la validez de la actuación procesal correspondiente, en el caso de que ésta se haya adelantado porque el juez se abstuvo de rechazarla o de adoptar las medidas de saneamiento convenientes (artículo 403), y el demandado omitió también proponer excepciones previas pertinentes, las partes pueden pedir que por vía incidental se declare la nulidad que por tal motivo afecte la actuación "en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia", según el artículo 154. El juez puede también declarar tal nulidad "en cualquier estado del proceso" (artículos 157 y 358) cuando no fuere saneable (artículo 156, inciso final) o cuando siéndolo (artículo 156) no se hubiere saneado.

Todo lo anteriormente expuesto demuestra el afán del legislador en evitar el derroche de la actividad jurisdiccional, y su evidente propósito de que los jueces puedan proferir sus décisiones sobre el mérito de las pretensiones deducidas por las partes en procesos que no adolezcan de ningún vicio.

En cuanto al presupuesto procesal de demanda en forma se refiere y sobre la ineludible base de que la actuación esté libre de vicios y de que en el proceso no se hayan empleado los remedios antes indicados, dijo la Corte en su sentencia atrás mencionada, que si el juez "en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto de forma de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio *(se subraya) el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia por causa de este impedimento procesal. Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho...". (*LXXVIII, *página 349).*

Esa decisión inhibitoria, pues, no cabe cuando se está en presencia de un defecto procesal que produce la invalidez de la actuación, en cuyo caso el juez debe dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 154.

Respecto de la acumulación de pretensiones inacumulables, por ser opuestas o contradictorias, dijo la Corte en la primera sentencia en que estudió concretamente el tema de los presupuestos procesales (21 de julio de 1954), que "si en el momento de proferir sentencia definitiva, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, ¿qué es lo que debe hacer? Ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradicción es meramente aparente: así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir ninguno, etc. De este examen se puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, están formuladas condicional o subsidiariamente en forma sucesiva, eventual o alternativa *(subrayado en el texto), y no en forma* concurrente, *a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada. Mas si la interpretación es posible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe". (*LXXVIII, *página 103).*

De lo anteriormente transcrito se ve que el fallo inhibitorio es procedente cuando las pretensiones principales de la parte demandante no son acumulables, precisamente por ser opuestas o contradictorias entre sí, es decir, que una de ellas excluya a la otra, porque atentan contra el principio de contradicción. Tal sería el caso de que se pidiesen simultáneamente la declaración de nulidad y la resolución de un contrato,

o que se impetrase a un mismo tiempo el cumplimiento de obligaciones emanadas de un pacto contractual y la resolución del mismo.

En cambio, cuando por no haberse aplicado oportunamente alguno de los remedios procesales antes comentados, el sentenciador encuentra que la actuación es válida y está debidamente tramitada pero que carece de competencia para decidir sobre una o más de las súplicas principales, aunque sí la tiene para pronunciarse sobre las otras, puede muy bien dictar sentencia y decidir sobre el mérito de las pretensiones respecto de las cuales es competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás.

Esta situación suele presentarse cuando en una misma demanda se han formulado peticiones dentro del campo de la competencia de la justicia ordinaria y otras ajenas a ésta por estarlo dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es claro que tal acumulación es indebida y que, por tanto, el juez habría podido rechazarla de conformidad con el numeral 4º del artículo 85 del C. de P. C., o que el demandado habría podido también pedir reposición del auto admisorio respectivo o proponer la excepción previa correspondiente, según el numeral 5º del artículo 97. Sin embargo, si nada de ello ocurrió, y, por el contrario, la litis se tramitó legalmente hasta quedar en estado de recibir sentencia, surge entonces el dilema que se plantea en el negocio que ahora se estudia: por razón de esa indebida acumulación de pretensiones la sentencia debe ser totalmente inhibitoria, como lo pretende el recurrente, o tal inhibición puede ser parcial, como lo arguye el opositor, en cuanto a las súplicas para cuya decisión el juez carece de competencia y al mismo tiempo de mérito respecto de aquéllas para las cuales sí la tiene.

La jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por el segundo extremo de la alternativa propuesta, es decir, por la inhibición parcial, ya que, por otra parte, ese tipo de acumulación de pretensiones no acarrea la invalidez del proceso. En efecto, de acuerdo con el principio de la especificidad, no cabe anular una actuación por motivos distintos de los que taxativamente enumera la ley, ni cabe tampoco aplicar éstos, por analogía, a casos no contemplados expresamente en las normas legales.

La Corte expuso a este respecto lo siguiente: "*Por razones de economía procesal* (se subraya) que no agravan las condiciones del demandado, la Sala insiste en que el proceso no es nulo cuando el juez es competente para conocer siquiera de una de las acciones entre las varias propuestas en la demanda. El proceso no es nulo en absoluto ni puede anularse para unas acciones y ser válido para otras, cuando el juez es competente para conocer de una de ellas. Porque es claro que, si al pronunciar la sentencia de instancia el Tribunal... encuentra que no es competente para conocer de alguna de las acciones, pero que sí lo es para otras, así debe declararlo en el fallo y proceder en consecuencia". (31 de mayo de 1954, LXXVII, página 726). Esta doctrina originalmente expuesta en auto del 22 de abril del mismo año (G. J. cit., página 724), fue reiterada posteriormente, en providencia del 13 de agosto de 1957 (LXXXVI, página 363) y luego en sentencia del 11 de octubre de 1962 en la cual reiteró "la doctrina de que la incompetencia de jurisdicción respecto de una de las varias acciones que se acumulan en una misma demanda no genera la nulidad de toda ésta, si el juez o Tribunal la tiene para el conocimiento de las demás..." (C. página 109), en casos no sólo semejantes sino iguales al de que ahora se ocupa la Corte.

En sentencia también de la Sala de Casación Civil había dicho "que la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del C. J., la secuela del juicio con la claridad que arrojen las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas... en vez de pronunciar *con olvido de la economía procesal* (se subraya), sentencia inhibitoria que anula esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de esa solución" (Casación civil, 12 de agosto de 1948, LXIV, página 706). La Sala de Negocios Generales acogió integralmente lo que se deja transcrito en sentencia del 16 de agosto de 1955 (LXXXI, página 317).

Hernando Morales, en obra publicada estando ya en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, al comentar la acumulación objetiva de pretensiones, dice sobre el tema en estudio lo siguiente: "Así, pues, el único caso en que la falta de competencia del juez produce inhibitoria parcial es cuando alguna pretensión no es de competencia del juez, pero las otras sí, caso en que debe pronunciarse sobre aquéllas que sí le corresponden, pues la nulidad se purga con éstas". (Curso de Derecho Procesal Civil, 6ª ed., Bogotá, 1973, de A. B. C., página 354).

Respecto, pues de la indebida acumulación de pretensiones, de todo lo anterior se puede concluir lo siguiente:

A) Cuando ella se presente, el juez debe declarar inadmisible la demanda que la contenga (artículo 85, numeral 3, C. de P. C.).

B) Si el juez no procede en la forma indicada, el demandado puede pedir reposición del auto admisorio de la demanda por ese motivo, o bien proponer la excepción previa de ineptitud de la demanda (artículo 97, numeral 5º).

C) En el evento de que en un proceso no haya ocurrido ninguna de las dos situaciones que acaban de exponerse, si las partes o el juez estiman que la demanda contiene pretensiones indebidamente acumuladas, no es posible alegar la nulidad de la actuación o decretarla de oficio, porque esa circunstancia no está comprendida en la enumeración taxativa de los motivos de invalidez procesal que consagra el artículo 152.

D) Finalmente, en el caso de que el juzgador estime que esa actuación está libre de todo vicio procesal, lo cual presupone que se han cumplido los presupuestos procesales de competencia y legitimatio ad processum, *y que por tanto procede la sentencia respectiva, debe estudiar también si existen los dos presupuestos procesales restantes, vale decir, si demandante y demandado tienen capacidad para ser parte y si el proceso se inició con una "demanda en forma". La falta de alguno de estos últimos obliga al juez a proferir sentencia inhibitoria.*

F) Según el numeral 5º del artículo 97, la ineptitud de la demanda puede provenir de dos motivos diferentes: falta de los requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones.

G) En cuanto se refiere al presupuesto procesal de demanda en forma, la situación puede ofrecer dos modalidades distintas: una de ellas, que la demanda verdaderamente carezca de las formalidades que la ley señala, en cuyo caso, deberá inhibirse para fallar en el fondo de la cuestión debatida; la otra, que en ella se hayan acumulado pretensiones opuestas o contradictorias. En este último caso, debe estudiar, además, si todas ellas se formularon como principales y por tanto se da esa situación de incompatibilidad o contraposición que impide fallar de mérito. Sin embargo, si lo que ocurre es que carece de competencia para decidir alguna o algunas de ellas, pero si la tiene para pronunciarse sobre las otras, debe dictar fallo inhibitorio respecto de las primeras y de fondo en cuanto a estas últimas.

Aplicando todo lo expuesto a los dos cargos en estudio se llega a las siguientes conclusiones:

La parte demandada, habiendo podido hacerlo, no formuló en legal forma reparo alguno a la indebida acumulación de pretensiones que contiene la demanda que dio origen a este proceso. Como el mismo recurrente lo admite, dicha parte utilizó una vía procesal a todas luces injurídica, como fue la de proponer por ese motivo una excepción de mérito que denominó "ineptitud sustantiva de la demanda". Así las cosas, transcurrieron las instancias, sin que los demandados volvieran a censurar de manera legal y adecuada esa acumulación indebida, la cual, como atrás se vio, no configura motivo de nulidad del proceso. De ahí precisamente que el impugnante no hubiese formulado cargo alguno contra la sentencia del Tribunal por la causal 5ª de casación.

A las razones anteriormente expuestas, que son bastantes para que tampoco prospere el primer cargo, cabe agregar la siguiente:

Si el juez de primer grado consideró que no era competente para decidir en el fondo la litis, por lo cual en la sentencia declaró su inhibición total al efecto, ningún interés revestía dar cumplimiento a lo que estatuye el artículo 83 del C. de P. C., en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 403 *ibídem*, lo que sólo cabe para que el juzgador pueda "resolver de mérito" sobre las pretensiones de las partes. Según las referidas normas, dicha facultad no le era dado ejercerla al *ad quem*.

En consecuencia, la acusación es infundada y por ello no prospera.

Tercer cargo.

Se acusa la sentencia "por haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 946, 950, 952, 961, 962, 963, 966, 967, 968, 969 y 970 del C. C. y por falta de aplicación del 6º de la Ley 97 de 1946, a causa de errores de hecho en que incurrió el Tribunal...".

Al puntualizar los errores fácticos que atribuye al sentenciador, dice el recurrente que según el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, se presume de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío "cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimientos de ganados por un período no menor de cinco años..." y que el Tribunal no se percató que las resoluciones de adjudicación dictadas por el Incora que la parte demandada aduce como títulos de dominio sobre los terrenos objeto de la reivindicación tienen una anterioridad mayor de cinco años a la fecha de adjudicación. Aunque el Tribunal vio las escrituras mediante las cuales se protocolizaron esas resoluciones, dice el recurrente, "les cercenó su contenido... y no apreció los certificados del registrador", por lo cual incurrió en

manifiesto error de hecho. "De no haber incurrido en él, habría visto que esas resoluciones se registraron entre el 6 de agosto de 1965 y el 2 de junio de 1966, o sea con dos años de anterioridad a la presentación de la demanda reivindicatoria, la cual fue recibida por el Juzgado el 23 de julio de 1968.

Agrega en seguida que "ese error trajo como consecuencia la inaplicación del artículo 6º de la Ley 97 de 1946 que hace oponible a terceros la presunción de derecho de que son baldíos los terrenos adjudicados, pasado un año de la fecha de inscripción en el registro. Y de otra, la violación de los preceptos sustanciales sobre la reivindicación y prestaciones mutuas por haberlos aplicado indebidamente, pues que si era oponible a la demandante la presunción de derecho mencionada, no admitía prueba en contrario, y, por consiguiente, no podían prevalecer los títulos de propiedad de aquélla sobre los de los demandados".

Se tiene en cuenta:

El Tribunal, como se expuso en el resumen que se hizo de su sentencia, consideró que en el caso *sub júdice* las partes enfrentan sus respectivos títulos de dominio sobre el inmueble objeto de la reivindicación, pero que siendo la cadena que adujo la demandante de mayor antigüedad que la de los demandados, aquéllos debían prevalecer sobre éstos.

"Cuando el poseedor, además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito —ha dicho la Corte— entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado, para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la pretensión reivindicatoria de éste no puede triunfar" (Casación civil, 7 de junio de 1938, XLVI, página 626. LXXV, página 35).

Por este aspecto, pues, la sentencia no incurrió en quebranto alguno de las normas atinentes a la reivindicación que se dicen violadas por aplicación indebida. Tal violación, según el recurrente, obedeció a que el Tribunal cercenó el contenido objetivo de los títulos allegados por la parte demandada, en cuanto en éstos aparecía que las personas que vendieron a los demandados las fincas que son objeto de esta controversia, los habían obtenido por adjudicación que les hizo el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— y que tales adjudicaciones, tanto por el hecho en que se apoyaron como por las fechas en que fueron hechas y por aquéllas en que se registraron, daban lugar a la presunción de derecho que consagra el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, que la censura considera violado por falta de aplicación.

Según la referida norma, se presume de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad de la fecha de adjudicación. En el inciso final estatuye que "la presunción de derecho que aquí se consagra no surtirá efectos contra terceros sino después de un año, a partir de la fecha de inscripción de la providencia de adjudicación en la Oficina de Registro competente".

El Tribunal, según lo expresó en su sentencia, tuvo en cuenta las adjudicaciones hechas por el Incora a quienes posteriormente vendieron a los demandados los terrenos así obtenidos; es decir, al estudiar la cadena de títulos que éstos presentaron, se remontó hasta las adjudicaciones en referencia. Pero otro tanto hizo, y así aparece en dicho fallo, en cuanto a los títulos aducidos por la demandante: se remontó igualmente hasta la adjudicación de la actual finca "Calandaima" que hizo el Estado a favor de Eduardo Tovar Torres, quien la enajenó a Enrique Umaña y éste a su vez la vendió a la demandante. Dicho en otras palabras, el sentenciador encontró que ambas titulaciones tenían idéntico origen, pero le dio prevalencia a la de Elvira, por ser más antigua. Así, pues, a dicha señora también le es aplicable el artículo 6º de la Ley 97 de 1946.

Tanto es así, que en la resolución a favor de Tovar Torres en el año de 1957 se hizo la respectiva declaración, en el sentido de que la aludida presunción de derecho "solo producirá efectos contra terceros pasado un año a partir de la fecha de su inscripción en la Oficina de Registro".

Es verdad que en el texto de la sentencia no hay referencia alguna al precepto legal de que se trata, ni a las declaraciones que en cuanto a la precitada presunción de derecho se hacen tanto en la resolución a favor del antecesor en el dominio de la demandante como en aquellas que se hicieron en pro de los tradentes del demandado. Pero no por ello, como repetidamente lo ha dicho la Corte, puede considerarse que el sentenciador ignoró o pasó por alto ese aspecto de las pruebas, luego no existe el error de hecho

que en este sentido se atribuye a la sentencia impugnada.

El sentenciador ciertamente no podía hacer pronunciamiento alguno, por falta de competencia y porque ello no le fue solicitado, en cuanto a los efectos prevalentes que pudiese tener la presunción de derecho establecida en favor de la demandante respecto de aquéllas que también tenían a su favor los demandados. Debía limitarse a estudiar y a confrontar las dos titulaciones, cuyo origen era el mismo (adjudicación de baldíos a un explotador agrícola o ganadero), y al hacerlo halló que la de la demandante era más antigua, en lo cual apoyó su decisión favorable a las pretensiones reivindicatorias de la misma.

Por consiguiente, el Tribunal no sólo no incurrió en el error de hecho que se le atribuye, sino que tampoco quebrantó el artículo 6º de la citada Ley 97.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 26 de abril de 1974.

Condénase en costas a la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Arriza, Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

Por cuanto no comparto la decisión tomada por la mayoría de la Sala en el fallo que antecede, ni menos la motivación cardinal en que dicha resolución se apoya, con el respeto que debo al criterio de mis compañeros y a los muy ilustres nombres de quienes suscribieron las providencias que en la presente sentencia se toman como antecedente doctrinario, en cumplimiento del pertinente precepto legal oportunamente procedo a exponer las razones de mi disentimiento.

Motivación de la sentencia de la Corte.

Reproduciendo anteriores doctrinas de esta corporación, dice la Sala, aserto que comparto en su integridad, que los presupuestos procesales, entre los cuales enlista el denominado *demanda en forma,* son los "requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal"; y con acierto añade que la falta de uno de ellos, particularmente del específicamente indicado, "inevitablemente conduce a que se pronuncie sentencia inhibitoria".

Orientada por este postulado inicial, el cual enfáticamente repite en la conclusión D) de sus consideraciones, agrega la Sala que hoy, según las pertinentes normas procesales, la admisibilidad de la demanda introductoria del proceso "no depende únicamente de que se cumplan las exigencias arriba mencionadas" (alude a los requisitos de forma previstos en los artículos 75 y 77 del C. de P. C.), "porque además de ellas, al tenor del artículo 85, requiérese también que no contenga indebida acumulación de pretensiones". Aseveración esta última que reitera con énfasis de la conclusión F) de sus consideraciones. Y para abonar su cardinal motivación, acertadamente la Sala recuerda y transcribe la tradicional jurisprudencia de la Corte consistente en que, si al tiempo de fallar, por omisión de las procedentes medidas de saneamiento, el juez se encuentra en frente de una demanda que está estructurada en indebida forma, su deber es "declarar su inhibición para decidir la controversia por causa de este impedimento procesal".

Empero, con ostensible falta de lógica, y es aquí entonces en donde reposa la razón que motiva mi discrepancia con la Sala, ésta concluye que cuando en la demanda introductoria del proceso se acumulan pretensiones, frente a las cuales el juez solamente tiene competencia para unas y no para otras, su deber es proferir sentencia de mérito en relación con las primeras e inhibitoria para las segundas. En apoyo de su deducción, la Sala cita algunas doctrinas que, inspiradas en el principio de la economía procesal, pronunció la extinguida Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en los años de 1954, 1955 y 1957.

Razones de mi disentimiento.

Considero que la sentencia que motiva mi discrepancia, con falta de lógica, a mi juicio, restringe los efectos que con carácter absoluto en su consideración capital atribuye a la ausencia del presupuesto de demanda en forma; que, equivocadamente a mi entender, mutila los alcances del concepto de acumulación indebida de pretensiones, pues estima que solo se da cuando se agregan en la misma demanda pretensiones que son, por su naturaleza, opuestas o contradictorias

entre sí; que erradamente, en mi concepto, al proferir sentencia en parte con efectos de cosa juzgada material y en parte inhibitoria, se escinde la unicidad de la relación jurídico-procesal, y por ende la unidad de un acto único como lo es la demanda que ha generado aquélla; y, finalmente, porque la mayoría de la Sala, en la sentencia que comento, confiere al principio de la economía procesal un carácter absoluto que, en mi sentir, no tiene ni puede otorgársele sin beneficio de inventario.

A intento de explanar mis aseveraciones anteriores, respetuosamente formulo las siguientes observaciones:

Primera. La demanda en forma como presupuesto procesal.

La demanda es, como lo anota José Chiovenda, la declaración de voluntad del actor de que sea actuada en favor suyo la ley sustancial; y como su pretensión la decide el juez en la sentencia, debe seguirse que ésta y aquélla se encuentran en íntima y estrecha relación. La sentencia, en su especie y medida, está determinada por la demanda.

A tal punto es tan íntima la relación entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ha visto en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento que, por su iniciación, se denomina procedimiento de demanda; y por su finalidad, procedimiento de sentencia.

Dada pues la trascendencia que reviste la demanda en la constitución del proceso, los legisladores han determinado siempre que haya de velarse cuidadosamente porque la que se admita lo sea en condiciones viables; pues que de esta idoneidad va a depender en mucho la validez de la relación procesal que se decide en la sentencia.

La demanda, que como está dicho es el escrito por el cual se pide tutela jurisdiccional para un derecho subjetivo al través de una sentencia, tiene un carácter en parte determinante y en parte preparatorio: lo primero, porque concreta los sujetos del proceso, el funcionario llamado a actuar, la pretensión o pretensiones instauradas; y lo segundo, porque prepara y delimita el campo de acción del juez y de las partes.

De acuerdo con el ordenamiento procesal colombiano, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82, entre otros, del Código de Procedimiento Civil. Cuando la demanda se estructura desacatando estos imperativos legales, adolece de un defecto tal que le infunde ineptitud para alcanzar su fin propio, hablándose en tal evento de la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma. Y si inicialmente o durante el desarrollo del proceso no se ha saneado el defecto, ora por ser iniciativa del juez o ya por gestión de las partes, la sentencia de mérito, como categóricamente lo reconoce y lo predica con énfasis la mayoría de la Sala, no puede proferirse por ausencia de dicho presupuesto procesal.

Según la preceptiva legal pertinente (artículo 75-5 del C. de P. C.), para que la demanda sea admitida debe contener, entre otros requisitos de forma, la determinación precisa y clara de "lo que se pretenda" por el demandante, o sea la nítida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaura. Ocurrido este segundo evento es necesario advertir, en el momento de proferir el fallo si antes no se ha corregido la irregularidad, si la acumulación objetiva contenida en la demanda es legalmente procedente, pues de no serlo, dicho libelo que la contiene no está debidamente conformado, y, en tal supuesto, por esa razón el fallador no puede entrar a decidir de mérito ninguna de las pretensiones deprecadas por el demandante.

Segunda. La acumulación objetiva de pretensiones.

El fenómeno de la acumulación o agregación de varias pretensiones en una sola demanda, que expresamente autoriza en su primera parte el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y que encuentra su fundamento racional en el principio de la economía procesal, depende pues, de la voluntad del demandante, porque es él quien tiende en tal caso a reunir en un solo proceso, como es una la demanda con la cual éste se inicia, dos o más pretensiones con el propósito de que se examinen conjuntamente y se decidan en sentencia única.

Pero si la ocurrencia del fenómeno está al arbitrio del demandante, la procedencia de la acumulación no queda al amparo de su absoluta libertad: está limitada por la incompatibilidad que las varias pretensiones tengan entre sí, desde luego que el citado texto preceptúa que en el mismo escrito de demanda el demandante puede deducir varias pretensiones contra el demandado, "siempre que concurran los siguientes requisitos": a) que el juez sea competente para conocer de todas, con la salvedad prevista en el numeral 1 de esa misma norma; b) que a todas las que se agregan corresponda el mismo procedimiento; y c) que aquéllas no se excluyan entre sí, a menos de que se trate de una acumulación en forma subsidiaria.

Lo cual quiere decir, como lo sostienen los más autorizados doctrinantes en la materia, que la incompatibilidad de las pretensiones, como óbice insalvable para su debida acumulación, puede ser de orden material o de orden procesal. Hay incompatibilidad material o natural, y por esto la acumulación deja de ser lógica y legalmente posible, cuando los efectos jurídicos de dichas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos o excluyentes; y existe incompatibilidad procesal, que también veda la acumulación, cuando el juez no es competente para conocer de todas las pretensiones agregadas, o cuando a todas ellas no les corresponde, según la ley, el mismo o idéntico procedimiento.

Hablando de la acumulación objetiva de pretensiones, y más concretamente de los impedimentos para que ella sea procedente, expresa Manuel de la Plaza: "Obedece la acumulación de acciones, a un designio de economía procesal, que sólo cede cuando son incompatibles (artículo 153); y la norma legal se preocupa de determinar las que lo son (artículo 154), bien por incompatibilidad lógica, como en el supuesto de que mutuamente se excluyan, o porque el organismo judicial carezca de jurisdicción por razón de la materia o cuantía litigiosa o por la índole del proceso" (Derecho Procesal Civil, vol I, página 346. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid).

De lo cual infiero, primeramente, que según la ley procesal colombiana tan indebida es la acumulación en la misma demanda de pretensiones excluyentes entre sí, como la agregación de las que no son en su totalidad de la competencia del juez requerido para decidir sobre todas ellas, que es el caso en que el presente litigio se contempla; y segundamente, que cuando se vulnere la prohibición legal de incompatibilidad, ya sea del orden natural o ya del procesal, falta el presupuesto de demanda en forma. La falta de dicho presupuesto procesal, como con acierto lo dice el fallo de cuyas motivaciones y resolución me separo, "inevitablemente conduce a que se pronuncie sentencia inhibitoria", u obliga al juez a "declarar su inhibición para decidir la controversia"; postulado éste que, sin embargo, de la fuerza que la Sala le da, no aplica en la conclusión que toma, puesto que, olvidándose de él, escinde la demanda y la sentencia, para considerar aquélla idónea solo en parte y para proferir un solo fallo parcialmente de mérito y parcialmente inhibitorio.

El procesalista Hernando Morales, a cuya autoridad reconocida acude la Sala para apoyar la conclusión a que llega en su sentencia, en parte relevante de su obra, sostiene: "*Defectuosa acumulación.* Cuando la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones el juez no debe admitirla, señalando en el mismo auto el defecto para que el demandante lo subsane en el término de cinco días, y si no lo hace la rechazará (artículo 85). Pero si no obstante la indebida acumulación la demanda se admite, el demandado puede interponer reposición del auto admisorio o más tarde proponer la excepción previa de ineptitud de la demanda por dicha razón...

"Pero si tampoco se obra en la forma indicada y el asunto llega para fallo, y en busca de la intención del demandante, por medio de los principios de interpretación de la demanda no es posible resolver la cuestión, pues no se logra precisar una petición o aquello en que produzca algún efecto, la sentencia debe ser inhibitoria, pues un vicio en el presupuesto procesal de demanda en forma impide al juez pronunciamiento favorable o desfavorable". (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, página 358. Edición de 1973).

Tercera. La unidad de la relación jurídico - procesal.

Siguiendo las orientaciones de la doctrina general en el punto, dije atrás que entre la demanda y la sentencia existe la más palmar e íntima relación de causalidad, a tal punto que en el lenguaje forense es casi axiomático afirmar que si aquélla es la petición de ésta, la sentencia es la respuesta que la jurisdicción debe dar a la demanda.

La demanda judicial, por tanto, es condición principalísima de la existencia del proceso y de la relación jurídica que éste contiene. Y salvo los casos en que el demandado actúe en reconvención o de que se trate de acumulación de procesos, uno de los trascendentales efectos que emergen de la demanda es la *unidad de la relación jurídico - procesal,* tal cual lo reconoce la doctrina universal.

Relación ésta que sin embargo de ser compleja, pues que la constituye todo un conjunto de actos realizados por el juez y por las partes, es única, puesto que dichos actos, a pesar de su variedad y multiplicidad, están tan íntimamente relacionados entre sí que vienen a constituir un todo uniforme, dotado de sólida estructura.

"Esa unidad del proceso —afirma Hernando Devis Echandía— hace no solo que los actos que lo componen estén coordinados y concurran armoniosamente al fin que aquél persigue, sino también que el valor que la ley otorga a cada uno de tales actos, depende de ser partes de ese todo y de la influencia que tienen sobre el fin común. Exis-

te, por consiguiente, una dependencia íntima entre ellos, y por esto unos producen a los otros, los determinan, los complementan o los limitan, y la nulidad de uno vicia también de nulidad otros". (Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, página 126. Edición 1972).

Hablando de los efectos procesales de la demanda, y más concretamente de la relación procesal, anota José Chiovenda que ellos "corresponden al principio de la *unidad de la relación procesal.* Todos los actos del proceso —añade— están ligados entre sí por un vínculo común, y todos se enlazan a la demanda judicial y de ella dependen estrechamente. Así como la futura actuación de la ley ha de considerarse como ocurrida en el momento de la demanda, así toda la relación procesal debe estimarse contenida en embrión en el acto y en el momento de la demanda". (Derecho Procesal Civil, tomo II, página 130).

De todo lo cual concluyo que, siendo la relación jurídico-procesal única, esta unicidad se rompe cuando el juez, al considerar las diferentes pretensiones acumuladas en un solo procedimiento de demanda, se pronuncia de fondo frente a unas y se inhibe en relación con otras. Tal proceder implica, ni más ni menos, escindir la demanda con la cual se ha iniciado el proceso, para considerar que en parte es idónea y en parte inepta.

Cuarta. El principio de la economía procesal.

Ciertamente, dentro de los principios que gobiernan el procedimiento civil colombiano se ha enlistado siempre el de la economía procesal, que corresponde en suma a la necesidad que hay de tratar de obtener en el proceso el mayor y mejor resultado con el empleo del mínimo de actividad jurisdiccional, y, por ende, con el menor gasto de orden económico. Pero si bien ello es así, tal postulado, a mi juicio, dista, y en mucho, de tener carácter absoluto: su aplicación debe proceder solamente cuando no quebrante otros principios que, por trascender al orden público, son sin duda, de mayor jerarquía.

La economía procesal no es ni puede ser jamás la panacea que remedie y convalide irregularidades que por su trascendencia impiden la debida constitución de la relación procesal, y, por ende, el pronunciamiento de sentencia de mérito, pues que si lo fuere sobrarían en el panorama de nuestro derecho procedimental remedios tales como las nulidades, los recursos, las instancias, los presupuestos del proceso, la integración del contradictorio y, en fin, las medidas de saneamiento en general. Llevar el culto debido a la economía procesal hasta el extremo al que lo conduce la Sala en la sentencia que comento, es, a mi entender, profanar principios de orden superior; significa, ni más ni menos, autorizar a jueces incompetentes o faltos de jurisdicción para dictar sentencias ineficaces; o juzgar, con pretermisión de las formas propias establecidas para cada proceso, a quien ha sido demandado, o, inclusive condenar a quien no ha sido oído en aquél, con claro quebranto de las normas que en nuestra Carta Política consagran las garantías del juzgamiento.

Y en presencia del fenómeno de la acumulación de acciones, cuyo fundamento racional y lógico está evidentemente en la economía procesal, no creo que sea jurídico sostener, como lo pregona y lo practica la sentencia de la cual me separo, que, sin embargo, de ser ella indebida, según la ley, con apoyo en el principio anotado pueda y deba el juez juzgar y decidir en el fondo unas y no otras, pues tal proceder significa atribuir idoneidad parcial a una demanda que desde su inicio advino irregularmente estructurada, y cuya carencia de viabilidad se mantuvo durante todo el desarrollo del proceso.

Conclusión.

Las anteriores reflexiones me condujeron a sostener, durante las reuniones de la Sala en las que se profirió la sentencia, y ahora a ratificarlo, el criterio de que cuando en la misma demanda se agregan o añaden en forma simple pretensiones para cuyo conocimiento y decisión de todas no tiene competencia el juez de instancia, la demanda es inepta por indebida acumulación de ellas; y que, por lo mismo, ante la imposibilidad del fallador para desacumularlas, debe proferir sentencia inhibitoria total.

Séame permitido, para dar solidez a mi conclusión, invocar en esta salvedad de voto el criterio que en el punto exponen algunos eminentes tratadistas de derecho procesal. Leo Rosemberg dice, en efecto, que "si se alegan en una misma demanda varias pretensiones a pesar de la prohibición de acumulación, puede rechazarse de oficio únicamente una pretensión planteada en forma supletoria, y no las pretensiones presentadas como equivalentes, pues no se sabría cuál de ellas rechazar; solo procede entonces la separación y el debate en procesos separados". (Derecho Procesal Civil, tomo II, página 91).

En relación con los efectos de la demanda inepta por indebida acumulación en ella de pretensiones, dice José Chiovenda que "por otra parte, la relación procesal es una, respecto de todas; de lo que se deriva que la instructoria hecha para una demanda puede ser utilizada para las

demás; que la relación no puede suspenderse, volver a tomar curso, caducar sino respecto de todas; que las preclusiones generales del proceso se verifican para todas''. (Principio de Derecho Procesal Civil, tomo I, volumen II, pág. 657).

Me parece que hoy, a la luz del estatuto procedimental vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, en el cual, como lo reconoce el fallo de mayoría abundan las disposiciones que demuestran ''el afán del legislador de evitar el derroche de la actividad jurisdiccional, y su evidente propósito de que los jueces puedan proferir sus decisiones sobre el mérito de las pretensiones deducidas por las partes en procesos que no adolezcan de ningún vicio'', resulta aún más inaceptable que ante la tesis de una sentencia parcialmente de mérito y parcialmente inhibitoria, pues que frente a preceptos de diamantina claridad, como los de los artículos 82, 85 y 97 de dicha codificación, no parece posible tal hibridismo: como la demanda es una sola, frente a ella no queda otra alternativa que decir que se halla en forma por ser legalmente procedente la acumulación de pretensiones que contiene, evento en el cual es pertinente el pronunciamiento de sentencia íntegramente de mérito; o que no lo está, porque la acumulación es indebida según la ley, y entonces la sentencia tiene que ser totalmente inhibitoria. Lo contrario es escindir, para los efectos de la sentencia, la unidad de la demanda que en punto de la medida de esos tipos de fallo tiene que considerarse inescindible.

Las precedentes consideraciones me sirven de fundamento para separame de la decisión tomada en el presente caso por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala, cuyas conclusiones deploro no compartir y por ello salvo el voto.

Fecha ut supra.

Humberto Murcia Ballén.

Comparto las razones en que se apoya el anterior salvamento de voto, y por tanto adhiero a él.

Ernesto Escallón Vargas.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FILIACION

(Impugnación de legitimidad).

Presunciones legales de legitimidad y de ilegitimidad.—Debe comparecer el presunto padre o sus herederos, cuando lo ejercita el hijo.—Impugnación de legitimidad e investigación de paternidad natural, son acumulables.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., junio diez y nueve de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a desatar el recurso de casación que Angela Jiménez propuso contra la sentencia de 18 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. en este proceso ordinario suscitado por ella frente a Aldemar López Ospina y Ana Francisca Jiménez.

I

El litigio.

1. Previa corrección de la demanda inicial, Angela Jiménez solicitó ante el Juez Doce Civil del Circuito de Medellín que, con audiencia de Ana Francisca Jiménez y Aldemar López Ospina, se declarase que ella no es hija legítima de Ceferino Guerra o Rojas y que, por el contrario, es hija natural del demandado López Ospina.

2. La causa para pedir se hizo consistir en que Ana Francisca Jiménez, a pesar de que, en enero de 1913, había contraído matrimonio católico con Ceferino Guerra o Rojas y por cuanto éste la abondonó, desde el año de 1914 y hasta 1946 convivió bajo un mismo techo con Aldemar López Ospina, con quien procreó a la demandante que nació el 1º de junio de 1930; que desde su nacimiento ésta fue tratada por Aldemar como hija natural suya, a cuya crianza y educación proveyó, lo mismo que a su establecimiento; que antes de corregir la demanda desconocía que su madre estuviera casada con Ceferino, quien falleció hace varios años.

3. Con oposición expresa del demandado López Ospina se adelantó la primera instancia, que finalizó con sentencia en que "se rechazan las peticiones formuladas por la señora Angela Jiménez o López y se le condena en costas. Como esta providencia fue apelada por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo del 18 de mayo de 1974, resolvió: "confirmar la sentencia..., salvo en lo relativo a la condena en costas de la parte actora, lo cual se revoca".

Descontenta con la decisión del *ad quem,* la demandada interpuso el recurso de casación que se está decidiendo.

II

Fundamentos de la sentencia recurrida.

El Tribunal, interpretando el libelo introductorio del proceso, dice que allí se acumulan sucesivamente las pretensiones de impugnación de la paternidad legítima de Ceferino Rojas o Guerra y la de declaración de paternidad natural respecto de Aldemar López Ospina, lo cual está permitido hoy desde la vigencia del inciso 2º del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968. Y expresa que aunque aparezca la prueba plena del matrimonio que, el 20 de enero de 1913, celebraron Ceferino y la madre de la demandante, que a pesar de que esté acreditado que Angela fue concebida durante el matrimonio dicho, y no obstante que estuviera demostrado que la demandante nació muchos años después del décimo mes siguiente a la fecha en que el marido o la madre

abandonaron definitivamente el hogar conyugal, no podrá prosperar la pretensión de impugnación de la presunta paternidad legítima de Ceferino, pues éste no fue citado al proceso, ni tampoco sus herederos si se le considera fallecido. Que la relación sustancial originada en la presunción del artículo 214, por la cual se reputa al marido como padre legítimo de los hijos concebidos por su mujer, no puede ser judicialmente modificada sin que en el proceso intervengan todos los sujetos de la misma, que son el hijo, la madre y el marido de ésta, o sus herederos. Que en la especie de esta litis no fue citado Ceferino, presunto padre legítimo, ni lo fueron sus herederos, para el caso de que aquél hubiera muerto. "Si la actora —dice el Tribunal— quería constituir una relación procesal válida y que el proceso culminara con sentencia de fondo o mérito, había sido menester que la pretensión de impugnación la hubiera dirigido contra todos los contradictores necesarios, incluidos el marido de su madre, presunto padre legítimo suyo, o sus herederos, según el caso (artículo 81 del C. de P. C.)". De lo anterior concluye el *ad quem* que así se considere que falta el presupuesto de demanda en forma o que no se integró el contradictorio, no será posible dictar resolución de mérito, "imponiéndose entonces fallo meramente formal o inhibitorio". Que si es menester abstenerse de resolver sobre la pretensión condicionante, que es la de impugnación de la paternidad legítima, como en este caso se acumularon otras pretensiones en forma sucesiva condicional, tampoco podrá decidirse sobre éstas que son consecuenciales de aquélla. Finalmente el Tribunal, a pesar de que expresa que "la decisión con la cual pone término a este proceso tiene el carácter de *meramente formal*", confirma la decisión del *a quo* por la cual rechazó las pretensiones de la demandante.

III

La demanda de casación.

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia extractada antes. El primero con base en quebranto indirecto de la ley sustancial, que constituye la causal primera de casación, y el segundo con fundamento en que existe incongruencia del fallo con las pretensiones deducidas y con las motivaciones de aquél.

Primer cargo. Hácese consistir en "violación directa del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968", porque como el fallador estima que la demandante posee el estado civil de hija legítima de Ana Francisca Jiménez y Ceferino Rojas o Guerra, le niega el derecho a reclamar contra su presunta legitimidad. Que, no obstante estar acreditado que la madre de la demandante era casada con Ceferino, no puede afirmarse que éste sea el padre de aquélla, porque se probó que "desde tiempo inmemorial desapareció el señor Rojas o Guerra". Que las declaraciones de Ana López, Leonidas Bedoya, Antonio García, Teresa Arias y Pedro Muñoz, demuestran que desde 1914 el demandado Aldemar López Ospina hizo vida marital, bajo un mismo techo, con la madre de la demandante y que ésta nació de esas relaciones sexuales; que Ceferino abandonó a su mujer poco tiempo después de casados; que López dio a Angela posesión notoria del estado civil por más de 10 años y que le transfirió gratuitamente un inmueble como está demostrado con el respectivo acto escriturario inscrito. Por último expresa el recurrente que como al momento de presentarse la demanda se desconocía la residencia de Ceferino Guerra y se ignoraba, además, si aún vivía, "resultaba innecesario incluir a éste directamente en la demanda, con lo cual existió errada interpretación de la acción", y que como el Tribunal "rechazó rotundamente la prueba clara y procedente" sobre la filiación natural de Angela, cometió error de derecho que lo condujo a la inaplicación del inciso segundo del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968.

Cargo segundo. Denúnciase en él inconsonancia del fallo, que se hace consistir en que, a pesar de que en su parte motiva se dice en forma expresa que la decisión no podrá ser de fondo o mérito desde luego que falta el presupuesto de demanda en forma y no quedó integrado el contradictorio, el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia en que se rechazan las pretensiones de la demandante. Que el *ad quem*, para concluir acompasadamente con sus motivaciones, debió haber pronunciado fallo inhibitorio absteniéndose así de resolver el fondo del litigio.

II

Consideraciones de la Corte.

1. Concediendo el matrimonio a quienes lo celebran el derecho recíproco de disponer de sus cuerpos en orden a la procreación; si los actos propios para lograr que se perpetúe la especie sólo pueden realizarlos legítimamente los cónyuges entre sí, desde luego que la obligación de fidelidad sexual que se deben les otorga la exclusividad del don de sus cuerpos; y si el incumplimiento de estos deberes conyugales no se presume, menester es concluir que, en principio, las

mujeres casadas sólo tienen trato sexual con sus maridos. Entonces, si el deber de cohabitar es obligación que sólo tiene su manantial en el matrimonio y concede a cada cónyuge el derecho exclusivo del don corporal de su consorte, resulta que tiene sólido fundamento la presunción legal recogida en el artículo 213 del C. Civil, que estatuye: el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo y la explicativa del 214 *ibídem* que se enuncia así: El hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido.

2. Pero *como la obligación de convivencia o cohabitación recíproca que tienen marido y mujer puede no ser perpetua; como no siempre perdura por todo el tiempo que dure el vínculo matrimonial, ya que puede levantarse por la declaración de divorcio, que consiste en la* suspensión *de la vida común de los casados; y como en caso de demencia, enfermedad contagiosa o cualquier otra desgracia semejante de un cónyuge, la misma obligación de convivir puede ser suspendida por el juez, síguese que si la mujer concibe un hijo durante el estado de divorcio o de esta separación legal, lógicamente no puede aplicarse en tal caso la presunción de legitimidad consagrada en el artículo 213 precitado, ni la de paternidad del artículo 214 siguiente, desde luego que, en esas dos hipótesis, ni la mujer ni el varón tienen obligación de cohabitar, ya que por la declaración de divorcio o de separación legal, se suspende a ambos cónyuges el derecho recíproco del don de sus cuerpos.*

Con sobrada razón, entonces, el artículo 20 de la Ley 57 de 1887 impera: "no se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges".

Si en esos dos eventos, ni la mujer ni el marido están obligados a convivir, pues está suspendida la obligación de cohabitar, no existe fundamento para presumir, entonces, que los consortes hayan tenido entre sí relaciones sexuales a la sazón y que, por tanto, sea hijo del marido el que la mujer haya concebido durante el tiempo en que, por haberse decretado el divorcio o haberse suspendido por el juez la específica obligación de cohabitar, no estaba obligada al débito conyugal con su marido.

3. Conviene aclarar que la separación legal a que se refiere el artículo 20 de la Ley 57, apuntada, no es la separación de hecho de los consortes, pues ésta no se produce por ministerio de la ley o por declaración judicial, ni tampoco es la simple separación de bienes disciplinada en el Capítulo 3º, del Título IX *del Libro Primero del C. Civil (artículos 197 a 212), por la potísima razón de que esta especie de separación no genera legalmente modificaciones en la vida común de los casados, sino solamente en el régimen económico patrimonial de sus bienes. La separación legal a que se alude en el artículo 20 premencionado, no es otra que la contemplada en el 155 del C. Civil, es decir, la que puede conceder el juez en caso de demencia, enfermedad contagiosa o cualquier otra desgracia semejante de alguno de los cónyuges, circunstancias que no autorizan el divorcio, según lo declara expresamente la norma señalada.*

4. En resumen: la máxima latina pater is est quem nuptiae demonstrant *consagrada en los artículos 213 y 214 del Código Civil, que al reputar hijo legítimo al concebido durante el matrimonio impone la paternidad al marido, no es aplicable cuando el hijo, a pesar de haber sido concebido durante el matrimonio, lo fue mientras su madre estaba divorciada o separada legalmente de su marido. Y por el contrario, la presunción rige en todo caso en que no se demuestre que estaba suspendida legalmente la obligación de cohabitar, así el marido o la mujer estuvieran separados de hecho al producirse la concepción del hijo, por abandono del hogar o por cualquier otra causa.*

Vése, entonces, que en punto de hijos concebidos durante el matrimonio, dos, y antagónicas, son estas presunciones: una positiva y otra negativa. Por la primera, que es la positiva, se reputa que el hijo concebido durante el matrimonio, es decir, el nacido después de 180 días de celebradas las nupcias, tiene por padre el marido de la madre (artículos 213 y 214); y por la segunda, que es la negativa, se presume legalmente que no es hijo del marido el que la mujer casada concibe durante el estado de divorcio o de separación legal (artículo 20 de la Ley 57 de 1887).

5. Antes de la vigencia de la "Ley Cecilia", la presunción de paternidad legítima impuesta por la ley al marido, relativamente a los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, a pesar de ser presunción simplemente legal, solo podía ser impugnada por él mientras viviera (artículo 216 del C. Civil), pues como lo había declarado la Corte el marido era el juez soberano en ese asunto.

Tal situación fue modificada por la Ley 75 de 1968 que, en la primera parte del inciso 2º, numeral 3º de su tercer artículo dispuso:

"El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal".

Expresamente dice la norma citada que ejercitándose por el hijo este derecho debe hacerlo "con audiencia del marido y de la madre, o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos".

Brota del texto legal transcrito que hoy, pues, son ya dos las personas que, viviendo el marido, pueden reclamar contra la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio, a saber: el hijo mismo y el marido. Cuando es el primero quien ejercita la acción de impugnación, para que pueda decidirse sobre la relación sustancial nacida de la dicha presunción de legitimidad, expresamente la ley exige que al proceso sean citados la madre y el marido de ésta; y si uno de ellos ha fallecido, deben ser citados sus respectivos herederos.

6. ¿Pero requiere el presunto hijo legítimo triunfar previamente en la apuntada acción de reclamación para que pueda promover la de investigación de su paternidad natural? Yerran quienes así lo creen, porque el citado artículo 3º, en la parte final del inciso 2º del numeral 3º tácita, pero nítidamente, permite acumular las dos pretensiones en una misma demanda, sin que, por ende, sea menester adelantar por separado y previamente el proceso de impugnación para luego, si se sale victorioso en éste, se proceda a intentar el de investigación de la paternidad natural. La norma impera que los jueces civiles y no los de menores conocen de la acción de reclamación cuando a esta pretensión se acumula la de paternidad natural.

No existe, pues, indebida acumulación de pretensiones cuando en una misma demanda se solicita la declaración de que determinado hijo concebido por mujer casada no tiene por padre al marido de ésta y que, a la vez, se falle que es hijo natural de la persona a quien se señala como tal.

7. Descendiendo al caso litigado en este proceso, se tiene entonces que el tema del debate estaba bien planteado cuando se pretendía que la demandante fuera declarada hija de Aldemar López Ospina, con fundamento primeramente en que en 1914, al año de casado, Ceferino Guerra o Rojas abandonó definitivamente a su legítima mujer, con quien no volvió a hacer vida conyugal y, segundamente, en que desde 1914 a 1946, López Ospina convivió bajo un mismo techo con Ana Francisca Jiménez. La demanda, empero fue mal dirigida, ya que pretendiéndose la modificación de una relación sustancial en que es parte principalísima Ceferino Guerra o Rojas, se dejó a éste por fuera al no comprendérsele entre los demandados. Ahora bien, si como lo asevera el recurrente, Ceferino murió hace más de un decenio, entonces debían haber sido llamados al proceso sus herederos.

No puede pretenderse sin grave quebranto del artículo 83 del C. de P. Civil, que se decida un litigio sin que esté integrado el contradictorio y que pueda desatarse un asunto en que, no sólo por su naturaleza sino también por disposición legal expresa, deben estar presentes en el proceso todos los sujetos de la relación sustancial debatida. Como la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio por mujer casada, impone al marido la presunción de ser el padre legítimo, esa es relación sustancial que, según lo manda el inciso 2º del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, cuando el hijo reclama contra ella, no puede resolverse sobre la misma sino con citación de la madre y del presunto padre, o, en su caso, con citación de sus herederos.

8. No estando pues satisfechos en este litigio todos los presupuestos procesales requeridos para dictar fallo de mérito, comoquiera que no existió demanda en forma, el Tribunal no podía entrar a decidir el fondo del litigio, por lo cual no se le puede acusar de haber quebrantado por falta de aplicación las normas sustanciales que contemplan la situación fáctica litigada. Por ello, el primer cargo no puede prosperar.

Y el segundo, aunque asiste plena razón al censor cuando se duele de que el Tribunal no haya revocado expresa y totalmente la sentencia del *a quo* y, en su lugar, haya proferido fallo expresamente inhibitorio, tampoco podrá salir airoso, desde luego que lo denunciado como incongruencia no es tal en el recurso de casación, y porque, aunque el Tribunal fue ciertamente desafortunado en las palabras usadas para traducir su claro pensamiento de que se inhibía para resolver el tema del pleito, pues utilizó una forma indebida para tal propósito, que fue la confirmatoria de la sentencia apelada, es lo cierto que en varios pasajes de su fallo el *ad quem*, como se ve en el extracto que atrás se hizo de él, en la parte motiva repetidamente dijo que por no existir demanda en forma, la sentencia sería inhibitoria, que tendría "el carácter de meramente formal", lo cual indudablemente permite a la demandante volver a iniciar el proceso.

Y se dice que el recurrido en casación no es fallo incongruente o desarmónico, a pesar de que no exista plena correspondencia entre sus moti-

vaciones y su parte resolutiva, porque la inconsonancia, como causal segunda de casación, sólo se produce cuando ella surge comparando lo decidido por el sentenciador con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado y no cotejando la parte motiva con la resolutiva del fallo. Y como en la especie de esta litis la resolución fue indudablemente inhibitoria, a pesar de la desafortunada fórmula usada por el Tribunal, es claro que no existe incongruencia, pues en el fallo no se resolvió sobre ninguno de los puntos de la demanda. No existiendo resolución de mérito, pues, no puede darse la causal segunda de casación, doctrina que, desde antaño, viene sosteniendo la Corte.

9. Finalmente, no se hará condenación en costas por dos razones: porque la demandante tiene amparo de pobreza y porque el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria (artículo 163 y último inciso del 375 del C. de P. C.).

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 18 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso suscitado por Angela Jiménez frente a Aldemar López Ospina y Ana Francisca Jiménez.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



FILIACION

Cómo hacer el cómputo a que se refiere el artículo 92 del C. C. — Prueba del embarazo.— Irretroactividad de la Ley (75 de 1968).

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Habiéndose agotado el trámite del recurso de casación, la Corte procede a decidir el que los demandados interpusieron contra la sentencia de 28 de marzo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario que, para investigar su paternidad natural, propuso María José Sarria frente a los herederos de Mario Garcés O'Byrne.

I

El litigio.

1. Ante el Juzgado competente del Circuito de Cali, Aida Sarria Silva, obrando como representante legal de su hija natural María José Sarria, en demanda que fue admitida por auto de 19 de abril de 1969, citó a juicio a Alicia Garcés O' Byrne viuda de Sardi; Mery O'Byrne, Esperanza Lorza y Consuelo, Virginia, Felipe Alfonso, Fernando y Eleonora Garcés Sinisterra, en su calidad de sucesores de Mario Garcés O'Byrne, para que se declarase que María José es hija natural de éste, con derecho a sucederlo en calidad de legitimaria del mismo.

2. La *causa petendi* está constituida por los siguientes hechos: De 1960 a marzo de 1964, entre Mario Garcés y Aida Sarria existieron relaciones sexuales estables y notorias, de las cuales, el 20 de marzo de 1963, nació la demandante María José, quien, durante la vida de Mario, recibió de éste trato y apoyo que le daban posesión notoria del estado de hija. Durante su embarazo y parto, Aida Sarria fue atendida por Mario de tal manera que se infiere plenamente la paternidad de éste.

3. Con oposición de los demandados se tramitó la primera instancia del proceso que finalizó con sentencia de 18 de febrero de 1972, por medio de la cual se acogieron las súplicas de la demanda. Apelada esta decisión por todos los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali desató la segunda instancia en fallo de 28 de marzo de 1974, que confirmó lo resuelto por el *a quo*. Todos los demandados interpusieron, entonces, el recurso de casación que solamente fue sustentado por la demandada Alicia Garcés O'Byrne.

II

Fundamentos del fallo recurrido.

Dice el Tribunal que son tres las causales de paternidad alegadas: las relaciones sexuales durante la época de la concepción; el trato personal y social dado a la madre por el presunto padre durante el embarazo y parto, y la posesión notoria del estado de hija, de las cuales encuentra demostradas las dos primeras, pues la última, a pesar de que los hechos que constituyen la posesión están acreditados, no se prolongaron en el tiempo por cinco años o más. Expresa el fallador que de los testimonios de Alicia y Guiomar Holguín Espinosa, Alicia Espinosa de Holguín e Hilda Nelsy Giraldo, caracterizados por la merecida credibilidad, sin lugar a dudas se concluye la existencia de relaciones sexuales entre Mario y Aida, de las cuales nació la menor demandante.

Agrega el sentenciador que estas declarantes son de excepción, pues "por haber conocido estrechamente a la señora Sarria Silva pudieron seguir de cerca las relaciones que surgieron entre ella y el señor Garcés O'Byrne y, naturalmente, medir sus alcances y apreciar sus consecuencias. Tales deponentes convivieron, incluso, con Aida

Sarria y esa circunstancia les permitió lógicamente ser partícipes directos del suceso de intimidad sexual que por la misma época protagonizaron la citada Aida y Garcés O'Byrne. Y añade: "Y es en ese carácter de testigos excepcionales como las personas mencionadas declaran que cuando Aida Sarria Silva llegó a Bogotá en el año de 1961, a mediados, fue a vivir en apartamento de Alicia Holguín Espinosa, una de las declarantes; que allí solía recibir a Mario Garcés O'Byrne, con quien había trabado amores con anterioridad; que frecuentemente Garcés O'Byrne se quedaba a dormir en la habitación de Aida, compartiéndola con ésta; que por ese motivo para las testigos eran evidentes las relaciones íntimas entre Aida y Garcés O'Byrne; que al promediar el año de 1962, más concretamente por el mes de septiembre, Aida regresó a Cali y que, efectivamente, ya para ese entonces se encontraba embarazada; que por esa causa no fue a vivir a casa de sus padres, sino a casa de Guiomar Holguín Espinosa, otra de las testigos; que allí continuó Garcés O'Byrne frecuentando a Aida Sarria, siempre comportándose como su amante y asumiendo en tal virtud las responsabilidades propias del estado de embarazo en que se encontraba; que no solamente antes del parto, Garcés O'Byrne veló por el bienestar de Aida, sino durante y después del parto, pues cuando éste se presentó, aquélla recibió asistencia hospitalaria y quirúrgica, y posteriormente, de nuevo en casa de Guiomar Holguín, las atenciones de una enfermera (la señora Alicia Espinosa de Holguín, otra de las declarantes), todo ello costeado por el citado Garcés O'Byrne; que los cuidados y atenciones no fueron solamente para Aida, más también para la criatura que nació, a quien nombraron María José y cuyo sostenimiento asumió Garcés O'Byrne; en fin, que las comentadas relaciones entre Garcés O'Byrne y Aida Sarria continuaron hasta cuando aquél debió ausentarse a los Estados Unidos en viaje de salud, de donde no regresó, pues falleció a causa del mal que lo aquejaba".

De las anteriores declaraciones, que "satisfacen a plenitud" al Tribunal, deduce éste que entre Mario y Aida existió trato carnal desde el año de 1960 a marzo de 1964, y que como la menor María José debió ser concebida entre el 24 de mayo y el 21 de septiembre de 1962, síguese que su concepción tuvo lugar en la época en que aquéllos tenían relaciones amatorias.

Con base en las mismas pruebas concluye el sentenciador que, durante el embarazo y el parto, Mario dio a Aida trato personal y social que, por sus características, es ciertamente indicativo de que él era el progenitor de la demandante.

Encontrando probada la filiación solicitada y partiendo de que el hijo natural es legitimario, el Tribunal afirma que, aunque la menor demandante fue pasada por alto en el testamento de su padre, tal preterición debe entenderse como institución en su legítima, según lo dispuesto en el artículo 1276 del C. Civil, por lo cual tiene derecho a recoger las tres cuartas partes de la herencia, sin que sea necesario reformar el testamento, pues el legitimario puede hacer valer directamente su derecho en el curso del proceso sucesorio.

III

La demanda de casación.

Cuatro cargos se enfilan en ésta contra la sentencia compendiada antes, todos formulados en el campo de la causal primera de casación, los que se estudiarán en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primer cargo.

Fúndase en que, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de la prueba de testigos, se infringieron indirectamente y por aplicación indebida los artículos 1º, 8º, 20 y 23 de la Ley 45 de 1936; 6º, ordinales 4 y 5 de la Ley 75 de 1968; 1274 a 1276 y 1321 a 1324 del C. Civil.

Alega el recurrente que, a pesar de que el nuevo estatuto procesal civil concedió al juez autonomía para valorar las pruebas dentro de los principios de la sana crítica, está obligado a exponer razonadamente el mérito que conceda a cada probanza. Dice que el Tribunal no apreció las pruebas en conjunto y que primero sentó las conclusiones y después procedió a apuntalarlas, con lo cual tomó partido *a priori*. Que el Tribunal "no reparó en quiénes son las deponentes, ni en su condición moral, ni en su ubicación dentro de la picarezca". Que no pasó por la mente del Tribunal que quienes depusieron sobre las relaciones sexuales, "que las cinco mujeres pudieran ser inhábiles para testimoniar de acuerdo con las reglas de sana crítica (artículo 216 del C. P. C.), y menos que pudieran ser sospechosas por encontrarse en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad por sus sentimientos o interés, antecedentes personales u otras causas (artículo 217 *ibídem*). "Que el Tribunal, no obstante haber sido las declarantes quienes alcahuetearon las relaciones entre Aida y Mario, las encontró dignas de credibilidad"; que siendo de vida relajada, da fe a sus testimonios. Que "el Tribunal, ingenuo e incauto", convirtió a las

declarantes Holguín en "testigos de excepción y credibilidad paradigmática". Que por lo anterior "acusa al Tribunal en su sentencia, de error de derecho: a) En la apreciación de los testimonios de Alicia, Guicmar y Francia Holguín en lo relativo a la causal relaciones sexuales, toda vez que la Giraldo sólo se refiere a ellas a partir de junio de 1962, cuando, según lo expresa la deponente, Aida Sarria se encontraba ya embarazada, según confidencia de amiga íntima, cuasi hermana. (C. 1, folio 15, final); b) En la apreciación de los cuatro testimonios a propósito del trato personal y social durante el embarazo y parto (causales 4 y 5 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en su orden), y c) En la apreciación de los testimonios de Carmen Caicedo y Cecilia Chitis, sobre posesión notoria del estado civil, impertinente en sí y como refuerzo de las otras dos causales. Tal error consistió en el abandono absoluto de las pautas legales señaladas respecto de la apreciación de la prueba en general y específicamente de la prueba testimonial y, por tanto, en la conculcación de los artículos 187 y 216 a 217 C. P. C. y 399 C. C., por no haberlos aplicado. Los testimonios, único fundamento de la decisión estimatoria basada en la supuesta demostración de aquellas causales, no fueron apreciadas en conjunto ni de acuerdo con las reglas de la sana crítica; el juzgador no expuso razonadamente el mérito que le asignó a cada uno; no reparó en la necesidad de calificar la habilidad de los testigos de acuerdo con las reglas de la sana crítica; perdió de vista que son sospechosas para declarar las personas que se encuentran en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes, antecedentes personales u otras causas; e impertinentemente dio por conjunto fidedigno de testimonios a los dichos sospechosos y contradictorios, sobre una posesión de estado inaceptable".

"Si el error de derecho se define ante todo como la alteración del mérito legal de la prueba, es obvio que se incurre en él cuando se alude al análisis de éste, única garantía frente al arbitrio dentro de la orientación del estatuto procesal nuevo. O sea que los preceptos ordenadores de la conducta judicial frente a la prueba, como exigencia de estudio razonado y puntualizado, individual y conjunto y con ponderación de la personalidad y condiciones propias de cada declarante, no pueden ser tenidos como simples buenos consejos de la ley al juez, sino como prescripciones que lo vinculan al punto de poder acusarlo en su conducta y en su decisión cuando se desentiende de ellas".

Remata la censura este primer ataque afirmando que el Tribunal ignoró los antecedentes personales de las declarantes, sus sentimientos de amistad íntima y compadrazgo con la demandante y su interés en que se dicte sentencia en favor de la misma, circunstancias que colocan a los testigos como sospechosos y parciales.

La Corte considera:

El error de derecho mira a la valoración de los medios de prueba, al poder de convicción que a las probanzas haya concedido o negado el sentenciador. El no se refiere a circunstancias objetivas de los medios de persuasión, las cuales fundan el yerro fáctico que consiste en ver la prueba que no existe o en dejar de ver la que obra en el proceso, lo cual comprende las hipótesis de cercenamiento del real contenido de un medio probatorio o la adición del mismo.

Cuando el Tribunal deja de ver que un testigo es sospechoso, o cuando no aprecia que carece de las condiciones de exactitud, responsividad y plenitud, comete error de hecho porque deja de observar cosas que atañen a la objetividad de la prueba. En cambio, cuando a pesar de haber visto que los testimonios son exactos, responsivos y completos, que no se encuentra en ellos causal de inhabilidad o motivo de sospecha, sin razón les niega valor de convicción, entonces, comete error de derecho, pues ha cometido desatino relativamente al poder de persuasión que esa prueba contiene.

Resulta de lo expuesto que la censura no podrá prosperar, pues ella no se funda en que el Tribunal hubiera concedido valor de plena prueba a unos testimonios que el mismo sentenciador hubiera calificado de sospechosos o parciales, o que los hubiera hallado carentes de las condiciones de exactitud o plenitud o que no dieran la razón de la ciencia de su dicho, sino en que el *ad quem* pasó por alto, ignoró, dejó de ver que los testimonios, al decir del atacante, son sospechosos.

Cargo segundo.

Denúnciase en él infracción, por aplicación indebida de los artículos 1º, 8º, 20 y 23 de la Ley 45 de 1936; 6º, ordinales 4 y 5 de la Ley 75 de 1968 y 1274 a 1276 y 1321 a 1324 del C. Civil y por falta de aplicación del ordinal 4 y la parte final del 6 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, a causa de error evidente de hecho en la apreciación de testimonios, indicios y declaración de la parte demandante.

Luego de hacer un resumen de lo dispuesto por Hilda Nelsy Giraldo concluye el censor que

el Tribunal no vio que la testigo es amiga íntima de la demandante y que ningún dato aporta relativo a las relaciones sexuales habidas durante la época de la concepción de la niña María José, pues se refiere al tiempo anterior a 1958 y al posterior a junio de 1962 cuando ya Aida estaba embarazada.

Pasa luego el censor a estudiar cada una de las declaraciones de Guiomar, Alicia y Francia Holguín y Alicia Espinosa de Holguín y hace resaltar su condición de amigas íntimas de Aida, para luego concluir que si Mario Garcés regresó de Chile el 16 de junio de 1962 y allí asistió al campeonato mundial de futbol, que dura cuatro semanas, entonces dejó de tener contacto carnal con Aida desde mediados del mes de mayo antecedente; que si cuando Aida regresó a Cali en el mes de junio, según lo confesó ella y lo declara Hilda Nelsy Giraldo, ya estaba embarazada, y si la niña María José nació el 20 de marzo de 1963, resultaría que antes del embarazo Mario Garcés sólo había tenido con Aida el contacto sexual del 16 de junio a que se refieren las testigos, contacto que por ser único no serviría para fundar la presunción de paternidad que debe basarse en relaciones sexuales plurales. Expresa el recurrente que el Tribunal dejó de ver que Mario estuvo en Chile 4 semanas y que cuando regresó el 16 de junio y "pudo tener comercio carnal con Aida, ésta ya se encontraba encinta"; que "en presencia de estos hechos manifiestos y evidentes en el proceso, es forzosa la reflexión de que el Tribunal no los observó únicamente por ligereza, consistente en omisión de todo análisis o estudio de las pruebas; los testimonios y el interrogatorio. Y que su conclusión asertiva de la prueba de relaciones sexuales plurales y oportunas, riñe con la realidad y con lo que ese mismo interrogatorio y esos mismos testimonios denuncian y prueban en contra de quien pretendía lucro por medio de ellos. Contraevidencia, error de hecho manifiesto; por ello y por no apreciar la amistad íntima y vida relajada de las testigos. Como también lo hubo en la falta de apreciación de dos indicios graves: Si las andanzas de Mario y Aida hubiesen sido, según lo afirmado, prolongadas (se habló de quince años) y notorias, de conocimiento y comentario público y en varias plazas, qué extraño que no tuviera noticia de ellas nadie distinto de la unidad femenil íntima y alcahueta, situada a propósito en su almena, mirando por el ojo de la cerradura, y sin que nada trascendiera a los amigos más íntimos del varón, como fueron Ovidio Cuartas Jiménez y Jaime Lozano Henao, quienes sí supieron de otras mujeres...".

Relativamente al trato indicativo de paternidad dado por Mario a Aida durante el embarazo y parto, que encontró probado el Tribunal, el impugnante afirma que el sentenciador cometió yerro fáctico. Después de analizar en el punto una a una las declaraciones de las Holguín, la Giraldo y la Espinosa, dice que el Tribunal incurrió en el dicho error, pues de las simples afirmaciones de que Mario visitaba a Aida en casa de Guiomar durante el embarazo, que pagó los gastos clínicos del alumbramiento, remuneró a quien sirvió de enfermera en el postoperatorio de la cesárea que debieron practicar a Aida y que le enviaba frecuentemente dinero a ésta, dedujo trato indicativo de paternidad, siendo que el dicho trato no salió del marco que formaban las declarantes. Termina el censor afirmando "de este modo, haciendo el análisis crítico y lógico de los testimonios, que el Tribunal omitió, se concluye que los hechos no son fidedignos, ni son ciertamente indicativos de la paternidad, ni son plurales, ni se refieren al embarazo y al parto. Eso sí, son ciertamente indicativos de parcialidad y al no ver las razones concretas de su parcialidad, el Tribunal incurrió en error de hecho, y se cometió, incuestionablemente, yerro de hecho en la apreciación de los testimonios referidos al atribuírseles algún mérito, y tanto más, credibilidad y valía excepcionales, para la demostración de la causal quinta. Los hechos no están probados. Los testimonios no son fidedignos. Los testigos se contradicen y dejan ver la mentira y el interés que los alienta. Hubo contraevidencia al suponer una prueba que no se halla en las declaraciones de terceros. Como también al no ver el interés y la inmoralidad de los testigos".

En relación con hechos que el Tribunal encontró como "complemento importantísimo de las dos causales deducidas"; la de relaciones y la de trato durante el embarazo y parto, el censor expresa que el Tribunal, de dos declaraciones, la de Cecilia Chitis y la de Carmen Caicedo, dedujo "el conjunto fidedigno de testimonios" que para demostrar la posesión notoria exige la ley.

Finalmente dice la censura que el Tribunal dejó de ver el suceso importantísimo de que como Mario estuvo en Chile de mediados de mayo de 1962 al 16 de junio siguiente, cuando regresó a Bogotá y que como Aida se trasladó a Cali desde el mismo mes de junio, aquél estuvo, por ausencia, en imposibilidad física de engendrar a María José.

Tercer cargo.

Se hace consistir en interpretación errónea de los numerales 4 y 5 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que generó "el quebranto de los incisos

segundo de los mismos ordinales y del artículo 306 del C. de P. C., por defecto de aplicación, y de los artículos 1º, 8º, 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 y artículos 1274 a 1276 y 1321 a 1324 del C. Civil por aplicación indebida''.

Estructura el yerro hermenéutico —dice el censor— la circunstancia de que el Tribunal de la simple afirmación de los testigos, huérfana de la razón del dicho, respecto a que entre Mario y Aida existieron relaciones, concluyó que éstas realmente existieron, sin que los declarantes hayan suministrado los hechos antecedentes que facultaran al fallador sacar esa conclusión. Que el ayuntamiento, generalmente, no puede probarse directamente; que la prueba del acto sexual es casi siempre indirecta por razones lógicas, técnicas y éticas. Que ''según la sentencia, todo hecho que unos testigos relatan como conclusión propia de la paternidad, cual ocurrido durante el embarazo y parte o en el puerperio, es síntoma cierto de paternidad, si el fallador coincide con aquellos sentimientos o los acoge sin análisis. En tanto que de conformidad con la ley los hechos han de ser fidedignos y ciertamente indicativos de la paternidad, no en abstracto, sino concretamente, según un cuadro de valores culturales y morales. Esta contraposición es lo que permite pensar en el yerro interpretativo afirmado en el cargo''. Que, de otro lado, si está probado que para determinada fecha la mujer estaba en embarazo, las posibles relaciones sexuales con el varón demandado deben quedar situadas con anterioridad a la preñez y no con posterioridad a la misma, pues si es verdad que el término legal de fertilidad femenina es de 120 días que se determinan como lo establece el artículo 92 del C. Civil, cuando se prueba desde qué instante comienza la gestación, sólo son aptas para fundar una declaración de paternidad natural las relaciones sexuales que hayan antecedido a ese instante y que, además, coincidan con el lapso de fertilidad legal. ''Por tal motivo creo que se incurrió en un error de interpretación al tomar íntegros los ciento veinte días (20 de mayo a 20 de septiembre), sobre la base de alumbramiento el 20 de marzo siguiente, y no buscar la precisión cronológica del comienzo de la preñez, ni advertirla en las probanzas, tanto para la ubicación del trato personal y social que permitiera inducir la carnalidad del comercio, como para la determinación de la ausencia física del varón en ese entonces. Lo primero por la necesidad de aplicación cabal del derecho a los hechos procesalmente alegados; lo segundo para dar cumplimiento al deber de pronunciarse sobre los hechos constitutivos de excepción que se hallen probados, así no se hubieran alegado (artículo 306 del C. P. C.)''.

Remata el censor su impugnación afirmando que tales errores de inteligencia condujeron al Tribunal a dejar de aplicar la excepción de imposibilidad física en que estuvo Mario Garcés de engendrar a la demandante.

La Corte considera:

Estando plenamente demostrado que la demandante María José nació el 20 de marzo de 1963, dando aplicación a los términos de la presunción consagrada en el artículo 92 del C. Civil, se presume, sin que sea posible admitir prueba en contrario, que su concepción ocurrió en un lapso que va del 7 de mayo de 1962 al 21 de septiembre del mismo, incluyendo ambas fechas (y no del 20 del primero al 20 del segundo como lo dice el censor), pues partiendo desde la media noche en que principió el día del nacimiento y contando hacia atrás, se presume de derecho que la concepción precede a éste no menos que ciento ochenta (180) días cabales, y no más que trescientos (300). La demandante, pues, fue concebida en cualquier instante comprendido del 7 de mayo al 21 de septiembre de 1962.

Ahora bien, aceptando que Mario Garcés, en el mes de junio de 1962 sólo hubiera tenido relaciones sexuales con Aida el día 16, cuando regresó de Chile, y aceptando como lo afirma el recurrente que aquél viajó al país austral desde mediados de mayo, resultaría que Aida bien pudo quedar embarazada entre el 7 y el 15 de dicho mes, período que está comprendido dentro del en que el Tribunal halló que Mario Garcés y Aida Sarria sostenían relaciones. No está probado que los amantes hubieran iniciado ese tipo de relaciones el 16 de junio apuntado, de tal manera que pudiera abatirse la conclusión del Tribunal que, entonces, sigue en firme, relativa a que entre Mario y Aida por varios años antes del nacimiento de María José existió trato sexual.

Pero aun en el caso de que realmente, como con insistencia lo pregona el recurrente, sólo en la noche del 16 de junio los amantes se hubieran otorgado el regalo de sus cuerpos, como juntos pasaron esa noche y el amanecer del día siguiente, pues se quedaron durmiendo en la casa de su amiga Guiomar, ningún fundamento existe para afirmar que ellos sólo tuvieron una relación sexual, pues lo que normalmente debe presumirse es lo contrario, teniendo de presente la juventud de ambos y que en la fecha indicada se reencontraron después de la ausencia ocasionada por el viaje del varón a Chile.

Es bueno advertir, además, que *el estado de embarazo no puede demostrarse con la confesión de la mujer simplemente o con prueba de testi-*

gos, pues tratándose de hecho que requiere demostración científica la probanza idónea para demostrar tal suceso es la prueba pericial, cuando aún no se ha producido el nacimiento, ya que habiendo ocurrido éste el estado de gravidez puede demostrarse plenamente por medio de la presunción de derecho consagrada en el artículo 92 del C. Civil.

No halla, pues, la Corte en este punto, que el *ad quem* haya cometido error alguno de hecho, desde luego que por una parte sí vio que Mario Garcés había estado en Chile por el mes de junio de 1962 y, de otro lado, no alteró por adición o suposición la prueba de testigos.

Encontrando, entonces, pleno apoyo la sentencia del Tribunal en la presunción de paternidad estribada en la existencia de relaciones sexuales por la época en que la demandante fue concebida, sobra entrar al estudio del resto de la impugnación que se dirige a desvirtuar la otra presunción que encontrara establecida el Tribunal: la del trato personal y social dado por el concubinario a su amante durante embarazo y parto.

Cuarto cargo.

El recurrente lo hace consistir en que la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, por interpretación errónea; de los artículos 2º, 17, 20 y 28 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; y de los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 y 1274 a 1276 y 1321 a 1324 del Código Civil, por aplicación indebida.

En síntesis expresa el impugnante que si Mario Garcés O'Byrne falleció el 10 de abril de 1964, no podía el Tribunal, sin grave quebranto de la ley, conceder efectos patrimoniales a la sentencia que declaró ser aquél el padre natural de María José Sarria, pues el auto admisorio de la demanda en que ejercitó la pretensión de investigación de la paternidad, sólo fue notificado a los herederos del mismo el día 22 de agosto de 1969, es decir, más de cinco años después del fallecimiento del presunto padre. Que expresando terminantemente el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que las sentencias dictadas en proceso de investigación de la paternidad natural sólo producen efectos patrimoniales contra quienes sean notificados del auto admisorio de la demanda dentro de los dos años siguientes a la defunción del padre presunto, el Tribunal cometió grave desatino al conceder esos precisos efectos a un fallo dictado en proceso en que "la demanda" fue notificada más de cinco años después de la muerte del padre, cuando ya estaba vencido en más del doble el plazo legal al que está condicionado ese efecto.

Desarrollando el cargo, el censor, después de transcribir lo que en punto de retroactividad de la ley dicen Roubier, Aubry y Rau, y Lasalle, manifiesta, luego de afirmar que ni prescribe ni caduca el derecho a demandar la paternidad natural:

"Nada se opone a que la ley impida o limite o condicione el ejercicio de un derecho. La Ley 153 de 1887, por ejemplo, abolió el ejercicio de la acción de estado civil de hijo natural respecto del padre, y quienes no habían trabado proceso el día en que ella entró a regir se vieron impedidos para establecer su pretensión. La Ley 45 de 1936 introdujo de nuevo la acción con plenos efectos y nuevas causales, y se aplicó íntegra desde su vigencia, aun cuando el hecho determinante del estado, la procreación, hubiese ocurrido antes. Otro tanto se ha admitido frente a la Ley 75 de 1968. En ambos casos sin otro límite en cuanto a causales que el de las relaciones jurídico-procesales ya establecidas. De retrospectividad de los efectos hablan, en este sentido, las sentencias de casación de 7 de abril de 1953 (LXXIV, 598), 18 de julio de 1956 (LXXIII, 260) y 27 de marzo de 1957 (LXXXIV, 407), como también numerosos fallos recientes, fruto de la Sala en ejercicio. Y ¿qué decir de la retrospectividad de los cambios jurisprudenciales?

"En tales circunstancias resulta extraño el contraste entre la retrospectividad de lo que sentimentalmente conviene a la opinión del juzgador y la retroactividad de aquello que le disgusta, dentro del contexto de la misma ley, y más aún, dentro de unos mismos artículos e inciso. ¿Por qué razón todo lo que puede significar ventaja al hijo natural tiene efecto inmediato, y su proyección sobre el pasado es incuestionable, por retrospectividad aceptada, y todo aquello que pueda significar límite al ejercicio de sus derechos y defensa del heredero putativo o del alimentante eventual, es rechazado, con discriminación adversa u hostil? ¿Por qué esa aceptación discriminada, con beneficio de inventario, de la ley?

"La opinión ha evolucionado y la consideración hacia el hijo natural ha mudado con provecho, en fuerza de desarrollo mental y moral reciente, en que mucho han tenido que ver las leyes y la administración de justicia. Pero eso no quita que el legislador, en ejercicio de su poder soberano, dicte normas que puedan regular, limitar o extinguir el ejercicio de algunos derechos patrimoniales del hijo natural, las cuales no pueden ser desconocidas en su vigor propio, inmediato, en

razón de no ser gratas o simpáticas, al mismo tiempo que aquellas que inspiran entusiasmo son recibidas sin cortapisa cronológica alguna, dentro del mismo proceso. Porque, para mayor nitidez en la contradicción, recuerdo cómo este asunto se inició vigente ya la Ley 75 y se le ha estudiado y fallado, supuestamente, a la luz de su articulado, pero sólo en lo que aprovecha a la demandante, y no en nada de lo que pueda morigerar sus ímpetus.

"Confieso mi desafecto por el texto restrictivo, que combatí en oportunidad, no empecé a entender su inspiración en la prudencia y en las admoniciones de la Corte Suprema de Justicia, y acepto en compensación del establecimiento de otras reglas fundamentales y avanzadas, dentro del cruce de argumentos y decisiones correspondientes a la pluralidad de ideas. Pero en una distinción tajante entre las razones de *iure condito* y las de *iure condendo*, no encuentro aceptable la discriminación reprochada y la calificación de los dos fenómenos pareados, el uno como retrospectividad y el otro como retroactividad".

Y más adelante agrega:

"A manera de respuesta al Tribunal, quien se duele de la situación en que quedó María José por no haber notificado la demanda antes del 1º de marzo de 1969, es oportuno rememorar que tuvo oportunidad para hacerlo desde abril de 1964, que su tentativa inicial fue desacertada e inane, que desde agosto de 1968 hasta marzo de 1969 contó con siete meses para rehacer a derechas su demanda, y que la modificación en el proyecto, introducida por la Comisión Primera del Senado se aprobó, con publicidad inusitada, en abril de 1968, como para concluir que no fue súbita ni clandestina la limitación o supresión del ejercicio del derecho patrimonial.

"Creo no esté de más poner de relieve que el legislador puede imponer más que el efecto inmediato, el efecto retroactivo a sus normas, por el camino de la ley interpretativa o declarativa del sentido de una anterior. De modo que el dogma de la retroactividad se quiebre sin posibilidad de reparo formal alguno.

"Háblese de derechos adquiridos o de situaciones constituidas, el hecho es que mientras el pretendido hijo natural no haya demandado y obtenido la definición de su estado y de los derechos patrimoniales anejos a él, no puede pensarse siquiera en adquisición o constitución de derecho o situación jurídica en su favor. Es la ley del día de la demanda la que indica si la pretensión es viable y por qué medios. Como es la ley del día de la demanda patrimonial la que responde si la pretensión existe y con qué alcances. La relación jurídico-procesal ha de ser definida íntegramente con arreglo a las normas sustanciales vigentes y a los hechos ocurridos hasta entonces. La concepción y el nacimiento del hijo, como la muerte del padre, bien han podido ocurrir antes de la nueva ley, ser respecto de ella *facta praeterita*, pero el ejercicio de la pretensión derivada de esos hechos, personal o patrimonial, o ambos, son *facta pondentia*, hechos pendientes, futuros para la nueva ley, que entra a regularlos según sus dictados propios. Lo contrario sería una supervivencia inadmisible de la ley antigua, tanto o más censurable que la supuesta retroactividad de la nueva. La Ley 75 no regula los procesos anteriores. Regula los que se entablen durante su vigencia; los regula en sus causales, en su trámite, y en sus efectos, los de estado civil y los patrimoniales o económicos. ¿Que amplió aquéllos y limitó a éstos? El legislador tenía plena potestad para ello y lo hizo. Su actitud es juzgable política y doctrinariamente, pero sus dictados no son eludibles.

"Quienes no hayan notificado su demanda dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre no podrán obtener fruto patrimonial de ella. Ese el mandamiento legal, que no distingue si la muerte fue anterior o va a ser posterior. Luego de dos años de muerto el padre, no hay ejercicio eficaz de derecho patrimonial, personal, el derecho se extingue. Ejercicio y extinción de derecho, regulables y regulados por la ley nueva. Y el juez debe rechazar *in limine* esa pretensión por extemporánea, como lo ordena el artículo 85 C. P. C. ¿O es que acaso quien según la ley anterior habría podido ejercer una pretensión, ha de considerarse con derecho adquirido a ese ejercicio indefinidamente, según las cláusulas de la antigua? El legislador puede disponer una forma específica para la transición. De no hacerlo, rigen los principios generales, que en este caso están consagrados en las normas fundamentales de la Ley 153 de 1887. De manera que sólo cuando el legislador dispone otra cosa no se aplicarán las reglas ordinarias. No hay asomo de retroactividad, ampliamente podría imaginarse retrospectividad o pseudo-retroactividad".

Y para concluir su ataque, el censor arguye:

"Siendo innegable el interés general de las normas de derecho de familia, no puede prescindirse de su efecto general inmediato (artículo 18 Ley 153 de 1887). Es el legislador quien puede imprimir a la ley efecto retroactivo o efecto retrospectivo o solo efecto retardado, sin que al juez le quepa rechazarlo oponiendo el principio de la irretroactividad, ni directamente, ni con la defensa de su interpretación. 'No hay ley que no

vuelva sobre el pasado; si no obrara así no sería ley' (Benjamín Constant, cit. Laurent, Principes de Droit Civil, 1887, t. I, p. 232). Lo importante es que no conculque derecho, pues las situaciones en formación son meras esperanzas a las cuales la ley puede poner término en todo momento, y frente a los propios derechos adquiridos 'el legislador puede regular el uso y el ejercicio. Aquí goza de entera libertad de acción, sin otra guía que el interés general que a él es al único a quien compete apreciar. Por lo tanto, puede obrar sobre el pasado, si un interés social lo exige, y sin que los particulares puedan oponerla la regla constitucional, pues la nueva ley bien puede modificar o cercenar un modo de usar o ejercer el derecho, permitido por la ley antigua' (Laurent, t, I, p. 221). ¿A qué título se ha de preferir la continuidad, supervivencia, de la ley derogada, a la vigencia inmediata de la nueva? Si se rechaza la retroactividad, no ha de ser otra y mayor aún la censura a la ultra-actividad, particularmente cuando la ley ha ordenado su aplicación *in continenti*.

"Al yerro hermenéutico anotado del artículo 10 de la Ley 75 contribuyó, sin duda, el olvido de los artículos 2º, 17, 20 y 28 de la Ley 153 de 1887, sustanciales en cuanto definen derechos subjetivos ciertos, al ordenar la vigencia de la ley nueva sin dilación. Y producto de aquella falta fue la aplicación indebida de los preceptos que consagran los efectos patrimoniales descartados legislativamente: herencia, reforma de testamento y petición de herencia".

La Corte considera.

1. Antes de regir la Ley 75 de 1968, y en especial en el tiempo comprendido del 1º de octubre de 1945 al 1º de marzo de 1969, el hecho de la muerte del presunto padre ninguna limitación temporal imponía a la facultad que tenía el hijo para demandar su filiación natural. Tanto en el caso de que ya hubiera fallecido su progenitor presunto, como en el de que éste sobreviviera, el hijo podía, en cualquier tiempo, introducir la demanda de investigación de la paternidad natural; y declarada la filiación, podía producir todos los efectos patrimoniales propios de tal pronunciamiento. A la sazón, el hecho de la muerte del padre carecía, pues, de influencia especial para limitar en el tiempo el ejercicio del derecho que faculta la averiguación de quiénes son los padres del demandante.

2. Pero por disposición del último inciso del artículo 10 de la Ley 75 citada, el hecho de la muerte del padre empezó a tener singular importancia desde el punto de vista de la temporalidad que impuso para ejercer, con efectos económicos, la acción de paternidad. En efecto, prescribe esa norma que, muerto el presunto padre, para que la sentencia de filiación natural produzca efectos económico-patrimoniales, es necesario que el auto admisorio de la misma haya sido notificado dentro de los dos años siguientes al dicho fallecimiento. Al hecho, pues, de la muerte le atribuyó la nueva ley un importante efecto de que antes carecía: la caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia, a pesar de que conservó el principio de que el proceso de investigación de la paternidad puede promoverse en cualquier tiempo.

3. Es claro, frente a la Ley 75, que si al empezar su vigencia, el hijo natural no había iniciado el proceso de investigación de su paternidad, ningún derecho adquirido tenía en ese punto, por lo cual la nueva ley bien habría podido suprimir esa facultad o someterla a condiciones diferentes.

Sabiendo que las leyes deben regir, como principio general, para lo futuro, puesto que el propio campo de su imperio son las relaciones jurídicas creadas durante su vigencia, resulta contrario al derecho interpretar una ley en el sentido de darle efecto retroactivo, cuando ella nada dispone en el particular. Y como el principio de la irretroactividad es meramente legal, desde luego que la Constitución Nacional sólo lo consagra, y de manera tácita, para proteger los derechos adquiridos con justo título, nada se opone a que una ley establezca expresamente ella misma su propia retroactividad. En tal caso los encargados de aplicarla están obligados a su imperio sin menoscabo de la excepción constitucional del artículo 30.

Si la Ley 75, empero, nada dispuso sobre su retroactividad, es acompasado con las normas generales del derecho darle únicamente efectos para el futuro. Así surge de su contexto y de la clara finalidad social que persigue. Al mismo lugar se llega aplicando las normas de la hermenéutica.

4. Y a pesar de que la Corte en varias sentencias ha tenido oportunidad de expresar su pensamiento en lo atinente a la inteligencia que debe darse al último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, ahora ha meditado nuevamente sobre esa materia, no sólo por la ocasión que le brinda este recurso de casación, sino por el brillo y la importancia de los nuevos argumentos en contra esgrimidos por el recurrente.

5. El principio de la irretroactividad de la ley que marcha parejo con el de la seguridad que

debe amparar a toda persona en el mundo de las relaciones jurídicas, es postulado que por la simpleza de su enunciación no presagia, prima facie, *la complejidad indiscutible del tema. Y aunque en el derecho colombiano, analizada la materia en el campo civil, el artículo 30 de la Constitución y las normas de la Ley 153 de 1887 contienen trascendentales principios sobre ese asunto, sin previsión legal expresa se quedaron muchos puntos del tema de la irretroactividad, uno de ellos: el que suscita la aplicación del artículo 10 antes mencionado.*

El hecho de la muerte del padre que, vigente la legislación inmediatamente anterior a la Ley 75 de 1968, en nada limitaba la potestad que tenía el hijo para demandar, en cualquier tiempo y con plenos efectos económico-patrimoniales, la paternidad natural, es hecho que ahora, a partir del imperio de esta última ley, genera una restricción, una clara limitación temporal para que el fallo de paternidad siga produciendo siempre efectos patrimoniales en favor del hijo.

6. Hoy como ayer, la demanda de investigación de la paternidad natural puede ser presentada por el hijo en cualquier tiempo, así haya muerto el presunto padre. El derecho que tiene todo ser humano para la averiguación de quiénes son sus progenitores, es derecho que ni prescribe ni caduca. En tal punto sigue aplicándose, aun después de entrar en vigor la Ley 75 de 1968, el principio consagrado desde los orígenes del Código Civil en el artículo 406, por constituir una de las llamadas acciones de reclamación de estado. Este principio, sin embargo y por primera vez en la historia de la República, sufrirá desde la vigencia de la Ley 5ª de 1974 una impresionante excepción que, afortunadamente, sólo se refiere al caso de la adopción plena, según la nueva redacción que esa ley le da al artículo 278 del C. Civil.

Las ventajas económico-patrimoniales que antes brotaban como efecto propio de una declaración de paternidad natural, ahora, en virtud de lo dispuesto por la Ley 75, sólo se producen si la demanda de filiación se notifica dentro de los dos años siguientes a la muerte del padre. Ya, pues, el hecho del fallecimiento del progenitor presunto, frente a los principios legales nuevos, tiene unos efectos que no producía durante el imperio de la legislación anterior a esa ley. Actualmente, si el hijo natural deja pasar más de dos años sin notificar la respectiva demanda de filiación, caduca su derecho a que la declaración de paternidad le produzca efectos patrimoniales, no obstante que el derecho a la declaración misma, ni prescribe, ni caduca, como antes se dijo, y sin olvidar la norma exceptiva de la Ley 5ª de 1974.

7. Visto, pues, que la fecha de la muerte del padre presunto es punto de partida para contar el término de caducidad de dos años, veamos si la caducidad opera exactamente lo mismo cuando el fallecimiento ocurre dentro de la vigencia de la ley, que cuando acaece con anterioridad a su imperio. Es decir, si los dos años a que se refiere el artículo 10 premencionado se cuentan, sin excepción, desde el fallecimiento del presunto padre, sin reparar en que este hecho puede haber sucedido antes de que entrara a regir la Ley 75 que le dio a la defunción el efecto antes indicado, efecto que no tenía frente a la legislación anterior.

8. Por la claridad de la ley en el punto, no ha existido la menor vacilación de la Corte para sostener que, cuando el presunto padre ha fallecido después de entrar en vigencia la Ley 75, el derecho del hijo natural a obtener fallo de filiación con efectos patrimoniales, caduca frente a aquellos demandados que, dentro de los dos años siguientes al fallecimiento, no hubieren sido notificados del auto admisorio de la demanda de paternidad natural.

Se sigue discutiendo, empero, si el término de caducidad también debe contarse desde la fecha de la muerte, cuando el fallecimiento del progenitor se produjo antes de empezar a regir la dicha ley.

En el punto, el estatuto de 1968 se limitó a prescribir que, muerto el padre, "la sentencia que declare la paternidad no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción". Y como nada dispuso la ley sobre la fecha de su vigencia, menester fue darle aplicación al artículo 52 del C. de Régimen Político y Municipal, que, en tal hipótesis, la hace obligatoria dos meses después de su promulgación. Ningún texto de la ley expresa que la caducidad del artículo 10 ha de aplicarse únicamente para cuando el presunto padre fallece después de entrar ella en vigor; pero ninguno impera tampoco que lo sea también en los casos de fallecimiento anterior. Y como sobre el tema, pues, no existe clara manifestación del legislador, necesario ha sido interpretar la ley en el punto.

9. Hoy como antes, la Corte vuelve a encontrar que con la limitación del artículo 10 no quiso el legislador, aunque lo podía, negar los efectos patrimoniales, inherentes a la acción de filiación, a quienes no la habían propuesto dentro de los dos

años siguientes a la defunción del presunto padre, sino que buscó señalar un término equitativo para proponerla, con el fin de que los herederos del progenitor difunto no tuvieran que permanecer indefinidamente sometidos a sorpresivas demandas que, con frecuencia, se presentaban intencionalmente muchos años después de la defunción de aquél, con el propósito definido de hacer más difícil la defensa de los demandados.

Teniendo, pues, en cuenta los antecedentes del artículo 10 y los claros fines sociales perseguidos por la Ley 75, que no son otros que los de mejorar ciertamente la condición del hijo natural sin que por ello tuviera que sostenerse contra los herederos del presunto padre un estado de cosas incompatibles con la equidad, la Corte, aplicando, además, las normas de hermenéutica, concluyó que el término de caducidad señalado en el artículo 10 precitado debía contarse, a partir de la fecha de la defunción, únicamente si ésta había ocurrido estando en vigor la Ley 75 y, a partir del día en que entró en vigencia esta ley, cuando la muerte había acaecido antes de su imperio. Lo anterior, por la sencilla razón de que si al hecho de la muerte del presunto padre fue precisamente esa ley la que le concedió los efectos señalados en el último inciso de su artículo 10, si el fallecimiento del padre natural presunto era un hecho ya consumado al entrar a regir la llamada Ley Cecilia, no podía concedérsele eficacia para la caducidad apuntada, sino desde la vigencia de la ley y no desde antes, porque las normas legales, en principio y para garantizar el don de la seguridad jurídica, deben regir para el futuro, más si no existe en ellas voluntad expresa del legislador de darles efecto retroactivo.

10. Lo expuesto, entonces, conduce inexorablemente a la Corte a reafirmar sus tesis en punto de aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Y como el Tribunal ajustó su decisión recurrida a la inteligencia que se ha dado a dicho precepto, el cargo estudiado no puede prosperar.

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 28 de marzo de 1974, proferidad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso suscitado por la menor María José Sarria frente a los herederos de Mario Garcés O'Byrne.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SIMULACION

Técnica de casación: proposición jurídica completa.—Error de derecho en la valoración de pruebas.—Simulación y nulidad son fenómenos diferentes.

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

(Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y por sólo uno de los demandados contra la sentencia que, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 22 de mayo de 1974, falló la segunda instancia del proceso ordinario instaurado por Ana o Anita Freire de Girón, Manuel Freire, Leonor Freire de Moreno y Carmen Rita Sánchez de Figueroa, contra Lastenia Valdés de Romero, José Domingo, José Heraclio o Heraclio Romero, Lucía Romero de Escobar, Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde —estos últimos menores representados por su madre legítima Fabiola Conde de Romero— Bertha Judith Conde de Romero, Basilio Barrios García, Lobet Martínez, Misael Palma y Luis Carlos y Julio Gómez Alzate.

I

Antecedentes.

1. Bernabé Romero contrajo matrimonio católico con Lastenia Valdés el 30 de enero de 1961, legitimando a sus mutuos hijos naturales José Domingo, José Heraclio, Lucía y Cenón Fabio, casado éste con Fabiola Conde, unión en la cual procrearon a Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde.

2. Bernabé era dueño de los predios denominados "La Josepilla", "El Cabuyal o Burrera", ubicados en jurisdicción del Municipio de Palmira, con un área de 701 plazas, cuyos linderos constan en la escritura pública número 727, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Palmira el 9 de junio de 1954, los cuales vendió a Lobet Martínez, según consta en dicho instrumento, y que luego éste traspasó, también a título de venta, a los prenombrados hijos y nietos de aquél, así: a José Domingo, 250 plazas, mediante escritura pública número 730, otorgada en la misma fecha; a José Heraclio igual número de plazas, mediante la número 732, suscrita el día siguiente de la anterior, y a Lucía y a Fabiola Conde de Romero, a ésta para sus hijos legítimos menores Italo, Yolanda, Amparo y Melba, por iguales partes, las restantes 201 plazas, contrato que consta en la escritura pública número 734, extendida el 10 de junio de 1954 en la Notaría que se ha venido mencionando, como todas las anteriores.

3. Bernabé murió el 12 de septiembre de 1968, abriéndose el respectivo proceso de sucesión en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira el 14 de marzo de 1969, en el cual se reconocieron como interesados a Lastenia Valdés, en su calidad de cónyuge sobreviviente; a José Domingo, José Heraclio y Lucía, como hijos legítimos; a Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde, en representación de Cenón Fabio, quien murió el 22 de enero de 1961.

4. José Domingo traspasó a Luis Carlos y Julio Gómez Alzate, a título de venta, 20 plazas de las adquiridas por él a Lobet Martínez, mediante contrato que se hizo constar en la escritura pública número 1351, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Palmira el 23 de agosto de 1961; posteriormente, en virtud del proceso de separación de bienes que le inició su cónyuge Bertha Judith Conde de Romero, le fueron adjudicadas en la respectiva partición —aprobada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira en sentencia del 28 de noviembre de 1962, protocolizada por medio de la escritura pública número 2618, otorgada en la Notaría

Primera del Círculo de Palmira el 28 de diciembre siguiente— 160 plazas que traspasó a Basilio Barrios García, a título de venta, como consta en la escritura pública número 1885, extendida en la Notaría Segunda del Círculo en mención, el 11 de diciembre de 1962; en este mismo proceso de separación de bienes, le fueron adjudicadas a la mencionada cónyuge 70 plazas que, mediante contrato de venta recogido en la escritura pública número 300, del 16 de febrero de 1963 y otorgada en la Notaría Primera del mismo Círculo Notarial, le traspasó también al citado Barrios García.

5. José Heraclio cedió a título de venta a Misael Palma, según consta en el instrumento número 90 del 20 de enero de 1959 y de la tantas veces mencionada Notaría Segunda, 13 plazas y 4.170 varas cuadradas del predio adquirido por él de Lobet Martínez, y a Luis Carlos y Julio Gómez Alzate una pequeña faja del mismo, según consta en la escritura pública número 1958, calendada el 28 de noviembre de 1961 y otorgada en la misma Notaría. Posteriormente compró a Lucía 50 plazas, por medio del contrato de que da cuenta la escritura número 1517, del 14 de agosto de 1963, de igual Notaría.

6. Lucía, además de la venta anotada anteriormente, traspasó al mismo título a Luis Carlos y a Julio Gómez Alzate, como consta en las escrituras públicas números 126 y 670, suscritas en la Notaría mencionada últimamente el 20 de enero y el 12 de marzo de 1962, respectivamente, el saldo del predio adquirido por ella de Lobet Martínez.

7. Por remate llevado a cabo el 30 de octubre de 1961 en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, como culminación del proceso allí instaurado de licencia para venderlo, se les adjudicó a Luis Carlos y Julio Gómez Alzate el predio adquirido por los menores Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde, según se dejó dicho en el numeral 2 anterior.

8. Como resultado de todas las operaciones descritas, el Registrador de Instrumentos Públicos de Palmira, en certificado expedido el 15 de septiembre de 1964, traído al expediente por la parte demandante, informa que José Heraclio Romero, Basilio Barrios García, Misael Palma y Luis Carlos y Julio Gómez Alzate "son los actuales poseedores de los inmuebles" anteriormente referidos.

9. Por medio de las sentencias de segundo grado proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 31 de agosto de 1961 y el mismo día de 1963, que no fueron casadas por la Corte, según aparece de las suyas fechadas el 24 y el 17 de junio, ambas de 1964, respectivamente, se reconocieron como hijas naturales de Bernabé Romero a Carmen Rita Sánchez, por una parte, y a Ana o Anita Freire de Girón, Manuel y Leonor Freire de Moreno.

II

El litigio.

10. Así las cosas, Ana o Anita, Manuel, Leonor y Carmen Rita, en escrito presentado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira el 21 de octubre de 1964, solicitaron que, con audiencia de los demandados citados en el encabezamiento de esta providencia y previa la tramitación propia del proceso ordinario, se hiciesen estas declaraciones y condenas:

a) que son simulados los contratos de compraventa recogidos en las escrituras públicas números 727, 730, 732 y 734, detalladas en el numeral 2 anterior, debiendo prevalecer el "contrato real de donación entre vivos hecho por Bernabé Romero a sus hijos legitimados José Domingo Romero, José Heraclio o Heraclio Romero y Lucía Romero de Escobar, y a sus nietos legítimos Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde" que, por otra parte, son donaciones nulas, de nulidad absoluta, por falta de insinuación, debiéndose ordenar la cancelación de las antecitadas escrituras y declarar que los terrenos en ellas mencionados pertenecen a la sucesión intestada de Bernabé Romero y deben "ser adjudicados a los herederos de éste en la proporción legal";

b) que los demandados José Heraclio Romero, Basilio Barrios García, Misael Palma y Luis Carlos y Julio Gómez Alzate, "como poseedores del fundo o hacienda especificado" en la demanda, deben restituirlo a la sucesión premencionada, junto "con todas las mejoras que forman parte de tal predio o globo de terreno y libre de todo gravamen o limitación de dominio"; y que éstos y José Domingo Romero, Lucía Romero de Escobar, Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde y Bertha Judith Conde de Romero, "están obligados a restituir a la sucesión intestada de Bernabé Romero, representada por todos sus herederos, los frutos naturales y civiles del bien especificado en... esta demanda, por el tiempo y extensión superficiaria que hayan poseído tal bien, y no solamente los percibidos sino los que Bernabé y todos sus herederos hubieran podido percibir con mediana inteligencia y acti-

vidad, si el bien'' hubiese sido explotado por ellos; y

c) que las costas corren a cargo de los demandados.

11. Como peticiones subsidiarias, se formularon las siguientes:

a) La simulación de las compraventas de que hablan las escrituras públicas números 727, 730, 732 y 734, tantas veces mencionadas; la prevalencia de los contratos de donación entre vivos en ellas contenidas realmente, nulos en cuanto excedan de la cantidad de $ 2.000.00; la cancelación de los citados instrumentos y de sus registros, y la declaración de que en los predios citados en la demanda, los demandantes tienen derecho ''a su cuota hereditaria, como herederos preteridos'' y en su condición de hijos naturales de Bernabé Romero;

b) que a cada uno de los demandantes corresponde una cuota hereditaria de 58 plazas y 4.166 varas cuadradas de terreno, ''que se determinarán como cuerpo cierto en juicio de división entre todos los interesados en el precitado bien'', debiéndoles sus actuales poseedores devolver los lotes correspondientes, una vez liquidada la comunidad que se habría de formar entre ellos y los herederos preteridos;

c) que todos los demandados están obligados a restituir a los demandantes ''los frutos naturales y civiles de las doscientas treinta y tres plazas con seis mil seiscientas sesenta y cuatro varas cuadradas (233 pzs. 6.664 v^2), que les corresponden en total, y no solamente los percibidos sino aquellos que los herederos preteridos hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si el globo de terreno que les corresponde hubiese sido explotado por ellos; y

d) que se condene en costas a la parte demandada.

12. Fuera de los que fluyen de lo expresado en los ''antecedentes'', se mencionaron los siguientes hechos como constitutivos de la *causa petendi:*

a) que el proceso sucesorio de Bernabé Romero se adelantó hasta su terminación en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, sin que los demandantes hubiesen podido hacer valer allí sus derechos; y

b) que en el citado proceso no fue inventariado el bien objeto de los contratos cuyas simulación y nulidad se pide, en virtud de la venta simulada que de él hizo Bernabé Romero a Lobet Martínez, a fin de que éste lo distribuyese entre sus hijos legitimarios y sus nietos legítimos; que, por tanto, se trata de contratos simulados de compraventa y reales de donación entre vivos, nulos éstos ''conforme al artículo 1458 del Código Civil, por carecer de las formalidades legales de la insinuación'', con los cuales ''se perjudican notablemente las cuotas hereditarias'' de los demandantes; y que, no obstante ''lo manifiesto de la simulación establecida con la sola lectura de las escrituras mencionadas... los hijos y nietos de Bernabé Romero vendieron a menos precio las tierras que les habían sido donadas en la forma anteriormente dicha, sin que los terceros compradores pudiesen alegar ignorancia de los hechos mencionados, ni menos buena fe exenta de culpa''.

13. Todos los demandados fueron debidamente notificados del auto admisorio de la demanda, calendado el 26 de octubre de 1964, quienes la contestaron oponiéndose a las pretensiones en ella formuladas; además, José Heraclio Romero, Fabiola Conde de Romero, Yolanda Romero Conde, José Domingo Romero, Luis y Carlos Julio Gómez Alzate y Barrios García propusieron la excepción de prescripción; y Lucía Romero v. de Escobar presentó demanda de reconvención, solicitando que, en caso de que ''llegare a ser obligada a restituir bienes y a reconocer derechos, debe la parte demandante reconocerle los gastos por ella efectuados en el proceso sucesorio de Bernabé Romero y las expensas necesarias efectuadas en la conservación de los bienes'', siendo de cargo de los mismos las costas respectivas, pretensiones éstas a las que se opusieron los reconvenidos.

14. Rituado debidamente el proceso, el Juez Tercero Civil del Circuito de Palmira, a quien pasó por nuevo repartimiento, puso fin a la primera instancia con sentencia fechada el 7 de diciembre de 1972, en la que: a) declaró la simulación relativa de los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 727, 730, 732 y 734, tantas veces mencionadas; b) tuvo como prevalentes las donaciones entre vivos en ellas contenidas, válidas únicamente ''en una cuota proindiviso de $ 2.000.00 sobre la totalidad del valor del bien objeto de tales actos''; c) absolvió a la demandada Lastenia Valdés vda. de Romero y a los demandados Basilio Barrios García, Misael Palma y Luis Carlos y Julio Gómez Alzate, a quienes consideró poseedores de buena fe; d) declaró probadas ''las excepciones de 'prescripción ordinaria adquisitiva del dominio' en favor'' de Barrios García y los Gómez Alzate; e) se abstuvo de ordenar la cancelación de los registros de los premencionados instru-

mentos públicos; y f) negó las pretensiones de la contrademanda.

Notificada la anterior providencia, la parte demandante y los demandados José Heraclio y José Domingo Romero, Lastenia Valdés vda. de Romero, Lucía Romero vda. de Escobar y Bertha Judith Conde de Romero, interpusieron el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual puso fin a esta segunda instancia mediante sentencia del 22 de mayo de 1974, en la que confirmó la apelada en los puntos mencionados en las letras a), c), d) y f) reformándola en lo demás así:

"Declárase que la donación entre vivos... es válida en una cuota proindiviso de dos mil pesos ($ 2.000.00) sobre la totalidad del valor del bien objeto de tales actos, pero nula en cuanto exceda la dicha cantidad. Todo sin perjuicio de los terceros de buena fe.

"Esta declaración de nulidad es por tanto oponible al señor José Heraclio Romero en lo relacionado con los predios a que se refiere la escritura pública número 732 de 10 de junio de 1954, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Palmira, exceptuados el predio adquirido por el señor Misael Palma y a que se contrae la escritura número 90 otorgada el 20 de enero de 1959 en la Notaría Segunda del mismo Círculo y la faja adquirida por los señores Luis C. y Julio Gómez Alzate, mediante escritura pública número 1958 de 27 de noviembre de 1961 de la misma Notaría. Es igualmente oponible esta declaración al señor José Heraclio Romero en lo relacionado con el predio que compró a la señora Lucía Romero vda. de Escobar por medio de escritura pública 1517 de 14 de agosto de 1963 pasada en la misma Notaría Segunda, cuyo origen se remonta a la escritura pública número 730 de 9 de junio de 1954, Notaría Segunda del Círculo de Palmira.

"En consecuencia, decrétase la restitución a la sucesión intestada del señor Bernabé Romero de los predios a que se refieren las escrituras públicas números 732 de 10 de junio de 1954, otorgada en la Notaría Segunda de Palmira y 1517 de 14 de agosto de 1963 de la misma Notaría, exceptuados los predios enajenados a los terceros señores Misael Palma, Luis C. y Julio Gómez Alzate, los cuales se relacionaron en el anterior punto. Condénase al pago de los frutos naturales y civiles del predio en referencia por el tiempo que el señor José Heraclio Romero viene poseyendo dichos bienes y no solamente los percibidos sino los que los herederos hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

"Refórmase el literal 8º en el sentido de ordenar la cancelación de las escrituras públicas números 732 de 10 de junio de 1954, Notaría Segunda de Palmira, y 1517 de 14 de agosto de 1963, otorgada en la misma Notaría con sus correspondientes registros. Se ordena cancelar el registro de la escritura pública 734 en lo referente a la porción de terreno que la señora Judith Conde de Romero transfirió al señor José Heraclio Romero por medio de la citada escritura número 1517, sin perjuicio de los derechos de los señores Misael Palma, Julio y Luis Carlos Gómez Alzate.

"Adiciónase la condena en costas para comprender en ella a la señora Lucía Romero vda. de Escobar, toda vez que no prosperó la demanda de reconvención".

En las costas de la segunda instancia condenó el Tribunal a los apelantes vencidos.

Contra esta sentencia recurrieron en casación los demandantes y el demandado José Heraclio Romero; pero éste desistió del recurso y la Corte aceptó tal desistimiento en auto del 8 de noviembre último.

III

La sentencia recurrida.

15. Luego de historiar el negocio y de encontrar establecidos los presupuestos procesales, estudia el Tribunal el fenómeno de la simulación, orientándose al efecto por las últimas doctrinas de la Corte, que sintetiza diciendo que como ella, la simulación, "crea una dualidad entre la apariencia y la realidad del negocio querido, en la cual prima la primera sobre el acto subyacente, se otorga al interesado la llamada acción de simulación dirigida a obtener la prevalencia de éste, a fin de declarar que el contrato pactado es diverso del que aparece exteriorizado y que, por lo tanto, se limita a despejar una situación de incertidumbre". Concluyendo que en este proceso la parte demandante persigue la prevalencia de las donaciones hechas por Bernabé a sus hijos legítimos José Domingo, José Heraclio y Lucía, y a sus nietos Italo, Yolanda, Amparo y Melba, hijos de Fabio, muerto para entonces, por medio de las escrituras públicas números 727, 730, 732 y 734 del 9 de junio de 1964 las dos primeras y del día siguiente las restantes, respectivamente, todas otorgadas en la Notaría Segunda del Círculo de Palmira y debidamente registradas.

Estudia a continuación los contratos en referencia y comparte la apreciación del *a quo* en el sentido de que ellos son simulados, encontrando

que "la compraventa fue el acto aparente toda vez que no hubo ni intención de comprar ni de vender y el acto destinado a prevalecer y a generar derechos y obligaciones entre las partes, fue la donación". Lo que deduce del estudio que hace de las confesiones amplias que sobre el particular hicieron Lobet Martínez, quien actuó como intermediario o testaferro, y Lucía y Fabiola, así como también de ciertas expresiones contenidas en las declaraciones de parte de José Domingo y de José Heraclio, que destaca, pruebas éstas que, en concepto del fallador, se complementan con los siguientes indicios: el poco patrimonio y las escasas rentas de los supuestos compradores en los años de 1953 y 1964; el no haber extendido los dos últimos los títulos valores de que hablan de dichas declaraciones; el haber pedido los mismos al respectivo funcionario fiscal que se les liquidase el impuesto correspondiente a la donación presunta (Ley 63 de 1936, artículo 66); el parentesco entre los contratantes y el precio de las compraventas, $ 700.00 la plaza de terreno, cuando los peritos que avaluaron el predio que correspondió a los menores, en el proceso de licencia judicial para su enajenación, le dieron en 1961 el de $ 3.465.00.

Pasa luego al examen de la pretensión de nulidad de las dichas donaciones, que encuentra procedente por cuanto no se cumplió con el requisito de la insinuación, exigido por el artículo 1458 del C. C., caso en el cual y con aplicación del precepto 1740 *ibídem*, debe declararse. Lo que no indica —dice— que la declaración correspondiente les sea oponible a los terceros de buena fe, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte al hacer la exégesis del artículo 1766 de la obra en cita, transcribiendo varios textos jurisprudenciales. Con estos antecedentes se adentra en el análisis de las pruebas allegadas por la parte demandante, tendientes a demostrar que los terceros propietarios actuales de los predios donados los adquirieron "sin buena fe exenta de culpa", por cuanto según ella al comprar procedieron con descuido, culposamente, pues la simulación demandada era de conocimiento público en Palmira, "por razón: i) de la falta de peculio suficiente en los hijos y nietos de don Bernabé; ii) que además, los compradores fueron negligentes en el estudio de los títulos y que les habría bastado visitar los Juzgados Civiles del Circuito de Palmira para cerciorarse de la existencia de los procesos en los que se impugnaba la realidad y validez de esos títulos; iii) que el sólo precio atribuido a los inmuebles en las escrituras de compraventa entre Bernabé y Lobet Martínez y entre éste y los hijos y nietos de aquél, indicaba la simulación que se está reconociendo judicialmente", expresando el *ad quem* sobre estos aspectos lo siguiente:

i) *Pobreza de los compradores:* sobre el particular —dice— se allegaron "varios testimonios" tendientes a demostrar la fama de pobre que en su ciudad tenían; pero, a juicio del fallador, "la prueba de la simple fama de riquezas o de carencia de bienes es, pues, falaz", porque la situación económica de una persona debe ser acreditada con pruebas pertinentes que la revelen de modo fidedigno, ya que "hay casos en que personas que ostentan poseer bienes de fortuna sin tenerlos, logran crear entre sus amigos, conocidos y en la generalidad de las personas, la fama de tener grandes riquezas; contrariamente otras, teniéndolas realmente, ocultan sus posesiones, conducta que puede llegar hasta tener la eficacia de sustraer fraudulentamente lo debido al fisco". De lo que se desprende —continúa— que "los medios adecuados para demostrarla escapan a la escueta noción de notoriedad que invocan los demandantes para formar un indicio que persigue destruir la buena fe presunta del tercero" (artículos 768 y 769 C. C.);

ii) *Estudio de títulos:* en cuanto a este punto dice el Tribunal que no es necesario el recurrido por los juzgados para asegurarse de la inexistencia de procesos que eventualmente se adelanten en ellos sobre validez de títulos; "esta actividad la suplen instituciones tales como el registro de la demanda y para las fechas en que los terceros aparecen comprando los bienes, éstos no figuraban fuera del comercio, efecto que cumplía el registro de la demanda antes de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil";

iii) *Precio de los contratos:* los demandantes —afirma el sentenciador— no probaron pericialmente, como han debido hacerlo, el valor real de los inmuebles donados en 1954, "por lo que el precio es otro factor cuya verdadera significación es relativa, si se tiene en cuenta la inactividad probatoria de los demandantes en este campo". Hay para el Tribunal, sin embargo, un dato notable sobre el particular en el expediente: el avalúo pericial efectuado para la venta en pública subasta del predio correspondiente a los menores Romero Conde, que fue de $ 3.465.00 cada plaza, habiendo los terceros comprado por $ 3.000.00, lo que "acredita la seriedad del negocio y elimina la posibilidad del aprovechamiento indebido del tercero frente a las situaciones que efectuaran la relación de los tradentes con las cosas y que los impulsaran a realizar enajenaciones desventajosas" (artículo 768 C. C.);

iv) *Notorio conocimiento:* sobre este punto, dice el *ad quem* que "no hay prueba que acredite

que la simulación era de notorio conocimiento en la ciudad de Palmira, y los demás indicios invocados y examinados son endebles y falaces. No alcanzan con su mérito a desvirtuar la presunción de buena fe que ampara a los terceros'', por cierto no avecindados en Palmira sino en Cali algunos de ellos.

16. Avanzando en el análisis del problema, afirma el fallador que la situación de cada uno de los terceros es diferente. En efecto:

a) *Basilio Barrios García:* éste compró —dice— a José Domingo y a su cónyuge; pidió y obtuvo la declaratoria judicial de prescripción adquisitiva ordinaria, todo lo cual ''exterioriza un ánimo que concuerda con los supuestos sicológicos de la buena fe. En el proceso compruébase que el señor Barrios cumple actos de explotación económica del fundo como señor y dueño; obtuvo sentencia de usucapión; adquirió el predio por un precio real, cuyo monto es justo, de acuerdo con el indicio que arroja la prueba del avalúo practicado en el proceso de licencia judicial para vender el inmueble de los menores Romero Conde, ya que en este punto la parte actora no se preocupó por demostrar el valor de los inmuebles. Por tanto, la simulación no le es oponible no sólo en su calidad de tercero amparado por la presunción de buena fe no desvirtuada, sino por acatamiento a los efectos de cosa juzgada que dimanan de la aludida sentencia de prescripción''.

b) *Luis Carlos y Julio Gómez Alzate:* parte del predio hoy de su propiedad —expresa— lo adquirieron de José Domingo y de su cónyuge, a $ 3.000.00 la plaza, y el resto, por remate público, ''circunstancias que contribuyen a cimentar su buena fe'', siendo de advertir —continúa— que, en caso de haberse demostrado que la simulación constituía un hecho ostensible en Palmira, estos individuos eran vecinos de Cali, lo que demerita aún más lo afirmado sobre el particular por los demandantes. De otra parte, la excepción de prescripción ordinaria por ellos propuesta y decretada por el *a quo* es procedente, ya que, sumada a su posesión la de los dueños anteriores, se completan los diez años de que habla el artículo 2529 del C. C. ''Adviértese —nota— que la simulación no puede oponérsele a terceros de buena fe, quienes pueden a su arbitrio acogerse al acto aparente o al oculto. De allí que el tercero tenga derecho a prescribir en la forma ordinaria, pues el título en que se ampara debe reputarse justo''.

c) *Misael Palma:* ''rectamente —dice el Tribunal— es posible predicar frente a él la buena fe, pues es de admitir que la apariencia creada por las partes simulantes por medio de negocio que se manifestó públicamente como regular y serio, debe primar en el ámbito negocial de los terceros sobre el pacto oculto a cuyo conocimiento no pudieron tener acceso. De allí que la doctrina aserciore que 'la posición constituida sobre la confianza que despiertan los actos dispositivos es inexpugnable mientras ese crédito sea fundado y, por lo mismo, digno de protección' ''. No encuentra en este caso el fallador probada la excepción de prescripción; pero, si no se hace tal pronunciamiento, ''se acatan en su favor los efectos de la inoponibilidad del acto simulado''.

d) *José Heraclio Romero:* la posición de éste es bien distinta, dice el sentenciador, por cuanto en el contrato simulado no fue tercero sino parte; ''la inoponibilidad surte efecto con relación a los terceros, porque la buena fe de éstos los hace invulnerables frente a la simulación, pues se entiende que la ignoran''. Por tanto, en cuanto a éste ''debe prosperar la pretensión restitutoria consecuencial —pretensión de petición de herencia— y este globo de terreno debe volver a la sucesión del señor Bernabé Romero, para que en partición adicional se distribuya conforme a las reglas que contempla el artículo 620 del C. de P. C.''.

17. Por último, estudia el *ad quem* la demanda de reconvención instaurada por Lucía Romero de Escobar, a quien José Heraclio denunció el pleito, compartiendo la decisión del *a quo* sobre el particular por cuanto no demostró ninguno de los hechos de la respectiva *causa petendi,* y remata su fallo así:

''Comprobadas, pues, en opinión de la Sala, la existencia de la simulación relativa, deberá reconocerse que el pacto oculto que rigió realmente la relación negocial —la donación— es válida hasta dos mil pesos y nulo en el exceso por faltarle la esencial formalidad de la insinuación. Y que los señores Misael Palma, Basilio Barrios, Julio y Luis C. Gómez son terceros protegidos por la presunción de buena fe, a quienes el acto simulado les es inoponible. Su conducta se adecúa a las exigencias de la buena fe simple del artículo 769 del C. C., pero también observa la Sala que en sus respectivas negociaciones tales terceros no aparecen obrando fraudulentamente, haciendo uso de prácticas indebidas ni aprovechándose de situaciones desventajosas que afectaran a sus tradentes. Su conducta se manifiesta como diligente y normal. No hay prueba fehaciente que tienda a demostrar lo contrario. De allí el fundamento de la decisión del juez y la del Tribunal que en estos particulares la confirma. Por tanto, las preten-

siones reivindicatorias reciben el insuceso que declaró el juez en la sentencia apelada".

IV

El recursos de casación y consideraciones de la Corte.

18. Tres cargos le endilga el recurrente a la sentencia acabada de resumir, todos enmarcados dentro de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, a saber:

Primero.

19. Está concebido en los siguientes términos: "Acuso la sentencia anteriormente dicha por *error de hecho* en la apreciación de las escrituras públicas y de los testimonios mencionados en los fundamentos de este primer cargo, que llevó al Tribunal a la violación de los artículos 768 del Código Civil y 174, 175, 185, 187, 194, 203, 251, 252, 254, 256 y 262 del Código de Procedimiento Civil, y a la aplicación indebida del artículo 769 del Código Civil, al declarar que a los terceros Misael Palma, Basilio Barrios García, Luis Carlos Gómez Alzate y Julio Gómez Alzate les es aplicable el concepto de buena fe simple y no el de buena fe exenta de culpa, habiéndose desvirtuado en el proceso la primera, y le es, por consiguiente, oponible la simulación".

En la tarea de fundamentar esta censura, transcribe el recurrente varios pasos de la sentencia acusada, destacando los siguientes conceptos contenidos en ella:

a) Que el contrato simulado es inoponible a terceros "porque (éstos) no están en la intimidad de la gestión privada existente entre los simulantes, los cuales se atuvieron al contrato público que se cumplió con todas las formalidades legales".

b) Que la prueba testimonial no es generalmente apropiada para demostrar la carencia de medios económicos de los contratantes.

c) Que el precio pactado en los contratos simulados no es motivo bastante para que el tercero se abstenga de "comprar un bien por esta causa", antes de investigar la razón por la cual se efectuaron negocios entre parientes "en el transcurso de dos días... y por un precio que no es el real", según palabras del censor.

d) Que no hay prueba suficiente de que en Palmira fuera de conocimiento notorio el hecho de las donaciones de que trata este proceso.

Sobre los cuales expresa las razones de su disentimiento, así:

a) Es cierto que la Corte ha venido sosteniendo la tesis de la inoponibilidad de los contratos simulados a los terceros de buena fe; pero también lo es que distingue entre la buena fe simple y la exenta de culpa, habiendo dicho al respecto que "la ley y la doctrina protegen a los terceros que sin negligencia se han confiado a la apariencia, única que podría guiarlos, y ser norma de sus determinaciones".

b) En el contrato celebrado entre Bernabé Romero y Lobet Martínez no se pagó el precio, como este último lo confiesa sin ambages y como lo estableció la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira; los hijos y nietos de aquél no tenían capacidad económica, al igual que Lobet, para pagar de contado el precio que aparece fijado en las respectivas escrituras públicas y, por otra parte, tal precio fue irrisorio. En consecuencia: como el Tribunal dice que no se ha demostrado la "carencia de bienes" de los compradores de Lobet, cometió un error de hecho en la apreciación de las pruebas antecitadas.

c) En declaraciones rendidas en el curso del proceso, Jaime Sánchez Vargas, Guillermo Velasco, Armando Becerra, Enoc Avenia y Carlos Arturo Tovar cuentan que el vecindario de Palmira "sabía que Bernabé Romero había donado a sus hijos... y a sus nietos... la propiedad llamada La Josepilla, en jurisdicción de Palmira y que este hecho era de fama pública". Al no encontrar el sentenciador —continúa— valederas estas declaraciones y al decir al mismo tiempo que no eran aptas para demostrar el hecho en ellas afirmado, erró en su apreciación; más aún, si se considera que el nuevo Código de Procedimiento Civil "estableció la libertad probatoria y liberó al juzgador de la tarifa a que estaba sometido en el antiguo régimen".

d) Al aunar y concatenar las pruebas mencionadas en las dos letras anteriores, "tenemos por fuerza que concluir que los señores Misael Palma, Basilio Barrios García, Luis Carlos Gómez Alzate y Julio Gómez Alzate no obraron con buena fe exenta de culpa, porque no hicieron diligencia alguna para establecer por qué los hechos que configuraban las compraventas se realizaban en forma por demás sospechosa", siendo así que los terceros tienen la obligación de averiguar todos los hechos coetáneos a los contratos por medio de los cuales adquirieron sus tradentes, de donde se deduce que no se trata de indicios, como lo afirma el *ad quem*, "siendo esta la causa para que no les dieran el valor probatorio suficiente conforme a la sana crítica...", no concibiéndose, en su concepto, que en "diez años contados desde 1954 al año de 1964 el valor de la

tierra en el Valle del Cauca fuera de $ 3.000.00 la plaza como lo dicen las escrituras de adquisición".

Se considera.

20. De dos graves defectos de técnica adolece la censura expuesta, que conduce a su rechazo. En efecto:

a) Tiénese dicho que "cuando la sentencia del Tribunal ad quem *decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (*CXLII, *48).*

Este es, precisamente, el caso: el fallador basó sus conclusiones en que, de acuerdo con el artículo 1766 del C. Civil, así interpretado por la doctrina jurisprudencial de la Corte, existía una simulación en los contratos que dieron origen a este pleito. Es decir, que el contrato aparente —la compraventa— era simulado; y que el oculto —la donación— prevalecía. Pero agregó, además, que la declaración consiguiente, que la hizo, no les era oponible a los demandados Misael Palma, Basilio Barrios García y Luis Carlos y Julio Gómez Alzate, por cuanto tratábase de terceros de buena fe, ya que habían adquirido por medios legítimos, sin fraude ni aprovechamiento dañoso alguno, como lo preceptúa para fundamentar ese concepto el artículo 768 del C. C., y por cuanto la buena fe se presume, "excepto en los casos en que la ley establece presunción contraria", según lo manda el 769 ibídem. *De manera que las tres normas en cita han debido nombrarse como violadas por el fallador, y no tan solo las dos últimas, por haberlas enlazado con aquélla el Tribunal para la fundamentación de su fallo.*

b) Ordena el artículo 368-1 del C. de P. C. que la sentencia que se acuse por la causal allí establecida debe ser violatoria de norma de derecho sustancial, entendiéndose por tal la que, en frente del supuesto de hecho previsto en ella, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas entre las partes, debiendo el censor expresar en la demanda, "en forma precisa y clara", el concepto de la violación (artículo 374-3 ibídem), *o sea si a ella se llega por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, siendo entendido que este tercer concepto sólo puede alegarse por la vía directa, nunca por la indirecta.*

*Pues bien, ninguna de las normas cuyo quebranto acusa la censura es de esa prosapia: no el artículo 768 C. C., ya que él se limita a definir la buena fe en la adquisición del dominio (*CXXXVIII, *203); y tampoco los 769 C. C. y 174, 175, 185, 187, 194, 203, 251, 252, 254, 256 y 262 C. P. C., por cuanto son preceptos de derecho probatorio (*CXXXIX, *54). Por lo demás, en la parte del cargo en que se denuncia violación de los artículos 768 del C. C. y de los enumerados del C. P. C., tan sólo se habla de violación de ellos, sin expresar el concepto, como era de rigor.*

Por estas simples consideraciones, conclúyese que el cargo analizado es impróspero, considerando, sin embargo la Corte oportuno repetir lo que tiene dicho de vieja data, o sea que la "calificación que haga el Tribunal sobre si una persona es poseedora de buena o mala fe, es asunto que sólo puede variarse en casación si se demuestra que el fallador cometió un error evidente de hecho en esa conclusión" (CXXXIX, 62), y ella no se deba a una operación dialéctica del sentenciador sino a la aplicación de lo dispuesto al respecto en una norma legal, como sucedería, por ejemplo, en los casos contemplados en los artículo 1932 y 1948 del C. C.; y como para deducir la comisión del error en referencia debe establecerse que el concepto del *ad quem* conlleva arbitrariedad, la que aquí no se presenta, mal puede accederse a la aspiración del recurrente.

Segundo cargo.

21. Formúlase diciendo que el Tribunal cometió "*error de derecho* al aplicar indebidamente los artículos 768, 769, 778, 2518, 2517, 2528 y 2529 del C. C., por interpretación errónea de los mismos, y por violación de los artículos 740, 745, 749, 762, 764, 766, 770, 2512, 2522, 2524, 2528, 2529, 1740, 1741, 1443 y 1458 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, al declarar la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio propuesta por los señores Basilio Barrios García, Misael Palma, Luis Carlos Gómez Alzate y Julio Gómez Alzate, en el proceso de la referencia, debiendo ordenar al CASAR la sentencia la restitución de bienes pedida en la demanda".

En orden a la fundamentación del cargo, adéntrase el censor en la crítica de lo dicho por el Tribunal en relación con la diferente situación de los premencionados terceros, así:

a) *Basilio Barrios García:* lo manifestado por el *ad quem* sobre la estimación de éste aparece en lo que se mencionó en la letra a) del numeral

16 anterior, encontrando el impugnante allí dos errores fundamentales, a saber:

i) El haber el Tribunal apreciado y dado valor probatorio a la inscripción de la sentencia que declaró la prescripción adquisitiva de dominio a su favor, no obstante ser posterior al registro de la demanda incoactiva del proceso de declaratoria de paternidad natural de los demandantes, que puso fuera del comercio los bienes del presunto padre; por tanto, aquella inscripción es nula y, al no reconocerlo así el fallador, violó el artículo 740 del Código Judicial vigente hasta el 1º de julio de 1971 y los artículos 42 de la Ley 57 de 1887 y 2º de la 38 de 1945.

ii) El haber apreciado indebidamente el indicio que se desprende del mencionado proceso de pertenencia, que para el censor no "exterioriza —como lo dice el Tribunal— un ánimo que concuerda con los supuestos sicológicos de la buena fe", sino, por el contrario, pone de presente la mala fe.

b) *Luis Carlos y Julio Gómez Alzate:* sobre éstos dice el sentenciador, como se destacó en la letra b) del numeral 16 anterior, que, además de estar amparados con la presunción de buena fe, prospera a su favor la excepción de prescripción ordinaria del dominio, manifestando el recurrente sobre el particular que, en cuanto a lo primero, las "tesis de la buena fe simple han sido refutadas en esta demanda (primer cargo), según pruebas evidentes existentes en el proceso"; y que, en lo que hace a lo segundo, habiéndose declarado la nulidad de las donaciones en virtud de las cuales adquirieron sus antecesores el dominio de los predios transferidos a ellos, mal pueden "tener justo título para adquirir por prescripción y menos agregar la anterior posesión a la de los excepcionantes", obrando desacertadamente el Tribunal "al aceptar, como lo hizo el juez del conocimiento, que se sumaran posesiones irregulares, que no sirven para configurar el fenómeno de la prescripción ordinaria adquisitiva del dominio".

c) *Misael Palma:* éste —expresa el casacionista— carece de buena fe exenta de culpa "por negligencia demostrada en el proceso al confirmarse en la apariencia de la titularidad"; y habiendo comprado "a José Heraclio o Heraclio Romero 14 plazas por la escritura número 90 de enero 20 de 1959 de la Notaría Segunda de Palmira, con antecedentes titularios de ser parte de los que el vendedor adquirió de Lobet Martínez y éste de Bernabé Romero, para entregarle a sus hijos legítimos y a sus nietos legítimos, no teniendo tampoco el tiempo necesario para prescribir de modo ordinario, pues su lapso de posesión irregular, que no le da derecho a usucapir, es solamente de cinco años y nueve meses".

Se considera.

22. Cae también este cargo en errores de técnica, como son:

a) Acusar unas mismas normas (los artículos 768, 769, 778, 2518, 2517, 2528 y 2529 C. C.), por las vías directa e indirecta al mismo tiempo (error de derecho y errónea interpretación); y tacharlas así mismo por aplicación indebida e interpretación errónea, sobre lo que ha dicho la Corte que "no es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que aquélla no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a ésta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso controvertido, pero en un sentido diverso del que ella tiene. En otros términos: la indebida aplicación se presenta cuando entendida rectamente una norma se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado" (CXVI, 111).

b) Acusar por simple "violación", sin expresar el concepto, como ya quedó dicho al estudiar el cargo anterior, los restantes preceptos citados en la censura.

c) Impugnar por error de derecho sin llenar los requisitos exigidos al respecto, los cuales se contemplan en el numeral 25 posterior de esta providencia.

23. A pesar de lo anterior, estima la Corte necesario referirse a lo que sobre cada uno de los terceros observa la impugnación:

a) *Basilio Barrios García:* dice el censor que los bienes adquiridos por éste estaban fuera del comercio cuando se inscribió la sentencia que declaró la prescripción adquisitiva del dominio de ellos, por cuanto la demanda presentada por los recurrentes en casación, referente a la obtención de la declaratoria judicial de su filiación natural con respecto a Bernabé Romero había sido registrada con anterioridad, con la consecuencia arriba anotada. De lo cual deduce el recurrente que el Tribunal violó los artículos 740 de la Ley 105 de 1931, 42 de la Ley 57 de 1887 y 2º de la 38 de 1945. Consideración que no puede prosperar, por cuanto no expresó el concepto de la violación.

Y por lo que hace a la censura de la indebida apreciación de un indicio, cabe recordar que el

juzgador de instancia goza al respecto de discreta autonomía, a menos que incurra en arbitrariedad, no pudiendo, por otra parte, un solo indicio desvirtuar la presunción de buena fe en que se apoyó el Tribunal.

b) *Luis Carlos y Julio Gómez Alzate.* Acompaña la razón al casacionista cuando alega que los terceros no tenían el tiempo necesario para usucapir ordinariamente, como lo admitió el *ad quem* al dar por probada la excepción correspondiente, por cuanto, como lo afirma el censor, su posesión solamente comenzó en la fecha del contrato (véanse numerales 4, 5, 6 y 7 anteriores), o sea que desde entonces y hasta la notificación del auto admisorio de la demanda, no habían transcurrido los diez años de que habla el artículo 2529 del C. Civil: ciertamente, como lo manda el precepto 2521 *ibídem*, "si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del anterior puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 778"; el cual dispone que en el evento de agregar posesiones anteriores, el sucesor se las "apropia con sus calidades y vicios". Entonces, siendo vicioso el título de los antecesores de estos adquirentes, como la misma sentencia recurrida lo indica al decretar la nulidad de las donaciones, la posesión de tales donatarios no fue regular y, consecuencialmente, mal podía sumarse como tal a la de los Gómez Alzate, lo que se desprende de lo ordenado en los artículos 764, 765, 766-3º y 2528 de la obra en cita. Pero lo anterior, que se dice en vía de rectificación doctrinaria (artículo 375, inciso 5º C. P. C.), no conlleva la quiebra de la sentencia acusada, por cuanto el otro estribo en que el Tribunal fundamentó su conclusión, o sea la buena fe de estos terceros, quedó incólume al no haber prosperado el primer cargo.

c) *Misael Palma.* El Tribunal fue explícito, en cuanto a este demandado, de que respecto a él no se daban los presupuestos necesarios para declarar probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria que propuso al dar contestación a la demanda incoativa del proceso, de manera que el censor se equivocó al afirmar lo contrario; la conclusión del Tribunal sigue en pie por lo acabado de decir, o sea porque el basamento consistente en la buena fe del tercero está en firme.

Por lo expuesto, tampoco puede prosperar esta segunda censura.

Tercer cargo.

24. Está formulado así: el Tribunal erró de derecho, violando como consecuencia los artículos 1740, 1741, 1008, 1009, 1010, 1012, 1037, 1374 y 1377 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, "por falta de aplicación de los mismos al declarar la nulidad de los actos escriturarios celebrados entre Bernabé Romero y sus hijos legtimados y sus nietos legítimos por conducto de Lobet Martínez, y no disponer la cancelación de los precitados actos escriturarios y la restitución de los bienes a la sucesión del señor Bernabé Romero para ser distribuidos entre sus herederos y causahabientes".

Desenvolviendo a la censura, dicen los casacionistas que el Tribunal reconoció y decretó la nulidad de las donaciones contenidas en los contratos cuya simulación relativa declaró, por carecer del requisito esencial de la insinuación; entonces —continúa— el bien donado por Romero a sus descendientes debe retornar a su patrimonio, "para que la tradición del dominio se efectúe por el medio legal del proceso de sucesión, sin que pueda argüirse que la simulación es inoponible a los terceros adquirentes porque el título de éstos no puede derivarse de un título nulo como es la escritura 727 de junio 9 de 1954 y las otorgadas con base en ésta con los números 730 de la misma fecha, 732 y 734 de 10 de junio del mismo año, todas otorgadas en la Notaría Segunda de Palmira".

De lo anterior se desprende —concluye el censor— que "es lógico que la declaración de nulidad de la donación debe llevar aparejada la cancelación de los mencionados títulos y de sus registros, conservando su vigencia únicamente hasta el valor de dos mil pesos, lo cual implicaría que los terceros que adquirieron bienes afectados por esa donación, conservan exclusivamente los derechos que en la sucesión les correspondan a sus tradentes".

Se considera.

25. Se observa que el quebranto de las normas citadas en el cargo lo hace derivar el censor de un error de derecho por parte del Tribunal, el cual hace consistir en que, habiéndose declarado la nulidad de las donaciones hechas por Bernabé Romero a sus hijos y nietos, ha debido ordenarse el reintegro de los bienes correspondientes a su patrimonio o al de su herencia, porque el título escriturario de los terceros adquirentes no puede derivarse de uno anterior nulo.

Esta Corporación ha dicho y hoy lo reitera, que "a pesar de que el Código de Procedimiento Civil que rige en el país desde el 1º de julio de 1971, en punto a valorización de prueba consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme a la cual corresponde al

fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como conservó sin embargo, la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los diferentes medios, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente de su panorama.

"Y así, en esta clase de yerro puede hoy incurrir el fallador cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohibe para el caso; o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere". (Casación civil 25 de septiembre de 1973, proceso de Gerardo Ladino Guáqueta, frente a María Inés Ladino de Prieto, aún no publicado).

Es decir, que el error de derecho, en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, se presenta en los casos en que, en la tarea valorativa de las pruebas allegadas al proceso, el sentenciador infringe las normas legales que regulan su producción o su eficacia, circunstancias éstas que el censor debe demostrar con cita de las disposiciones pertinentes y con demostración de la influencia del error en la falta de aplicación o en la aplicación indebida de los preceptos de derecho sustancial que considéranse violados.

Nada de lo anterior ocurre en el presente caso, como se deduce de la síntesis que del cargo se hizo anteriormente; entonces, la acusación mal puede prosperar, ya que la Corte, como consecuencia del carácter esencialmente rigorista del recurso, no puede apartarse de la estricta órbita que le señale el censor.

26. Pero, a pesar de lo dicho, para demostrar aún más la improsperidad del cargo, se formulan estas otras consideraciones:

La simulación, como tiénese ya dicho, es inoponible a terceros poseedores de buena fe; por manera que, de atender el razonamiento del censor, consistente en que se debió decretar la cancelación total —no parcial como lo hizo el Tribunal— de las escrituras en que constan las donaciones tantas veces citadas, para que los bienes adquiridos en virtud de ellas por los terceros reviertan al acervo sucesoral del causante Bernabé Romero, se estaría violando ese principio que, como también se lleva repetido, no fue quebrado en virtud de no haber prosperado el primer cargo. Si la decisión en comento no es oponible a los demandados Barrios García, Palma y Gómez Alzate, mal pueden los bienes adquiridos por ellos de los donatarios de Bernabé volver al acervo herencial de éste. Otro puede ser el camino que tendrían los demandantes para hacer volver a su acervo el precio que de estos terceros recibieron los simulantes.

Confunde el recurrente la nulidad y la simulación, que son fenómenos esencialmente diferentes. La primera, da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales; en cambio la segunda, "que no engendra por sí misma la nulidad del acto o contrato oculto, no produce acción contra terceros de buena fe que confiaron en la realidad del acto ostensible" (XCI, 854). Por otra parte, para que el cargo en estudio estuviese bien formulado, han debido acusarse, por aplicación indebida, los preceptos en que el fallador basó su decisión.

Por último, nótese que la Corte ha dicho, repetidamente, que no procede la súplica en que se pide la nulidad de la escritura que contiene el negocio jurídico ficticio —que es la esencia del cargo— pues "la inexistencia del acto o contrato nada tiene que ver con la del instrumento en que se hace constar, el cual será válido si reúne los requisitos que la ley determina, por más viciado que aquél aparezca" (LXX, 76).

El cargo es, pues, impróspero.

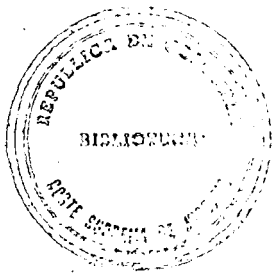
En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 22 de mayo de 1974, de que se ha venido haciendo mérito.

Sin costas, como consecuencia de la rectificación doctrinaria que se dejó hecha.

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Hugo Vela Camelo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



FILIACION NATURAL

Prueba testimonial, cómo acusar en casación la inobservancia de formalidades o su calificación por el juzgador de instancia.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de noviembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el proceso ordinario instaurado por Alicia Aurora Leyton, frente a los herederos de Juan Bautista Milecio Chaves.

I

El litigio.

1. Mediante libelo de 24 de octubre de 1972, la mentada Alicia Aurora Leyton demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales a Jesús, Dolores Bertha y Alba Alegría Chaves, como herederos de Juan Bautista Milecio Chaves, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

que la demandante, hija natural de Secundino Leyton, lo es también de Juan Bautista Milecio Chaves; que, en consecuencia, se declare que aquélla es heredera de éste; que se ordene tomar nota de lo conducente en el registro civil; y que en caso de oposición de los demandados se los condene en las costas procesales.

2. Los hechos que la demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi,* quedan sintetizados en los siguientes:

que Juan Bautista Milecio Chaves, fallecido en Ipiales el 1º de septiembre de 1971, durante los años de 1939 a 1941, sostuvo relaciones sexuales, estables y notorias con Secundina Leyton; que fruto de esas relaciones fue el nacimiento de la demandante, ocurrido en el Municipio nariñense de Córdoba, el 8 de mayo de 1940; que Juan Bautista reconoció a Alicia Aurora como hija suya, desde el nacimiento de ésta y hasta su muerte y en tal condición la trató, atendió a su subsistencia y educación, la presentó a sus deudos y amigos, todo ello durante un período mayor de 20 años; que el citado Juan Bautista Milecio Chaves murió célibe sin dejar descendientes ni ascendientes; que a su muerte sólo le sobrevivieron, como colaterales suyos, los tres demandados, hijos de Marcos Chaves, hermano legítimo del causante; y que éstos, en su calidad de sobrinos, son los herederos en la sucesión de aquél.

3. En su oportuna contestación a la demanda, los demandados se opusieron a las pretensiones de la demandante, aceptando los hechos atinentes a la calidad civil a ellos imputada y expresando no constarles los demás.

En la misma oportunidad propusieron las excepciones que nominaron "ilegitimidad de personería por pasiva, carencia de acción y de derecho para demandar, y todas las demás que se prueben".

4. Replicada así la demanda, con aducción de pruebas de ambas partes se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 27 de noviembre de 1973, complementada por la de 7 de mayo siguiente, mediante las cuales acogió todas las peticiones de la demanda.

5. No conformes los demandados con dichas resoluciones, interpusieron cotra ellas el recurso de apelación, por virtud del cual el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el que, en fallo proferido el 22 de noviembre de 1974, confirmó los apelados.

6. Contra la sentencia del Tribunal la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación, que, por encontrarse hoy legalmente rituado, procede a decidir la Corte.

II

Motivación de la sentencia impugnada.

1. Tras estimar, con apoyo en la prueba documental aducida al efecto, que en el proceso se halla establecida la legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, el Tribunal acomete el estudio de las dos presunciones de paternidad natural que encuentra invocadas en la demanda.

Y luego de desechar la atinente a las relaciones sexuales, porque, dice el *ad quem* "a la mayoría de los testigos no les consta nada al respecto", emprende el análisis de la posesión notoria.

2. Colocado, pues, en este campo de la demanda, el juzgador de segundo grado cita, transcribiendo de ellas los pasos trascendentes, las declaraciones de Hortensia María Ortiz González, Moisés González y Peregrino Ortiz Chaves, las que, por encontrarlas concordes, razonadas y completas, estima merecedoras de credibilidad.

"Estos tres testimonios —asevera el Tribunal, después del análisis que de cada uno de ellos hace— acordes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por la forma clara, por referirse a hechos concretos que los percibieron, por las referencias de amistad con el causante, llevan al convencimiento del fallador de que esta prueba es plena y apta para demostrar la posesión notoria del estado de hija natural de Alicia Aurora Leyton".

Considera además el sentenciador que la certeza de los hechos depuestos por los testigos, particularmente el relacionado con la educación que Juan Bautista Milecio Chaves dio a la demandante, la corrobora el certificado expedido por la directora del colegio "Inmaculada Concepción" de Ipiales, "en el cual consta que durante los años de 1954, 1955, 1957 y 1958 estuvo matriculada en este establecimiento la niña Alicia Aurora Chaves, bajo la responsabilidad de su tía Lucrecia Chaves", quien lo hacía por cuenta de aquél.

3. Conclusión de este análisis de los elementos de demostración, es, para el Tribunal de Pasto, que "estas pruebas analizadas en conjunto dan el pleno convencimiento al fallador de que Alicia A. Leyton es hija natural de Juan Bautista Milecio Chaves, tanto por haberlo manifestado él entre los vecinos de su región, como por los hechos positivos que se acaban de analizar, pues el hecho de darle dinero, vivienda, alimentos y educación, como declarar los testigos, no lo hizo por motivos de filantropía sino por los lazos de sangre que los une; educación ratificada por el certificado de estudios expedido por la Rectora del Colegio 'Inmaculada Concepción', no queda la menor duda de que la demandante es hija natural de Juan Bautista Milecio Chaves, habiéndose demostrado también, con ese trato, los cinco años requeridos por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968".

4. Finalizando la motivación de su sentencia estima el Tribunal, y así lo asevera, que como consecuencia de la filiación natural por él reconocida debe acceder a la súplica referente a la petición de herencia, "ya que con las partidas necesarias se ha probado que este proceso se lo intentó antes de cumplirse los dos años de caducidad contemplada por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

En la respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra la sentencia extractada dos cargos, que la Corte entra a estudiar en el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º de la Ley 45 de 1936; 1º, 6º, 9º y 10 de la Ley 75 de 1968; 396 y 399 del Código Civil, a causa del error de derecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas que tomó en apoyo de su conclusión.

El casacionista denuncia, como violación media, la de los artículos 176, 187 y 228 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desarrollo del cargo el censor, después de transcribir alguna doctrina de la Corte atinente al error de derecho en la apreciación de la prueba testifical, asevera que en el presente caso las tres declaraciones en que el Tribunal apoyó su fallo "se recibieron sin el cumplimiento de las reglas que señala el artículo 228 del C. de P. C."; y además se apreciaron olvidando las reglas de la sana crítica.

A los testigos, dice el impugnante, "no se les exigió digan dónde vivían, si vecinos o no de la habitación de Juan Bautista Milecio Chaves; no los interrogó para que expresen en qué lapso de tiempo presenciaron los hechos constitutivos de la posesión notoria de que dan cuenta; si esos hechos los presenciaron en el Municipio de Córdoba, lugar de nacimiento de la demandante, o en la Sección Payán, donde otros testigos dicen

que él tenía sus propiedades, y donde vivía la madre natural de Aurora, o sea Secundina Leyton; no les exigió, cuando declararon que les constaba que los familiares trataban a la presunta hija natural, como hija del pretenso padre, explicaran qué clase de familiares o quiénes eran éstos. No les exigió que expliquen las circunstancias de tiempo y lugar, donde ocurrieron los hechos de posesión notoria".

Añade el recurrente que "no quiso el *a quo*, al recibir estos testimonios, el que éstos sean completos y exactos, permitiéndoles a tales declarantes contestar simplemente, sin razones, que es cierto el interrogatorio formulado previamente por escrito, interrogatorio presentado a la audiencia, sin la asistencia del abogado interrogante de la parte actora".

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, afirma el censor que apreciados estos tres testimonios a la luz de la sana crítica resultan "carentes de todo valor demostrativo", tanto más si se tiene en cuenta que en el proceso rindieron declaración otros testigos quienes afirmaron que "jamás, en el vecindario, se supo que la demandante era tratada como hija natural de Juan Bautista Milecio Chaves"; y si se considera, de otra parte, que el certificado expedido por la directora del colegio "Inmaculada Concepción" no expresa "quién o qué personas pagaban pensiones y matriculaban a dicha señorita, destruyendo, al respecto, esas afirmaciones de los tres testigos en que se fundamenta el fallo acusado".

3. Concretando el yerro de derecho que denuncia, dice el censor que en él incurrió el *ad quem* por no haber evaluado los testimonios recibidos a instancia de la demandante en conjunto con los presentados por la parte demandada; porque esas tres declaraciones, por sí solas ni apreciándolos con el certificado del colegio "Inmaculada Concepción", demuestran la posesión notoria; y, finalmente, porque al recibir tales declaraciones el *a quo* no cumplió las formalidades exigidas por el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera.

1. Según el sistema de la persuasión racional, el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de ser las declaraciones de los testigos responsivas, exactas y completas. Es responsivo el testimonio, cuando cada contestación se relata dando la razón de la ciencia de lo dicho; exacto, cuando la respuesta no deja lugar a incertidumbre; y completo, cuando la deposición no omite circunstancias que pueden ser influyentes en la apreciación de la prueba.

Con el propósito de que el testimonio logre estos requisitos que son indispensables para atribuirle mérito probatorio, el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil establece las formalidades de evacuación de la prueba: autoriza al juez para que interrogue al declarante sobre los aspectos previstos en dicho precepto. Pero esta formalidad, dado su fin propio, no sólo se observa cuando hay pormenorizado interrogatorio del juez sobre precisas circunstancias, sino también cuando por otro aspecto el testimonio resulta completo, exacto y responsivo. Y si ello es así, irrazonable sería desestimar las declaraciones que se han recibido con citación y audiencia de las partes.

En el caso de este proceso, según lo reza el acta que contiene las declaraciones de Hortensia Ortiz de González, Peregrino Ortiz y Moisés González, el juez cumplió con las formalidades indicadas en el artículo 228 del C. de P. C. "Al efecto el señor juez por ante su secretario —dice el acta— les recibió el juramento de ley, por cuya gravedad prometieron decir verdad y nada más que la verdad de todo cuanto sepan, les conste y sean preguntados conforme al cuestionario propuesto para ellos por el apoderado de la demandante. Interrogados así mismo conforme al numeral 3º del artículo 228 del C. de P. C." *(subraya la Corte).*

2 No hubo pues, por parte del juzgado a quo, *inobservancia de la formalidad requerida para la recepción de las declaraciones dichas.*

Y si a la postre, como lo dice la censura, los testimonios no hubieren resultado responsivos, exactos y completos, el juicio del ad quem *en el punto debió haberse formulado en casación acusando error de hecho y no de derecho.*

Ha dicho la Corte que "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 o 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 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' (Casación del 7 de mayo de 1968)" (sentencia de 7 de julio de 1970, ordinario de Rafael Granada contra María Lucila Arango Correa y otros. No publicada).*

No prospera, pues, el cargo.

Cargo segundo.

1. Denúnciase en él violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1º de la Ley 45 de 1936; 6º y 9º de la Ley 75 de 1968; 396, 399 y 1321 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al no estimar algunas pruebas y al apreciar erróneamente otras.

2. Como pruebas que a juicio del censor no fueron tenidas en cuenta por el *ad quem,* aquél indica los testimonios de Zoila Cuaycal Pérez, Beatriz Leyton, Marco Antonio Chaves, Humberto Zarama, Francisco Quintero, José Elías Cabrera, Zoila Coral Rosero, Blanca Rosa Velasco, Ismenia Montenegro, Lucía Huertas, José Peregrino Narváez, Angel María Benavides, Francisco Tello, José Eloy Realpe y Gonzalo Adolfo Fuentes.

Estima el censor que el Tribunal, "al no tener en cuenta esta abundante, exponsiva, completa, variada y conteste prueba testimonial; al haberla pasado por alto en su fallo, tuvo por probada una posesión notoria que de tal, con claridad meridiana, salta a la vista jamás existió en la forma como lo exige la ley, para constituir una presunción de paternidad natural; porque estos muchos y más respetables testigos, que los tres de cargo, dejan sin ningún soporte real, a la prueba que el sentenciador tuvo demostrativa, de una posesión notoria inexistente, a la luz, de los testigos de descargo".

3. Entre las pruebas que en sentir del recurrente fueron mal apreciadas por el Tribunal, aquél cita, en primer lugar, los testimonios de Hortensia Ortiz, Moisés González y Peregrino Ortiz, de los cuales, dice, hacen afirmaciones "por referencia una veces, de manera dubitativa otras..., que el Tribunal los amplía y agranda, dándoles una significación, a sus dichos, que, en su misma materialidad, no tienen. Es decir yerra, el sentenciador, de hecho, al leer, si se quiere, las declaraciones de la familia González Ortiz; pues leyendo, como lo hará la honorable Corte, sus exposiciones, jamás concluirá, que de su lectura aparecen acreditados los hechos que configuran la posesión notoria del estado de hijo natural".

Y añade el censor que también cayó en falencia el *ad quem* al apreciar el certificado del colegio "Inmaculada Concepción", puesto que este escrito "no dice, como lo afirma el sentenciador, que de él consta que estuvo matriculada en el establecimiento la niña Aurora Chaves, sino *'Aurora Leyton'* o *'Alicia Aurora Chaves'*. Que estuvo bajo la responsabilidad de su tía *Lucrecia Chaves* sino 'que en los libros que reposan en la secretaría del plantel *no figura persona responsable*'. Y el certificado, tampoco dice que el padre natural pretenso, por intermedio de Lucrecia Chaves, le haya dado educación a la pretendida hija. Ni menos, dice, que la última se haya matriculado con el apellido de Chaves".

4. Estima el recurrente, y así lo asevera, que los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de los medios de prueba aducidos al proceso, lo llevaron a dar por demostrada la posesión notoria de hijo natural que la demandante invocó, sin estar justificada en sus elementos estructurales, y por contera a infringir las normas sustanciales que cita en el encabezamiento del cargo.

Se considera.

1. Para hacer la declaración de paternidad natural contenida en su sentencia, el Tribunal *ad quem* tomó apoyo fundamentalmente en los testimonio de María Ortiz González, Moisés González y Peregrino Ortiz Chaves, los que estimó merecedores de credibilidad por encontrarlos "acordes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por la forma clara, por referirse a hechos concretos que los percibieron, por las referencias de amistad con el causante".

La apreciación que de los testimonios dichos hizo el sentenciador es censurada por el recurrente, alegando, en este cargo, que en ella aquél incurrió en error de hecho, puesto que, asevera, los declarantes hacen afirmaciones "que el Tribunal las amplía y agranda, dándoles una significación que, en su misma materialidad, no tienen"; e invita a la Corte a que lea esas declaraciones, las cuales, dice el censor, no acreditan "los hechos que configuran la posesión notoria".

Pero el recurrente no demuestra la existencia del error de facto que denuncia, puesto que no explica en qué pudo éste consistir. Se limita el censor a hacer afirmaciones generales y abstractas en relación con dichos tres testimonios, afirmaciones que no pueden configurar la exigida demostración del cargo, puesto que no cita los pasajes de las declaraciones que el Tribunal ha-

bría interpretado erradamente y que darían base para concluir que la posesión notoria invocada en la demanda no está demostrada en el proceso; ni menos los que le permitirían a la Corte advertir que dichos testimonios, al contrario de lo que asevera el sentenciador, no son responsivos, ni exactos, ni completos.

Ha dicho la Corte que "cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustancial como consecuencia de la errónea apreciación que el juzgador de instancia hizo de la prueba testifical, es deber inexcusable del recurrente, para la procedencia de la censura, decir en su demanda cómo debió ser apreciada dicha prueba testimonial para que la Corte pueda deducir, luego de parangonar las consideraciones del sentenciador con el contenido de las declaraciones, en qué pudo errar ostensiblemente éste al hacer el análisis de valoración de ese elemento probatorio". (Sentencia del 7 de febrero de 1975. Proceso ordinario de Mario Alberto Fernández frente a los herederos de Jesús Emilio Fernández, aún no publicada).

2. A más de que el sentenciador no tomó el certificado del colegio "Inmaculada Concepción", expedido el 1º de agosto de 1973, como prueba única y ni siquiera principal para dar por demostrada la posesión notoria de hija natural de la demandante en relación con Juan Bautista Milecio Chaves, sino apenas como indicio corroborativo de lo que en el punto expusieron los testigos; es lo cierto que frente a dicho documento el Tribunal no dijo todo lo que el recurrente afirma.

Se limitó aquél a afirmar que según dicho certificado la demandante estuvo en dicho plantel durante los años de 1954, 1955, 1957 y 1958 bajo la responsabilidad de su tía Lucrecia Chaves, "certificado que viene a corroborar las declaraciones de los testigos ya analizados, en lo relativo a la educación que recibió la demandante por parte de su padre natural, quien lo hacía por intermedio de la señora Lucrecia Chaves". No dijo pues, el *ad quem*, que dicha certificación expresara quién había matriculado a la demandante, ni menos quién pagaba las pensiones, sino que, lo que es cosa bien distinta, ella venía a corroborar lo que los testigos dijeron en relación con la alimentación y educación de la demandante.

Y como la conclusión que en el punto sacó el Tribunal no es arbitraria, ni contradice la realidad objetiva de la prueba, el error de hecho que la censura denuncia no tiene existencia.

3. Evidentemente, como lo afirma el censor, el *ad quem* no cita en su sentencia los testimonios de las personas que declararon en el proceso a instancia de la parte demandada: se limitó a analizar algunos de los recibidos por petición de la demandante y con base en éstos declaró la paternidad natural deprecada.

Encontrándose, pues, edificada la sentencia del Tribunal cardinalmente en las declaraciones de un grupo de testigos, cuya apreciación por el sentenciador, como aquí ocurre según lo atrás dicho, sale indemne de los ataques en casación, no podría quebrarse el fallo por la inapreciación de otras declaraciones, porque aún en el evento de existir por este aspecto error del Tribunal, las razones que en torno a las demás dio éste son suficientes para fundar su decisión.

Como para que el error de hecho tenga trascendencia en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que, sin embargo, de no haber apreciado algunos testimonios, el sentenciador no incurrió en yerro fáctico trascendente, porque las declaraciones sí apreciadas, por falta de eficaz impugnación, siguen prestándole apoyo a la sentencia. Y como, según lo ha dicho la doctrina, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con la estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que ellas, dado su contenido, no podían tomarse por el juzgador con la fuerza suficiente para infirmar o desvirtuar la posesión notoria que las pruebas apreciadas demuestran.

No prospera, pues, el cargo.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Hugo A. Vela Camelo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

NULIDAD DE REMATE

Revalidación de papel.—Restitución como consecuencia de nulidad o de la acción de dominio. — Sentencia, la parte resolutiva ha de entenderse en armonía con su parte motiva.— Condiciones de la acción, y presupuestos procesales.

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

(Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 10 de mayo de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en el proceso ordinario de Dulcelina Pinzón vda. de Delgado y Zoraida Delgado de García contra Gildardo Santoyo Pinzón y Teresa Muñoz vda. de Delgado, ésta en su propio nombre y, además, como representante legal de sus hijos Jorge Enrique y Sandra Delgado Muñoz, menores impúberes.

I

Antecedentes.

1. Se inició el proceso con demanda que contiene veinticinco súplicas divididas en tres grupos que pueden resumirse así:

a) Que se declaren *nulos* "el juicio de venta de bienes de los menores Jorge Enrique y Sandra Delgado Muñoz adelantado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Güepsa (S.), en el que fue rematada la finca denominada 'San Roque', por el señor Gildardo Santoyo Pinzón", la diligencia de remate de dicha finca, el auto aprobatorio del remate, la venta que por éste se hizo, su inscripción en el registro y, finalmente, el auto "dictado en el juicio de división material del inmueble", por el cual se declaró que el mismo Santoyo Pinzón es "subrogatario o cesionario de los derechos de Jorge Enrique y Sandra Delgado Muñoz en el referido inmueble", medidas éstas que imponen las declaraciones de restitución "en sus derechos de propietarias" a las demandantes, junto con los frutos civiles y naturales, sin que el demandado Santoyo tenga derecho a exigir el reembolso del precio pagado por el bien adquirido mediante el remate nulo, siendo responsable del deterioro del predio rural y de los perjuicios, en éstos junto con los demás demandados (primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y décima del primer grupo de peticiones).

b) Que se declare que pertenecen a las demandantes las partes proporcionales del predio "San Roque", debiendo el demandado Santoyo restituírselas, junto con los frutos naturales y civiles correspondientes como poseedor de mala fe, consistiendo esas partes proporcionales en los derechos proindivisos de $ 18.750.00 y $ 17.250.00, respectivamente, con relación a un avalúo de $ 52.000.00, en el dominio de la mencionada finca (primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del tercer grupo, comprendida en el capítulo denominado "aclaración de la parte petitoria").

c) Pretensiones varias que la parte demandante dice formular "en relación con la *acción pauliana*" (subraya la Sala), que comprenden diversas solicitudes sobre declaraciones de nulidad absoluta, simulación, inoponibilidad, ineficacia y otras (primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima del segundo grupo de peticiones).

2. Los hechos fundamentales de todas estas súplicas son, en síntesis, los siguientes:

a) En la causa mortuoria de Alcibíades Delgado Valbuena, protocolizada mediante la escritura número 3567 del 30 de septiembre de 1953 de la Notaría Octava de Bogotá, se adjudicaron en común y proindiviso a Dulcelina Pinzón vda. de Delgado, Zoraida Delgado (hoy de García), y Jaime Delgado Pinzón, sendas cuotas en el dominio de la finca "San Roque", con relación a un avalúo de $ 52.000.00, así: una por

$ 18.750.00, otra por $ 17.250.00 y una tercera por $ 16.000.00, respectivamente;

b) el comunero Jaime Delgado Pinzón vendió primero parte de su derecho a Oliverio Martínez Moreno, y luego el resto del mismo a Dulcelina Pinzón vda. de Delgado, pero lo volvió a adquirir de ella por compra celebrada posteriormente;

c) fallecido Jaime Delgado Pinzón, en el correspondiente proceso sucesorio se adjudicó a sus dos menores hijos, Jorge Enrique y Sandra, por partes iguales, el derecho que el causante había vuelto a adquirir de Dulcelina Pinzón vda. de Delgado;

d) esta promovió más tarde proceso de división material de la finca "San Roque", mediante demanda que fue inscrita en el registro;

e) entretanto, Teresa Muñoz vda. de Delgado solicitó licencia judicial para vender en pública subasta los derechos adquiridos por sus menores hijos Jorge Enrique y Sandra, petición que fue acogida por el juez, mediante sentencia del 21 de abril de 1965;

f) por razón de la reforma judicial de 1964, el expediente pasó al conocimiento de otro juez, quien efectuó el remate decretado por el anterior y adjudicó a Gildardo Santoyo Pinzón como único postor, no los derechos proindiviso de los menores, sino la finca "San Roque", entera;

g) condenada que fue la sucesión de Jaime Delgado Pinzón a rendir cuentas de la administración por parte de éste de "San Roque" e iniciado el proceso ejecutivo correspondiente, sus dos herederos transfirieron, mediante el remate conocido, la mencionada finca; y la cónyuge, Teresa Muñoz de Delgado, enajenó la denominada "Santa Inés" al mismo rematante, adquirida por ella en virtud de la liquidación de la sociedad conyugal que formó por el hecho de su matrimonio con Delgado Pinzón, negocios éstos con los cuales "se causó un daño evidente a los acreedores dentro del juicio de rendición de cuentas".

3. Los demandados contestaron el libelo negando en general los hechos, exigiendo prueba de ellos y manifestando oponerse a todas las pretensiones de la parte actora.

4. El Juez Segundo Civil del Circuito de Vélez, a quien correspondió conocer del proceso en la primera instancia, lo falló de esta manera en sentencia del 5 de octubre de 1972;

Primero. Negó la primera, la segunda, la tercera, la cuarta, la quinta, la sexta, la séptima, la octava y la décima del primer grupo de peticiones de la demanda, o sean las correspondientes a las nulidades de contratos, procesos y providencias judiciales y sus consecuencias restitutorias, absolviendo a los demandados de los cargos contenidos en ellas.

Segundo. Se declaró inhibido para decidir la petición novena de ese primer grupo.

Tercero. Negó todas las pretensiones del segundo grupo, relacionadas con la titulada en la demanda acción pauliana, absolviendo a los demandados de los cargos correspondientes.

Cuarto. Acogió favorablemente las pretensiones del tercer grupo, referentes a la acción de dominio, considerando al demandado Santoyo Pinzón como poseedor de buena fe.

Quinto. No hizo condenación en costas.

5. Apeladas estas decisiones del juez por ambas partes contendientes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil desató el doble recurso mediante sentencia en la que resolvió "*confirmar* en todas sus partes el fallo" apelado; admitió el desistimiento de la petición novena del primer grupo y no hizo condenación en costas.

II

Motivaciones de la sentencia impugnada.

6. En su tarea de considerar una a una las numerosas súplicas de la demanda, comienza el Tribunal por las del *primer grupo,* sobre las cuales dice que la actuación de un proceso no puede declararse nula en otro proceso distinto; que el remate en que se adjudicó a Gildardo Santoyo Pinzón toda la finca "San Roque" no es nulo por haber estado vigente a la sazón el registro de la demanda con que se inició el proceso de división material del inmueble, comoquiera que ese registro no sitúa los bienes fuera del comercio, y que la venta que por medio del remate se hizo tampoco es nula por la misma razón y, además, porque en el régimen civil colombiano la venta de cosa ajena es válida, por lo que lo procedente es ejercitar la acción de dominio, como por otra parte lo tiene dicho la Corte.

7. Se ocupa en seguida el *ad quem* de la acción paulina, que niega en virtud de que no se llevó al proceso la prueba del contrato de venta de la finca "Santa Inés", cuya rescisión se solicitó como consecuencia de la prosperidad de ella.

8. Pasa luego el sentenciador al estudio de la acción reivindicatoria de las cuotas que las demandantes tienen en la finca; y en el examen de los requisitos para el ejercicio de tal acción, dedica el sentenciador su atención a los concer-

nientes al dominio de esas cuotas en cabeza de las demandantes.

Sobre el particular, afirma, no es de recibo la objeción de la parte demandada en el sentido de que tales cuotas no están determinadas, puesto que lo están claramente en el hecho segundo de la demanda y, además, en otras pruebas tales como "el título matriz", o sea la escritura de protocolización de la causa mortuoria de Alcibíades Delgado Valbuena.

Refiriéndose luego al reparo de la misma parte demandada en relación con la falta de nota de haber sido inscrita esa escritura en el competente registro, defecto que, dice, exhibe la copia notarial traída al proceso por las demandantes, expresa el Tribunal lo siguiente:

"Pues bien: al folio 50 del cuaderno a) se encuentra la copia de la escritura pública número 3561 pasada ante el Notario Octavo de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Alcibíades Delgado y en la cual aparece que le fue adjudicado a Dulcelina Pinzón vda. de Delgado, a Jaime Delgado Pinzón y a Zoraida Delgado Pinzón el terreno denominado San Roque, a la primera una cuota equivalente a la suma de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00) (sic) sobre un avalúo de cincuenta y dos mil pesos ($ 52.000.00), a Jaime igual derecho a la anterior, y a Zoraida un derecho de diez y siete mil doscientos cincuenta pesos ($ 17.250.00) sobre el mismo avalúo de cincuenta y dos mil pesos ($ 52.000.00). En esta copia aparece un sello del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá con la anotación del registro en el Libro Segundo, página 533 número 12.4000 (sic). Y dice en el mismo memorial citado el señor apoderado de los demandados, que esa copia no fue registrada en debida forma. Pero al folio 10 vuelto del cuaderno 6 puede leerse el ordinal 3º del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Vélez que dice:

" 'Los predios a que se viene concretando este certificado con sus matrículas pertinentes tienen las siguientes tradiciones, así: 404, tomo 2º Güepsa, 'San Roque', Jorge Enrique Delgado Muñoz y Sandra Delgado Muñoz adquirieron por adjudicación que se les hizo en el juicio de sucesión de Jaime Delgado que cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Vélez y cuya partición y sentencia se registraron el 30 de julio de 1964 en el libro 1º, tomo 2º, 1409 a 1415. Jaime Delgado adquirió por adjudicación que se hizo en el sucesorio de Alcibíades Delgado, cuya partición y sentencia se registraron el 5 de septiembre de 1963 en el libro 1º, tomo 1º, número 1198 a 1204 y en el de causas mortuorias números 80 a 83'.

"Es decir, que interpretando la copia de la escritura por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Alcibíades Delgado, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Vélez se puede concluir que el título es completo, según la doctrina de la honorable Corte que dice: 'Cuando el instrumento público es exigido por la ley como prueba de un acto o contrato, necesita estar registrado para que pueda admitirse como tal prueba; pero esto no quiere decir que la nota de registro deba aparecer en la misma escritura; lo indispensable es que esté registrado, cosa que puede comprobarse con el respectivo certificado del registrador, en que expida copia de la inscripción'. (Casación, 8 de noviembre, 1927, XXXV, 146, 9 septiembre 1959, XCI, 498)".

Finalmente, en cuanto a la calidad de la posesión del demandado Santoyo Pinzón sobre la finca "San Roque", para los efectos de la acción reivindicatoria, expresa el Tribunal: "... no puede considerarse al rematador de la finca 'San Roque', en el caso de autos, como poseedor de mala fe, pues la adquirió por conducto de la autoridad se puede decir, por un error de ésta...".

9. En la parte motiva de la sentencia acusada nada se dice acerca de las peticiones de la demanda, contenidas en el *segundo grupo*, o sean las relativas a la "acción pauliana" que, como se anotó anteriormente, no halló próspero el *a quo*.

III

La demanda de casación. Cuestión previa.

10. *El opositor, en memorial del 12 de marzo pasado, pide que el recurrente no sea oído por no haber suministrado completo el papel sellado que ha exigido a su cargo este proceso, pese a que ya se le oyó al admitirse su demanda y ordenarse el traslado correspondiente por medio de auto del 17 de febrero último. Para desechar tal solicitud, se hacen las siguientes consideraciones:*

a) Todos los escritos dirigidos, entre otras, a las autoridades judiciales, deben ser extendidos en papel sellado (artículos 22, Decreto-ley 284 de 1973, y 103 C. P. C.).

b) Cuatro formas de pagar este impuesto establece la ley: i) Ordinariamente, utilizando las hojas oficiales impresas, con las características señaladas en el artículo 14 del Decreto-ley arriba

mencionado; ii) adhiriendo al papel común las estampillas de timbre nacional por un valor igual al del papel sellado dejado de emplear; iii) imprimiendo al papel común sellos especiales, y iv) pagándolo en efectivo (Decreto-ley 284, art. 18).

c) De conformidad con el artículo 104, inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, aplicable únicamente para los procesos civiles como lo manda el precepto 22, inciso 2, del tantas veces citado Decreto-ley 284, "si una parte no suministra el papel sellado que le corresponde, el secretario lo suplirá con papel común, sin que se suspenda la actuación; pero si requerida para que lo revalide no lo hiciere en el término de ejecutoria, no será oída en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido, que se adherirán al expediente y se anularán por el secretario, con anotación de la fecha en que fueron suministradas".

d) Esta disposición contempla, pues, dos situaciones diferentes, a saber: i) Revalidación dentro del término de ejecutoria del auto de requerimiento; y ii) No revalidación dentro de tal lapso. Si lo primero, para la parte que inicialmente no utilizó papel sellado no establece la norma sanción alguna, o sea que, en caso tal, considérase que el impuesto de papel sellado se paga en la forma que se dejó mencionada en el numeral ii) de la letra b) anterior; si lo segundo, la parte obligada al empleo del papel sellado queda incursa en la sanción de no ser "oída en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido...", salvo en los eventos "de interposición de recursos o de petición de pruebas, sin perjuicio de que subsista la carga de la revalidación", como lo manda el inciso 2 de la norma que se viene comentando. O, lo que es más claro: Si la parte obligada no suministra el papel sellado necesario y el secretario del despacho judicial correspondiente lo suple con papel común, éste debe revalidarse en virtud del requerimiento que al efecto se le haga: si tal revalidación —que se cumple adhiriendo estampillas de timbre nacional a dicho papel común— se lleva a efecto dentro del término de ejecutoria del auto por medio del cual se hace el requerimiento, la parte debe suministrar, únicamente, estampillas de timbre nacional por un valor igual al del papel sellado omitido; en caso contrario, por el doble de tal valor. Con esta interpretación coincide uno de los miembros de la comisión redactora del proyecto que luego se convirtió en el actual Código de Procedimiento Civil, quien al comentar el precitado artículo 1040 dice que "apara aplicar la sanción al deudor de esta especie de multa, es necesario requerirlo primero por auto del juez, para que haga la revalidación, y que (se subraya) no obedezca en el término de ejecutoria de dicho auto" *(Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, primera edición, tomo* III, *página 102).*

11. Llegado este proceso al Tribunal de San Gil por apelación de la sentencia de primera instancia, se admitió el recurso y requiriósе a la parte recurrente para que revalidara el papel empleado en el proceso (auto fechado el 17 de noviembre de 1972, folio 3 vuelto, cuaderno 6). En obedecimiento del cual y dentro del término de su ejecutoria, se anularon estampillas de timbre nacional por valor de $ 66.00 (folio 5 de dicho cuaderno).

Ciertamente, para la fecha de este requerimiento debíase el timbre nacional correspondiente a las actuaciones que corren a folios 48 y 49 cuaderno 1 (R 00055330 y R 00009515 citadas por el memorialista), escritas en papel sellado de valor de $ 1.00, siendo que para esa época la tarifa de $ 3.00 ya regía, es decir, que se debía timbre nacional por valor de $ 4.00; 10 hojas en papel común de las actuaciones que corren de los folios 90 al 95 y 99 al 102, ambos inclusive y la que corre a folio 96 en papel común con una estampilla de timbre nacional por valor de $ 2, todos del C/1, actuaciones para las cuales regía la tarifa de $ 3.00; las actuaciones de folios 9 y 10 C/4, cumplidas en papel sellado de $ 1.00, cuando regía igualmente la tarifa de $ 3.00. Lo que significa que se debía timbre nacional, hasta ese momento, por valor de $ 39.00. Como al ser requerido para su pago lo hizo dentro del término de ejecutoria de la respectiva providencia, según lo visto anteriormente, no debía pagar sino el valor del papel sellado, no suministrado en su oportunidad, por lo que quedó a su favor la cantidad de *$ 27.00.*

La sanción de no ser oída dentro del proceso la establece la norma del C. de P. C. contra la parte que, según el artículo 103 ibídem, *no suministre el papel que le corresponde para la actuación. Por lo tanto, ésta no se puede aplicar al recurrente por las actuaciones que corren a folios 1º y 1º vuelto, cuadernos 4 y 6 (citados por el memorialista), por cuanto según se desprende de los oficios 112 y 114, suscritos por el respectivo juez y su secretario, aparece sin duda alguna que el obligado adjuntó papel para la actuación. Distinto es que el secretario del Tribunal hubiera actuado caprichosamente en tales folios, habiéndose suministrado el papel competente, pues nadie es responsable de culpa ajena.*

12. Pronunciada la sentencia de segunda instancia por el mencionado Tribunal, en ella y en otras actuaciones posteriores se actuó en una hoja de papel sellado de $ 1.00 (folio 13, citado por el memorialista), cuando regía la tarifa de $ 3.00; otra hoja de papel sellado de $ 1.00 y 13 en papel común que corren a folios 18 (citados por el memorialista), 19 al 29 inclusive y 32 y 33, todos del C/6. Siendo que para esa época regía la tarifa de $ 5.00, el demandante debía impuesto de timbre nacional por valor de $ 85.00; y para cancelar este valor, sin requerimiento alguno, suministró estampillas por $ 152.00 (ver folios 32 y 33 C/6), quedando a su favor la suma de *$ 67.00.*

13. Llegado el expediente a la Corte con motivo del recurso extraordinario —cuya tramitación ha sido ciertamente demorada, por la manifiesta actitud del apoderado de la parte opositora tendiente a entorpecer su desarrollo— en auto de fecha 18 de septiembre de 1974, en el cual se admitió el recurso y se ordenó el traslado al recurrente, se le requirió para que revalidara el "papel empleado en la actuación"; requerimiento que en realidad no se justificaba, porque si bien es cierto que la Corte advirtió que estaban sin estampillas los folios 45, 49 y 50 C/5, 2 y 4 C/7, que aparecen en papel común, y que a la hoja de papel sellado que forma el folio 3/7 (citado por el memorialista), le hacía falta la estampilla de timbre nacional por valor de $ 2, para un total de $ 42.00 de tiembre nacional, también lo es que la parte recurrente había adherido dentro del proceso estampillas de timbre nacional en exceso por valor de $ 94.00, suma ésta suficiente para compensar ese timbre. A pesar de lo cual, dicha parte suministró tales estampillas por valor de $ 126.00 (ver folios 4 frente y vuelto C/7), de modo que en este proceso la parte recurrente tiene pagado impuesto de timbre nacional por cuantía superior a la por él debida por un total de $ 178.00. *Pero aún suponiendo, en gracia de discusión, que lo anterior no fuese así, el hecho es que ya se oyó, como aparece en el auto del 17 de febrero último, por medio del cual se declararon cumplidos por el casacionista los requisitos formales de la demanda y, consecuentemente, se ordenó el traslado correspondiente al opositor; y, para estas circunstancias, la Corte tiene dicho: "Pero no puede seguirse de esa prohibición que la parte que no suministró el papel pueda ser oída en cualquier tiempo, cuando ya se han realizado actos procesales perfectos sobre peticiones suyas"* (XLVI, *314).*

14. En realidad, la demanda de casación presentada por el recurrente y escrita en las 6 hojas de papel sellado que forman los folios 6 a 10, inclusive del C/7, no llena cabalmente los requisitos exigidos por los artículos 11 y 12 del Decreto 284 de 1973, sobre el uso de dicho papel, por cuanto las estampillas para cubrir el valor adicional en timbre nacional, por tratarse de actuaciones ante la Corte, fueron adheridas sobre el sello; y, por otra parte, se escribieron dos renglones en una misma línea horizontal. Empero, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 *ibídem,* eso equivale a que hubieran sido escritas en papel común, lo que conduciría al pago de timbre nacional por valor de $ 48.00, que está ampliamente sufragado según aparece en el mismo cuaderno de la Corte.

15. Cuatro cargos propone la parte recurrente: tres por la primera causal y uno por la tercera del artículo 368 del C. P. C. Estudiará la Corte primeramente el último, por tratarse de un error *in procedendo.*

Tercer cargo.

16. Está formulado así: "Acuso la sentencia del Honorable Tribunal por contener, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias".

Para sustentar la acusación, el impugnador razona así: "La sentencia del Tribunal se limitó a confirmar la del juez *a quo,* y ésta trae una declaración, la segunda en la cual se absuelve a los demandados de la petición *quinta* de la demanda inicial del proceso, en la cual se impetra la restitución de sus derechos de propietarias condueñas del predio San Roque, en la proporción de los respectivos títulos de propiedad, y el derecho a la restitución de los frutos civiles y naturales del predio; al negar esta petición, quedó negada la acción reivindicatoria y la consecuencial de los frutos civiles y naturales. Pero, a pesar de tal decisión de la sentencia, en el punto 5º de las declaraciones de ésta, complementado por el punto sexto (6º) y el séptimo (7º), se accede a la reivindicación y a la condena en frutos negados anteriormente. Hay, pues, una clarísima contradicción entre las decisiones segunda (2ª) —en cuanto niega la petición quinta de la demanda— y las decisiones quinta (5ª), sexta (6ª) y séptima (7ª) de la sentencia, en cuanto éstas acceden a lo mismo que se niega por la segunda (es decir: por la declaración segunda de la sentencia sobre reivindicación y pago de frutos)".

Se considera.

17. Configúrase esta causal en el evento de que la parte resolutiva de la sentencia contenga de-

claraciones o disposiciones contradictorias; pero estas contradicciones —tiénese dicho— deben ser tales que se haga imposible la ejecución simultánea de todas las resoluciones de la sentencia (LXXXIII, 57).

De conformidad con el artículo 1746 del C. Civil, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícitos", siendo cada contratante responsable de la "pérdida de las especies o de su deterioro de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello, según las reglas generales y sin perjuicio" de que, en casos de contratos celebrados con un incapaz sin los requisitos que la ley exige, "el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz (artículo 1747 *ibídem)*, dando la nulidad judicialmente declarada "acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicios de las excepciones legales" (artículo 1748 *ibídem)*.

Interpretando la demanda incoativa del proceso —que, por cierto, no es un modelo en su género y que, por tanto, requería interpretación por su evidente falta de claridad— el *a quo* manifestó que en ella se habían ejercitado tres acciones distintas pero acumulables de acuerdo con lo que disponía el artículo 209 de la Ley 105 de 1931, similar al 82 del actual C. de P. C.; las de nulidad, "rescisión del contrato de que trata la acción pauliana" y reivindicatoria (C/1, f. 80 v.). En la sentencia —que el Tribunal confirmó en su totalidad y cuyas afirmaciones las compartió sin reservas, refiriéndose a ellas, sin transcribirlas, en aras de la brevedad, seguramente— estudió cada una de tales pretensiones para negar las del primero y segundo grupos y para acceder a las del tercero, o sea a las referentes a la acción de dominio, que consideró independiente y subsidiaria, como se deduce del siguiente párrafo que, como consecuencia de lo dicho, entiéndese incorporado a la sentencia impugnada:

"Se ha venido afirmando en este comentario, que a la venta de cosa ajena efectuada en remate en pública subasta, no le es oponible al rematador por parte del lesionado, sino la acción reivindicatoria para recobrar los derechos arrebatados, y como precisamente en la demanda se habla de esta pretensión, pudiérase decir que ha sido formulada como subsidiaria de la nulidad del remate de la finca 'San Roque', nada impide al juzgado ocuparse de decidir en el fondo de ésta" (C/1, f. 93).

Es decir, que *de acuerdo con la demanda y con la interpretación que de ella hizo el* a quo, *aceptada por el* ad quem, *tres acciones ejercitáronse en este proceso, a saber: la de nulidad, entre otros actos del remate de la finca "San Roque" con sus consecuenciales restitutorias previstas en los artículos 1746, 1747 y 1748 C. C.: la pauliana, establecida por precepto 2491* ibídem, *y la reivindicatoria de los derechos o cuotas de las demandantes en la mencionada finca, de conformidad con lo establecido en los artículos 946 y siguientes de la obra que se viene citando.*

Ahora bien: si la restitución y sus secuelas, a que hacen referencia las peticiones quinta, sexta y séptima de la demanda inicial fueron solicitadas como consecuenciales de la pretensión de nulidad, mal podía el fallador, aunque su sentencia pueda inducir a alguna confusión, decretarlas; porque, repítese, no se accedió a reconocer dicha nulidad. Como tampoco puede entenderse que la reivindicación, ésta sí decretada, lo hubiera sido en obedecimiento a lo ordenado por el artículo 1746 C. C., porque esta parte da la base de que la nulidad haya sido "judicialmente pronunciada". De manera que, negada la causa —la nulidad— debían negarse sus efectos —la restitución—. En lo cual obró el sentenciador con absoluta lógica. En síntesis, la restitución del inmueble no fue decretada como consecuencia de una declaración de nulidad, sino como secuela obligada del éxito de una acción de dominio.

¿Que se decretó en definitiva esa restitución? Sí. Pero en virtud de la prosperidad de una acción diferente, como ya se dejó explicado, lo que es bien distinto. El cumplimiento de lo resuelto primeramente —la no restitución por no haberse decretado la nulidad— se traduce en no devolver una cuota de un bien por parte del demandado; lo segundamente decidido —la restitución como corolario de la prosperidad de la acción de dominio— en devolverla. De lo que se desprende, obvia y nítidamente, que los ordenamientos de la sentencia acusada no son contradictorios.

El cargo es, pues, impróspero.

. . . . . .

Primer cargo.

18. Se basa en la causal primera del artículo 368 C. P. C., y se hace consistir en "violación *indirecta* de normas sustanciales, como resultado de error de derecho en la apreciación de la prue-

ba del título de dominio de las cuotas indivisas de las demandantes, sobre el inmueble objeto de la reivindicación. Este error de derecho en la dicha prueba condujo al Tribunal a violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1871, 947, 948, 950, 952, 956, 961, 964 del C. Civil".

Desenvolviendo el cargo, dice el recurrente que no está demostrado uno de los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria: el dominio de la cosa por parte de las demandantes, puesto que en la copia de la escritura número 3567, otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Bogotá el 30 de septiembre de 1953, que recoge la protocolización del proceso sucesorio de Alcibíades Delgado Valbuena, del cual arrancan los derechos de ellas, solamente consta su registro en el libro 2º de la correspondiente oficina de Bogotá y no el que debió efectuarse en el libro 1º de la Registraduría de Vélez, en cuya jurisdicción está ubicada la finca "San Roque"; y puesto que, además, no es aplicable al caso la doctrina de la Corte transcrita por el sentenciador, ya que en tal evento el certificado del Registrador ha debido contener "la copia de la inscripción" y no, como allí aparece, el mero "título de algunos de los demandados y del causante de aquéllos". Y se trata de un error de derecho —insiste el censor— y no de hecho, "porque el Tribunal vio correctamente lo que dice el tal certificado del Registrador y hasta lo copió textualmente; solo que el Honorable Tribunal creyó que bastaba esa constancia de registro del título de los demandados menores y que nada importaba que ni siquiera se certificara sobre el registro del título de los otros demandados (como Santoyo y la señora Teresa Muñoz vda. de Delgado), y, lo que es más grave, que nada importaba la falta de certificación del título de los demandantes".

Se considera.

19. Además de lo dicho por el Tribunal sobre el particular, apoyado en doctrina de la Corte que no es del caso rectificar; y luego de observar que si la copia de la inscripción no se exige en las atestaciones del Registrador en las copias de las escrituras públicas respectivas (artículos 2669 C. C., vigente cuando la prueba se presentó al proceso, y 28 del Decreto extraordinario 1250 de 1970), es exagerado, por decir lo menos, reclamar el requisito en cuestión en el certificado del Registrador.

Pero es que, además, en la copia de la antecitada escritura sí aparecen las notas del registro en los libros correspondientes de la oficina de ubicación del inmueble discutido, como lo ordenaba la ley entonces vigente, detalle éste que, inexplicablemente, pasaron por alto tanto la parte recurrente de la sentencia de primer grado, el Tribunal y el casacionista. En efecto, a los folios 50 a 61 del C/1 obra la copia de la escritura pública que se ha venido citando que, como ya se dijo, protocoliza la sucesión del causante de las demandantes y del antecesor de los demandados Delgado Muñoz; la cual engloba las hijuelas correspondientes y la sentencia aprobatoria de la partición, con registro primero en la oficina de Bogotá, libro 2º, y luego en la de Vélez, libros 1º y 2º. Se leen allí estas constancias:

"Vélez, septiembre cinco (5) de mil novecientos cincuenta y tres (1953). Registrado hoy el juicio de sucesión de Alcibíades Delgado, junto con la sentencia aprobatoria y ejecutoria en los libros números primero (1º) de Causas Mortuorias, así: libro 1º, tomo 1º, páginas 571 a 577; números 1198 a 1200, así: Hijuela de Dulcelina Pinzón vda. de Delgado, páginas 571 a 574, número 1198. Hijuela de Zoraida Delgado, páginas 574 a 576 número 1200. Hijuela de Jaime Delgado Pinzón páginas 576 a 577 número 1204. Sentencia aprobatoria y ejecutoria página número 577, número 1206 en el libro de Causas Mortuorias páginas 51 a 56 números 80 a 84 así: Hijuela de Dulcelina Pinzón vda. de Delgado, páginas 51 a 53 número 80. Hijuela de Zoraida Delgado Pinzón, páginas 53 a 54 número 81. Hijuela de Jaime Delgado Pinzón, páginas 55 a 56 número 84".

Después de estos registros, se protocolizó el expediente y la escritura respectiva, se inscribió en la oficina de Bogotá, por cuanto fue otorgada en esta ciudad y así lo ordenó el Juzgado en donde se adelantó el proceso en el auto aprobatorio de la partición, todo conforme a las normas de los preceptos 2652, 6º, 2653 y 2669 C. C., vigentes para entonces, y 957, incisos 1 y 2, de la Ley 105 de 1931.

Tampoco prospera, entonces, esta otra censura.

Segundo cargo.

20. Se formula, como el anterior, por la causal primera del artículo 368 C. P. C., y "por violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 965, 966, 968 y 969 del Código de Procedimiento Civil", violación ésta debida a que, habiéndose tenido al demandado Gildardo Santoyo Pinzón como poseedor de buena fe, han debido reconocérsele y decretarse a su favor en la sentencia los derechos que al respecto

consagran los tres primeros preceptos citados arriba, en cuanto hace a prestaciones mutuas, los cuales, en consecuencia, se dejaron de aplicar cuando, como lo tiene dicho de tiempo atrás la doctrina jurisprudencial de la Corte, por tratarse de reconocimientos consecuenciales deben decretarse de oficio cuando el interesado no los reclama.

Se considera.

21. El *a quo*, en sentencia que en la suya reprodujo el Tribunal, como se anotó anteriormente, dijo lo siguiente en el último párrafo de la parte motiva de su sentencia:

"Examinados así los hechos de la demanda y las pruebas aducidas que también han sido objeto del mismo análisis, el Juzgado llega a la clara convicción de que la acción reivindicatoria en este caso prospera en favor de las demandantes, en lo que atañe exclusivamente a las cuotas o derechos de propiedad que les corresponden en el precitado inmueble 'San Roque' y que, por consiguiente el señor Gildardo Santoyo Pinzón está en la obligación de restituirle a aquéllas, junto con los frutos civiles y naturales de que tratan los artículos 714, 715 y siguientes del C. C., percibidos y los pendientes que se hallen después de la contestación de la demanda, respectivamente, teniendo en cuenta las especificaciones de los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 964 *ibídem*, y además, los privilegios establecidos en el artículo 965 del mismo Código, en favor del poseedor de buena fe, pues al demandado señor Santoyo Pinzón, no se le puede considerar en este caso como poseedor de mala fe, ya que ostenta un justo título de propiedad con relación al inmueble 'San Roque', buena fe que se halla amparada por la presunción consagrada en el inciso 2º del artículo 769 del C. C., en concordancia con el artículo 769 (sic) *ibídem;* frutos que se liquidarán en la forma indicada en el artículo 308 del C. P. C.".

Es decir, que *se decretaron a favor del demandado en cuestión, para ser reconocidas en la oportunidad legal, las prestaciones que corresponden al poseedor de buena fe, reclamadas por el censor. Es verdad que estos pronunciamientos no están contenidos en la parte resolutiva de la sentencia; pero también lo es que, como lo tiene dicho la Corte "si bien el asiento de la fuerza obligatoria de una sentencia ha de buscarse en su parte resolutiva, en razón de lo dispuesto por el artículo 471 del Código Judicial (hoy el 304 del C. P. C.), ello no significa que, para analizar el alcance de la parte resolutiva, haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta, como un postulado autónomo, sino que su sentido y alcance han de entenderse en armonía con los fundamentos aducidos en la motivación, en cuanto constituyan los supuestos necesarios o determinantes del pronunciamiento. Y es más: como el objetivo de la función del juez en el proceso de conocimiento es el acto de decisión, en el que se concreta la voluntad de la ley, debe entenderse que ese acto decisorio se recoge, no solamente en el sector del fallo formalmente destinado a servir de sede de la sentencia, sino allí en donde quiera que por ésta se decida algún punto de la controversia, con esa específica significativa y, por lo tanto, con destino a producir fuerza de cosa juzgada sustancial (*CXIV, *82).*

Por manera que en la sentencia del Tribunal están contenidas las ordenaciones que echa de menos el censor. Pero es que, si así no fuese, la censura ha debido formularse por la causal segunda de casación puesto que, quedando legalmente incluidas las prestaciones mutuas en la demanda, "de suerte que el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio" (LXXXVIII, 53), al no decretarlas se falla *minima petita*. En caso análogo —interpretada la respectiva doctrina a *contrario censu*— dijo la Corte lo siguiente:

"Por lo que hace al cargo planteado en forma subsidiaria, incompatible con la rigurosidad del recurso y en que se tacha la sentencia como incongruente, en cuanto condena al demandante, victorioso en la acción de resolución de la compraventa, a restituir a los demandados las sumas que el juzgador encontró pagadas por éstos, sin que de su parte se hubiera interpuesto demanda de reconvención para el reembolso de tales cantidades, la censura resulta infundada. Porque, si la resolución de un contrato, por imperativo jurídico, implica la restitución de las partes al estado anterior a la celebración del mismo, principio especialmente articulado para la resolución de la venta en el texto del C. Civil, en donde se dice que 'el comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio', es evidente que este extremo queda, por ministerio de la ley, incluido en la relación jurídico procesal formada sobre la acción resolutoria ejercida por el vendedor, sin necesidad alguna de contrademanda o petición expresa del comprador; y, por lo tanto, el fallo que, al decretar la resolución, ordena en favor de ésta las restituciones del caso, lejos de ser inconsonante es armonioso. *La incongruencia estaría en que no se ordenasen tales restituciones".* (Se subraya). (CXIII-CXIV, 193).

No prospera la impugnación.

Cuarto cargo.

22. Considera el censor que al haber negado el sentenciador las peticiones segunda, tercera, cuarta y sexta del primer grupo, para las cuales las demandantes carecían de interés y no estaban legitimadas en causa, falló de mérito cuando ha debido pronunciar sentencia inhibitoria. "En efecto —dice— solo las partes del proceso podían impetrar judicialmente la nulidad del remate efectuado dentro del proceso de licencia para vender los derechos reales de los menores, y de ninguna manera los posibles condueños", pues para ellos tal remate "configura una venta de cosa ajena y nunca queda viciado de nulidad", como también lo dijo el Tribunal. Menos aún podían pedir las demandantes que se dijese que el demandado Santoyo carecía de acción para solicitar de los Delgado Pinzón la devolución del precio del remate. De lo que se deduce, rectamente, la carencia del "interés sustancial para obrar o impetrar sentencia de fondo y de legitimación en la causa", por lo que al producir el sentenciador un fallo de esa naturaleza "debiendo haberse inhibido frente a ellas, aplicó indebidamente los textos legales sustanciales que determinan los efectos sustanciales del remate de bienes en pública subasta... y el texto sustancial que otorga al adquirente derecho a pedir del tradente la restitución del precio pagado, en caso de anulación de la compraventa", o sean los artículos 523, 529 530, del C. de P. C., y 1743, 1745, 1746, 1747, 1749, 1750, 1895, 1896, 1899, 1904, 1905 y 1906 del Código Civil.

"No se trata —continúa el casacionista— de error de hecho en la apreciación de las mencionadas peticiones de la demanda, porque ellas no fueron mal interpretadas; se trató solamente de un error jurídico al no tener en cuenta la falta de interés sustancial y de la legitimación en causa para la sentencia de fondo a solicitud de los demandantes. Acuso, así, por violación directa de ley sustancial, en cuanto el Tribunal implícitamente (ya que no lo dijo en forma expresa), aplicó los textos sustanciales para negar en el fondo tales pretensiones, cuando al haberse inhibido, como correspondía, no las hubiera aplicado ni a favor ni en contra de los demandados y demandantes".

Se considera.

23. *El interés y la legitimación en la causa no constituyen presupuestos procesales; son condiciones de la acción, que miran a obtener sentencia favorable a las pretensiones del demandante.*

"II. Tiene sentado la jurisprudencia —hace dicho— que el juez, para proceder a definir un litigio, debe previamente comprobar que están reunidos los requisitos indispensables para la constitución regular de la relación jurídico-procesal, que son: competencia en el juez del conocimiento, o sea la facultad para resolver en concreto la litis; capacidad de demandante y demandado para ser parte, que solo la tienen los sujetos de derecho; capacidad de ellos mismos para comparecer en juicio, o capacidad procesal; y demanda idónea, es decir, que sea perfecta en su forma.

"La ausencia de uno siquiera de estos presupuestos procesales, impide al fallador dictar sentencia de mérito, pues son condiciones previas indispensables para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio.

"III. Pero estos cuatro presupuestos no pueden ser confundidos con los llamados elementos definidores o constitutivos de la acción, porque aquéllos se refieren a la formación regular de la relación jurídico-procesal, en tanto que los segundos sirven para identificar cuál acción se ejercita; estos elementos son tres: los sujetos, tanto activo como pasivo, de la relación jurídico-sustancial discutida; el título de la pretensión invocada, o hechos de donde se deriva, que constituyen la causa petendi *y el* petitum.

"Del mismo modo, no pueden confundirse los presupuestos procesales ni los elementos constitutivos de la acción con las condiciones de ésta, que se encaminan, no ya a identificarla, sino a obtener su prosperidad, es decir, al logro de sentencia favorable a las pretensiones del demandante. La Corte (G. J. CXV, *2280, 135) ha dicho: 'Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque respaldan y determinan su acogida y éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción* (causa petendi) *y la pretensión que constituye su objeto (petitum) coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. La legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (in-*

terés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra'.

"Fluye de lo anterior que la legitimación en causa, que antiguamente se llamó personería sustantiva, no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones de la acción" (CXXXVI, *14*).

Si la parte demandante en este proceso carecía de interés para obrar y de legitimación en la causa, la sentencia debía ser absolutoria, no inhibitoria.

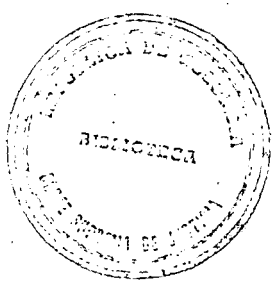
En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 10 de mayo de 1973, de que se ha hecho mérito.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Hugo Vela Camelo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



VENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

Error de hecho.—Técnica de casación: los distintos cargos deben ser autónomos.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada y demandante en reconvención contra la sentencia de 21 de septiembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso instaurado por "Distral S. A. - Industrias de Ingeniería Mecánica" frente a "Ingeniería y Técnica de Construcción Limitada, INTECON".

I

Antecedentes.

El 11 de diciembre de 1968, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron ante testigos en la ciudad de Bogotá, se ajustó entre las dos sociedades citadas el contrato de compraventa, cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) "Distral S. A." expresó transferir a dicho título en favor de "Intecon", el derecho de dominio sobre la "grúa marca Koehring, modelo 545, de 45 toneladas de capacidad, montada sobre orugas, con motor General Electric número 4A117063 RA, de 250 HP y planta Cohler para 3½ kw, modelo 3.5 Rmh 21, serie número 242551 de 1.800 Rpm, 115 voltios. Longitud de la pluma 120 pies y dos (2) baldes de arrastre";

b) Acordaron las entidades contratantes como precio del objeto de la compraventa la suma de $ 1.592.000.00, que la compradora se comprometió a pagar así: $ 100.000.00 el 23 de diciembre de 1968; otra cantidad de igual valor el 15 de enero siguiente; y el saldo en 24 cuotas mensuales sucesivas de $ 58.000.00 cada una, representadas en las correspondientes letras de cambio que entonces aceptó, la primera de las cuales debía descargarse el 15 de enero de 1969 y la última el 15 de diciembre de 1970;

c) Después de haber expresado que la máquina se le entregó a la compradora, quien manifestó haberla recibido "en perfecto estado de funcionamiento" y solamente "en calidad de tenencia", acordaron las contratantes, y así lo consignaron en el respectivo documento, que "*el vendedor* se reserva el dominio y posesión legal de la máquina materia de la venta, mientras no sea cubierto en su totalidad el precio estipulado"; que la demora en el pago de uno de los contados estipulados, "dará derecho al *vendedor* para dar por terminado el presente contrato y exigir la devolución de la máquina", sin obligación de devolver las sumas pagadas, "ya que el valor de éstas se considera como indemnización por el incumplimiento del contrato, y la depreciación de lo vendido";

d) Mediante el literal f) de la cláusula 3ª del contrato, la entidad compradora autorizó expresamente a la vendedora para que, en caso de mora de aquélla en el pago de las cuotas correspondientes al saldo del precio, pudiera "aprehender lo vendido y sus accesorios, sin necesidad de requerimiento judicial alguno pues reconoce la posesión legal en favor del *vendedor* hasta tanto se haya verificado en su totalidad el pago del precio convenido".

II

El litigio.

1. Mediante libelo de 23 de agosto de 1969 y que en repartimiento correspondió al entonces Juzgado Decimotercero Civil Municipal de Bogotá, la citada entidad "Distral S. A. - Industrias de Ingeniería Mecánica", invocando como hechos constitutivos de la *causa petendi* los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que la sociedad compradora "incurrió en mora en el pago de varios instalamentos del precio", demandó a la mentada compañía

"Ingeniería y Técnica de Construcción Limitada - Intecon", a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

que la entidad demandada está obligada a devolver a la demandante, y que por consiguiente se la condene a restituirle, la grúa objeto de la compraventa atrás referida, junto con todos sus accesorios e implementos.

En ese mismo escrito la demandante solicitó, como medida cautelar, el embargo y secuestro preventivos de la máquina que fue objeto de la compraventa, medida que el juzgado decretó en el auto admisorio de la demanda, y para su cumplimiento comisionó a las autoridades policivas de la ciudad de Cali.

2. Notificada que fue la sociedad demandada del auto admisorio de la demanda, dentro del término del traslado la contestó oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas.

En cuanto a los hechos, reconoció como ciertos los atinentes al contrato de compraventa; afirmó que ella evidentemente recibió "la pala o grúa y que en su poder la tenía legalmente hasta el día en que los demandantes la recibieron en Cali, en virtud de convenio especial, y la trasladaron a Bogotá y luego a Chocontá en donde la utilizaron en el montaje de la estación de Telecom para comunicaciones vía satélite". Expresó, igualmente, que como compradora de la máquina no estaba en mora de pagar contados del precio, pues que los vencidos hasta entonces los había solucionado oportunamente.

3. A su vez, en esa misma oportunidad procesal, la sociedad demandada formuló contra su demandante demanda de reconvención, en la cual expuso los hechos que, en síntesis, son los siguientes:

a) demandante y demandada celebraron, el 11 de diciembre de 1968, el contrato de compraventa de la grúa atrás especificada; la que, con apoyo en lo permitido por la Ley 45 de 1930, fue entregada por la vendedora a su comprador, reservándose aquélla "el dominio hasta el pago total del precio";

b) la entidad compradora recibió, pues, y conservó la tenencia material de la máquina hasta agosto de 1969, fecha en que, por un acuerdo verbal entre las mismas partes contratantes, los vendedores recibieron de nuevo la grúa y la retiraron en Cali para transportarla a Bogotá y de aquí a Chocontá, en donde la destinaron a la construcción de la estación de Telecom para comunicaciones vía satélite, debiendo destinar el valor del alquiler o valor del trabajo de esta máquina, a la amortización de las cuotas pendientes del saldo del precio";

c) como desde la fecha en que la compañía vendedora retiró la grúa de Cali y "hasta hoy" la ha conservado en su poder y la ha usufructuado, "por lógica ha debido abonar el valor del alquiler o valor del trabajo, al saldo del precio de la compraventa";

d) de acuerdo con las tarifas de la Asociación Colombiana de Ingenieros Contratistas, una pala de las características indicadas trabaja ordinariamente 20 días al mes durante 8 horas y su alquiler hora vale $ 400.00. Esto significa —añade la contrademandante en el hecho 6º de su libelo— "que el alquiler mínimo de la pala o lo que ha debido producir como mínimo es la suma de $ 64.000.00 moneda corriente y como normal la suma de $ 80.000.00"; y

e) "Intecon Limitada", con cheques de gerencia y otros que fueron cobrados por "Distral S. A.", canceló a ésta por concepto del precio de la grúa más de $ 400.000.00; pero la entidad vendedora "ha incurrido en el acto doloso de no entregar cancelados los instrumentos negociables que garantizaban cada una de las cuotas pagadas".

4. Apoyada en estas afirmaciones de hecho, pidió la contrademandante que la justicia hiciera a su favor y en contra de la sociedad "Distral S. A. - Industrias de Ingeniería Mecánica", las siguientes o similares declaraciones y condenas:

a) que esta compañía está obligada a cumplir el contrato de compraventa plasmado en documento de 11 de diciembre de 1968;

b) que se la condene a pagar a la sociedad contrademandante los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato referido, a razón de $ 80.000.00 mensuales "a partir del día en que quede compensada totalmente la deuda de 'Intecon Limitada', para con 'Distral S. A.', o la misma suma mensualmente desde agosto inclusive de 1969 hasta el día que se dé estricto cumplimiento al contrato"; o, en último caso, en la suma que se determine pericialmente; y

c) que se declare que entre las partes contendientes se ajustó, en el mes de agosto de 1969, un contrato por virtud del cual "Intecon Limitada", entregó desde entonces a "Distral S. A.", la pala o grúa sobredicha, con el compromiso de que el valor del alquiler de la misma "sería abonado o compensado con las cuotas pendientes del precio" y hasta la cancelación total de éste.

Como subsidiarias de la anterior, la contrademandante dedujo en su demanda las siguientes peticiones:

a) que, en caso de que la contrademandada niegue la existencia de dicho acuerdo, se declare que ella "de hecho o abusivamente se apoderó de la pala o grúa desde el mes de agosto de 1969";

b) que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a "Distral S. A. - Industrias de Ingeniería Mecánica" a restituir a "Ingeniería y Técnica de Construcción Limitada Intecon", la aludida pala o grúa; y en el supuesto de que ello no sea posible, a pagarle el valor correspondiente, que estima en dos millones de pesos; y

c) que se condene igualmente a la entidad contrademandada a pagar a su demandante, el valor de "los perjuicios o cánones de arrendamiento de la pala durante todo el tiempo que permanezca en su poder, a razón de ochenta mil pesos mensuales o la suma que peritos determinen".

5. Dentro del término del traslado que de la demanda de reconvención se dio a la sociedad contrademandada, éste procedió a aclarar la suya en el sentido de afirmar que "Intecon Limitada", por concepto de cuotas del precio de la máquina y para recoger la letra que vencía el 15 de abril de 1969, giró un cheque por $ 58.000.00 que resultó "con fondos insuficientes"; y que "igualmente se encuentra vencida la letra con fecha 15 de mayo de 1969 por un valor de $ 58.000.00, y por lo tanto, sucesivamente 19 letras más, cada una por $ 58.000.00, con vencimientos mensuales el día 15 contados a partir del mes de junio de 1969".

La contrademandada adjuntó a dicho escrito las 20 letras de cambio giradas a su favor y no descargadas aún por el obligado, expresando, además, que la correspondiente al mes de abril de 1969 "me reservo de presentarla, ya que existe un cheque por la suma de $ 58.000.00, con fondos insuficientes y de acuerdo al contrato el comprador puede exigir ejecutivamente el pago del mencionado cheque".

6. Una vez que la relación jurídico-procesal se trabó en los términos indicados, la sociedad "Distral S. A.", formuló desistimiento de la demanda por ella incoada, desistimiento que, luego de algunas incidencias que en torno a él surgieron, el juzgado aceptó, condenando a la desistente al pago de costas y perjuicios y ordenando la continuación del proceso en lo relacionado con la demanda de reconvención.

7. Y así, surtida la primera instancia, el Juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Veinte Civil del Circuito de Bogotá, decidió el litigio por su sentencia de 30 de julio de 1973, mediante la cual negó las excepciones propuestas; condenó a la sociedad "Industrias de Ingeniería Mecánica - Distral S. A." a cumplir el contrato de compraventa de la pala-grúa, o sea a entregarla a "Intecon Limitada" en perfecto estado de funcionamiento o a pagar su valor; y la condenó además al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento, "desde la fecha del retiro de la pala o grúa, hasta el día en que sea restituida o se pague su valor", perjuicios cuyo monto ordenó determinar por el procedimiento indicado en los artículos 307 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

8. Como efecto de la apelación interpuesta por la sociedad "Distral S. A." contra dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo de 21 de septiembre de 1974, después de revocar el apelado, denegó los pedimentos deducidos por "Ingeniería y Técnica de Construcción Limitada Intecon" en su demanda de mutua petición, absolvió a la sociedad contrademandada de los cargos que en dicho libelo se formularon en su contra, e impuso a la parte vencida las costas procesales de las dos instancias.

III

Motivación del fallo impugnado.

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de referirse a la actuación surtida en el proceso, inicia el Tribunal las motivaciones de su sentencia transcribiendo los literales e) y f) de la cláusula 3ª del contrato de 11 de diciembre de 1968, mediante los cuales las partes contratantes, luego de estipular el pacto de reserva de dominio de la máquina objeto de la compraventa, acordaron que "la demora en el pago de uno de los contados estipulados, dará derecho al *vendedor* para dar por terminado el presente contrato y exigir la devolución, sin que quede obligado a devolver las sumas pagadas, ya que el valor de éstas se considerará como indemnización por el incumplimiento"; y que, en caso de mora en el pago de alguno de los contados del precio, "el vendedor queda autorizado expresamente por el comprador para aprehender lo vendido y sus accesorios, sin necesidad de requerimiento judicial alguno pues reconoce la posesión legal en favor del vendedor hasta tanto se haya verificado en su totalidad el pago del precio convenido".

2. Asentado por él el anterior postulado, el juzgador *ad quem* se pregunta si el haber aprehendido la sociedad vendedora la grúa en agosto de 1969 constituye un "acto abusivo"; y si el desistimiento de la demanda formulado por ella

purgó la mora de la entidad compradora, y constituye a favor de ésta "exoneración del pago" de la suma de $ 1.218.000.00, que es el saldo adeudado del precio de la compraventa.

Para responderse negativamente al primer interrogante que se formula, el Tribunal, en oposición a lo que en el punto expresó el *a quo*, asevera que como "los contratantes tienen autonomía para acordar sus obligaciones y la manera de cumplirlas" la cláusula atinente a que el vendedor, cuando se estipula el pacto de reserva del dominio, pueda aprehender la cosa vendida sin necesidad de intervención judicial, en caso de mora en el pago del precio, es jurídicamente eficaz, ya que, agrega, dicha estipulación no es contraria al orden público.

Apoyado, pues, en dicha cláusula contractual, refiriéndose a la sobredicha aprehensión de la grúa por parte de "Distral S. A.", el *ad quem* estima que no fue acto abusivo. Y para corroborar la conclusión que en el punto saca, añade que a ella lo conduce también "la conducta observada por los contratantes", de la cual deduce la existencia del "consentimiento en cuanto a la entrega o devolución de la pala motivada por la mora en el pago, en virtud del cual y por un *convenio especial*, la recibieron nuevamente los demandantes".

3. Con el propósito de poner bases a su razón corroborativa, es decir, que el retiro de la grúa en agosto de 1969 por parte de "Distral S. A." lo fue con el consentimiento de la compradora, el juzgador cita y analiza en su sentencia los siguientes elementos de prueba:

a) la confesión hecha por el apoderado de "Intecon Limitada" y contenida en el escrito de contestación a la demanda principal, en donde expresó que recibió la máquina y la tuvo "hasta el día en que los demandantes la recibieron en Cali, en virtud de convenio especial";

b) la declaración de Felipe Rimassa, que fue la persona encargada de hacer el traslado de la grúa de Cali a Chocontá y cuyo testimonio transcribe, quien afirma que fueron "todos los socios" de "Intecon" quienes se la entregaron; "esa grúa fue entregada a mí porque ellos no habían pagado, por falta de pago ellos decidieron entregarla";

c) el testimonio del topógrafo Carlos Julio Cárdenas, empleado de "Intecon Limitada", de cuya declaración la sentencia transcribe los pasos trascendentes, especialmente en cuanto el testigo afirmó que esta compañía "se retardó en los pagos a Distral luego Distral en vista de que Intecon no le cumplía los compromisos mandó por la pala... el ingeniero jefe, que era socio de Intecon, me informó sobre el negocio de la pala e, inclusive me dijo que ellos se iban a ganar la pala porque ella misma se pagaba"; y

d) el testimonio del ingeniero Raúl Ayalde Echeverry cuya declaración a juicio del Tribunal, refuerza su conclusión.

En la labor ponderativa de todas estas probanzas, dice el juzgador *ad quem* que ellas "demuestran sin lugar a duda que la pala o grúa fue retirada con el consentimiento de Intecon Limitada, con pleno conocimiento y sin haber hecho ninguna oposición".

4. Rematando sus consideraciones en torno a este aspecto de la cuestión debatida, estima el Tribunal, y así lo asevera en su fallo, que para el ejercicio por parte de "Distral" del derecho de aprehender la máquina solo era menester que "Intecon" hubiera dejado de pagar "uno de los contados estipulados"; y que está demostrado en el proceso que ésta dejó de pagar varios, como lo acreditan las siguientes pruebas:

Las letras que sin cancelar acompañó la demandante principal a su demanda; el cheque de 3 de junio de 1969, protestado por "fondos insuficientes"; el interrogatorio absuelto por Pedro Gil Cárdenas, gerente de "Intecon Limitada"; y la inspección judicial practicada en los libros de contabilidad de "Distral S. A.".

Toma además el sentenciador, como indicio para deducir la mora que imputa a "Intecon Limitada", la "difícil situación económica" en que esta compañía se encontraba entonces, puesto que, dice, el propio gerente de ella acepta que "se inició acción judicial para obtener declaratoria de quiebra, que la sociedad está en liquidación, y que los socios están adelantando trabajos independiente de ella".

5. En relación con el contrato de arrendamiento de la grúa afirmado como hecho básico en la contrademanda, para que el valor del alquiler se destinara a la amortización de las cuotas pendientes del saldo del precio, dice el Tribunal que en el proceso no se probó la existencia de dicho acuerdo, "pues las varias declaraciones que hay al respecto son simplemente de referencia a informaciones que a los declarantes les dieron después del retiro de la máquina"; y que el gerente de "Intecon Limitada", en interrogatorio por él absuelto, afirmó que en esa calidad, salvo el de compraventa de la grúa, "no he hecho ningún otro negocio diferente" con la compañía "Distral S. A.".

6. A continuación el Tribunal emprende la consideración del segundo de los dos interrogantes que él mismo se formuló al inicio de su sentencia, es decir, si el desistimiento de la demanda

principal exonera a la entidad demandada del deber de pagar el saldo del precio de la máquina.

En el punto, y luego de observar que el dicho desistimiento se presentó y aceptó en vigencia del Código Judicial de 1931, el *ad quem* parangona los efectos de dicho instituto según esa codificación procesal y según la nueva, y afirma que, según la primera que es la que procede aplicar en el presente caso, por virtud del mentado desistimiento "las cosas volvieron a su estado anterior a la presentación de la demanda"; y añade que, aun en el evento de aplicar a este caso el artículo 342 del nuevo estatuto, "la consecuencia del desistimiento solamente llegaría hasta considerarse que Ingeniería Técnica de Construcción Limitada, obtuvo sentencia absolutoria mediante la cual 'no está obligada a devolver a Distral S. A., la posesión material de la grúa', que fue lo que ésta compañía demandó a aquélla".

Agrega el *ad quem* que tal es, además, la interpretación que la equidad aconseja, porque, dice, "no es posible que un deudor fallido, que no ha pagado la mayor parte de la cosa, pueda obtener un fallo en que se condene al vendedor a devolver la máquina, o dos millones de pesos, más ochenta mil pesos mensuales por alquiler a partir de agosto de 1969, y ese deudor esté liberado de todas sus obligaciones".

7. Finalmente, refiriéndose a las súplicas de cumplimiento de contrato y de pago de perjuicios por el incumplimiento, que "Intecon Limitada", deduce en su demanda de reconvención, dice el Tribunal que "tales pretensiones no pueden prosperar".

En apoyo de su negativa, advierte que la entidad vendedora "Distral S. A." entregó a "Intecon Limitada" la maquinaria objeto de la compraventa; que ésta la tuvo en su poder sirviéndose de ella desde diciembre de 1968 y hasta agosto de 1969; y que fue en esta última fecha cuando, por virtud de la mora en el pago de las mensualidades estipuladas, usando de lo pactado contractualmente "Distral S. A.", volvió a tomar la mencionada grúa.

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la sociedad "Ingeniería y Técnica de Construcción Limitada - Intecon". En la demanda respectiva le formula seis cargos, todos ellos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de infringir indirectamente, por inaplicación, el artículo 1546 del Código Civil, a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal por la errónea apreciación de algunas pruebas y por la falta de apreciación de otras.

2. Desarrollando el cargo por el primer aspecto, el censor transcribe algunas de las respuestas dadas por Pedro Gil Cárdenas Arce, gerente de "Intecon, Limitada", en el interrogatorio por él absuelto el 4 de agosto de 1972; asevera a renglón seguido que "la sola transcripción anterior demuestra que la verdad sobre las respuestas del gerente de Intecon, es todo lo contrario a lo que afirma el Tribunal;... luego el Tribunal incurrió en error en la apreciación de esta prueba, al afirmar que el gerente confesó que Intecon había incurrido en mora, cuando lo que dice es todo lo contrario".

Añade el censor que lo dicho por Cárdenas Arce, está corroborado "con los documentos exhibidos en la inspección judicial", que el Tribunal no apreció en su sentencia, y que "constituyen confesiones de Distral del recibo de sumas de dinero de Intecon Limitada, por cuanto son comprobantes de ingresos de contabilidad de Distral S. A.". Y luego de relacionar tales documentos, los que el censor considera como plenas pruebas, dice que ellos "demuestran tres hechos inconcusos:

a) "que se hicieron ocho pagos en total";

b) "que los pagos se empezaron a hacer el 8 de febrero de 1969, lo cual significa de manera indubitable que el plazo para empezar a cumplir con el pago de las cuotas periódicas fue corrido dos meses, de diciembre de 1968 a febrero de 1969"; y

c) "que en agosto de 1969, cuando Distral retiró la pala-grúa, los pagos estaban siendo cubiertos normal y puntualmente"; y que, de consiguiente, cuando tal hecho ocurrió "Intecon Limitada no estaba en mora de cumplir sus obligaciones".

3. Concretando el yerro fáctico que le enrostra al Tribunal, dice el recurrente:

"Si en la sentencia el Tribunal sostiene que Intecon incurrió en mora de cumplir sus obligaciones, porque en el expediente obran unas letras sin cancelar, un cheque devuelto y protestado, unos contracréditos por cheques devueltos, y, porque, dizque el gerente de Intecon así lo confesó;

"Pero si al mismo tiempo existen pruebas plenas en el expediente, que el Tribunal no tomó

en cuenta y que demuestran que sí se hicieron los pagos normalmente hasta agosto de 1969, como son la declaración precisamente del Gerente que dice todo lo contrario de lo que le atribuye el Tribunal, y los veinte documentos en fotocopia que el Tribunal no tomó en cuenta y que son los comprobantes de ingreso de la contabilidad de Distral S. A.;

"Quiere decir esto, que el Tribunal incurrió en doble error de hecho en la apreciación de la prueba, al darle a la declaración del Gerente de Intecon un sentido que no tiene, y al atribuir a la equívoca presencia de las letras en el expediente, un valor contraevidenciado con otras pruebas plenas, esas sí concluyentes e inequívocas.

"A las pruebas que apreció el Tribunal para declarar la existencia de la mora, les atribuyó hechos que francamente no demuestran o que eran equívocos, y en cambio, no tuvo en cuenta pruebas concluyentes, inequívocas y plenas, que demuestran todo lo contrario de lo que el Tribunal afirmó, o sea que no hubo mora de Intecon en el cumplimiento de sus obligaciones para con Distral S. A.".

Se considera.

1. Ha sido doctrina constante de esta Corporación la de que la sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto; y que como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en el recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios probatorios.

2. *Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que la impugnación por* error de hecho *tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.*

Y como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere además que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de prueba demuestran.

3. En el caso de este proceso el Tribunal, tomando apoyo en las 20 letras de cambio que aceptadas por la entidad contrademandante y no descargadas se adjuntaron al proceso; en el cheque de 3 de junio de 1969, girado por dicha sociedad a favor de "Distral S. A.", y protestado por ésta por "fondos insuficientes"; en el interrogatorio de parte absuelto por Pedro Gil Cárdenas, gerente de Intecon Limitada; y en la inspección judicial practicada el 22 de junio de 1972, sobre los libros de contabilidad que "Distral, S. A.", dedujo que estaba demostrada la mora de "Intecon Limitada" en el pago de las cuotas correspondientes al precio de la compraventa ajustada el 11 de diciembre de 1968.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiesto error de hecho por apreciación errónea de la confesión de Cárdenas Arce y falta de apreciación de algunas fotocopias de recibos de pago.

Acontece, empero, que si el citado Cárdenas Arce, al absolver el interrogatorio expresó que en el pago de las cuotas "pudo haber las demoras aceptables, no por culpa de Intecon, sino por el pago no oportuno de las actas de las obras que ejecutamos para con las Empresas Municipales de Cali" (pregunta 4ª); y que sí fue cierto que "Intecon giró cheques que salieron con fondos insuficientes, pero aclaro que fueron reemplazados por otros" (preguntas 5ª, 6ª, 7ª y 8ª), no resulta exacto sostener, como lo hace el recurrente, que en este medio de prueba no está la demostración del hecho de la mora que el Tribunal, con apoyo en él y en otros más, dio por establecido en su fallo.

Y si bien es cierto que al través de dichas afirmaciones el confesante aseveró que los cheques girados y que resultaron sin fondos "fueron reemplazados por otros", tal aserto, que constituye hechó distinto del confesado y que no guarda íntima relación con éste, no está demostrado y por tanto no puede tenerse por cierto, según la preceptiva contenida en el artículo 200 del C. de P. C. Tal aseveración, pues, por implicar la afirmación de un hecho exceptivo y cuya prueba corría a cargo del confesante, aparece huérfano de demostración.

Conclúyese entonces que no puede haber error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación que el sentenciador hizo de la confesión

del gerente de "Intecon Limitada", porque, como aparece de lo expuesto, leyó lo que el absolvente dijo. Pero no podía admitir las afirmaciones que, sin prueba que los justifique, éste hizo de hechos exceptivos, tanto más si en el proceso encontró 20 letras de cambio no descargadas por el aceptante, a pesar de tener plazos vencidos; un cheque que por $ 58.000.00 resultó sin fondos suficientes; y que en la inspección judicial practicada sobre los libros de "Distral S. A." observó que "en la columna de *Debitos* se observa un cargo contra *Intecon* de dos letras de a *cien mil pesos cada y una* y 24 letras de $ 58.000.00 cada una".

Y dice además el acta de esa inspección que "en la columna *Créditos* aparecen registrados los abonos o cancelaciones hechas por Intecon, así: dos abonos de *cien mil pesos* y cinco letras de *cincuenta y ocho mil pesos*, de las cuales hay dos abonos de $ 58.000.00 efectuados en cheques sin fondos. Aparece igualmente otra partida de $ 100.000.00 con una leyenda manuscrita que dice 'ojo corregir'. Luego en la columna de *Débitos* aparece contraacreditada una partida por $ 100.000.00. En la columna de *Débitos* aparecen contraacreditadas dos partidas por $ 58.000.00 cada una, que corresponden a los dos cheques devueltos. Aparecen registrados pagos netos por un valor total de $ 374.000.00, y un saldo impagado de $ 1.218.000.00".

4. Y como, según lo ha dicho también la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnen con el tratamiento o estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de los recibos de pago que en fotocopia se adjuntaron al proceso, puesto que ellos, por su propio contenido, demuestran que los pagos se hicieron mucho tiempo después de que las obligaciones se tornaron exigibles; a más de que, como ya está dicho, algunos pagos se hicieron con cheques girados sin fondos, por lo que dichos recibos no resultan ciertamente medios que inequívocamente justifiquen el pago.

Si, según el contrato de compraventa acordado entre los litigantes, la sociedad compradora debía comenzar a pagar las cuotas del precio de la grúa el 23 de diciembre de 1968, fecha en que debía cancelar la primera por valor de $ 100.000; la segunda por igual valor al 15 de enero siguiente; y las restantes 24 en cuotas de $ 58.000.00 cada uno de los 15 de los meses subsiguientes, los aludidos recibos, prescindiendo de la carencia de fondos para el pago de los correspondientes cheques, indicarían que la obligada solamente comenzó a cumplir sus obligaciones a partir del 28 de febrero de 1969, y por lo tanto cuando ya estaba en mora. Conclusión ésta que no peca de contraevidencia puesto que, ante la ausencia absoluta de prueba que la demuestre, no puede aceptarse la afirmación que hace el recurrente en el sentido de que los plazos del contrato fueron modificados con el consentimiento de los contratantes.

5. De otra parte, el Tribunal, además de las pruebas atrás referidas, para sacar su conclusión de mora de "Intecon Limitada" en el pago de los contados del precio de la compraventa, se basó también en los indicios que encontró en la declaración de quiebra que para entonces se le había decretado judicialmente, y en el embargo de sus bienes; prueba ésta que el censor no ataca y que, por falta de impugnación, la apreciación que en torno a ella hizo el Tribunal sigue amparada por la presunción de legalidad y por lo mismo prestándole apoyo a la sentencia recurrida.

6. No encuentra, pues, la Corte, los errores de hecho que el recurrente le enrostra al Tribunal en la apreciación de las pruebas referidas, y menos con carácter de trascendentes; en esa virtud no hay base para estudiar si la norma de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringida por inaplicación, como consecuencia de los yerros fácticos alegados, fue violada o no por el sentenciador.

El cargo es, pues, infundado.

Segundo cargo.

1. En éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria del artículo 1546 del Código Civil, por falta de aplicación, a causa del error de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas.

2. En desenvolvimiento de este cargo el censor, luego de sintetizar la sentencia en cuanto ella considera que la aprehensión de la grúa en agosto de 1969 por parte de "Distral S. A." no constituye acto abusivo, afirma que "la supuesta confesión contenida en la contestación de la demanda de Distral contra Intecon, no es de que Intecon hubiera autorizado la entrega de la pala, como lo afirma el Tribunal, sino de un hecho totalmente diferente como lo es el de la existencia de un 'convenio especial'; pero la existencia de ese convenio fue negada por el gerente de Distral; y si negó la contraparte este convenio, no es honesto desdoblarlo para aplicarme a mí lo desfavorable, en forma francamente acomodaticia".

Y añade además que la confesión en que el sentenciador fundó la existencia del "pacto espe-

cial", justificativo de la aprehensión, "no existe en el proceso", porque la "supuesta confesión" se produjo dentro de una etapa que concluyó con el desistimiento, "y pasó a ser parte integrante de un proceso o actuación que hizo tránsito a cosa juzgada, o que por lo menos ya no pueda revivirse por ningún medio". Y además, agrega el recurrente, "porque en la nueva relación procesal o proceso a que dio lugar la demanda de reconvención, no se solicitó que se tuviera esta supuesta confesión como prueba, ni el juzgado lo decretó de oficio. Lo cual quiere decir que no existe en este proceso formado con ocasión de la demanda de reconvención, y no existe, porque ni siquiera fue trasladada al nuevo proceso a petición de parte o de oficio. La verdad es que —continúa el recurrente— existe materialmente en el expediente pero no existe legalmente en el proceso, y esa puede ser la causa de semejante error".

Estima el recurrente que también incurrió en yerro fáctico el sentenciador al apreciar la declaración de Arturo Felipe Rimassa, puesto que "es inverosímil, imprecisa y contradictoria, según puede comprobarse con su simple lectura, hasta el punto de que hace falta suspicacia para descubrir que el declarante dijo mentira".

Censura igualmente el impugnador la apreciación que el Tribunal hizo de los testimonios de Carlos Julio Cárdenas y Raúl Ayalde: la del primero, porque "basta leer la transcripción que hace el Tribunal para comprobar que en cambio de probar la autorización para retirar la pala, demuestra que fue de hecho que la retiraron"; y la del segundo, porque a juicio del censor "demuestra que pudo haber sido abusivamente que procedió Intecon (al vender al testigo la pala), pero que jamás hubiera autorizado la entrega de la pala".

Cargo cuarto.

1. Con éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 1502, 1519 y 1602 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la cláusula f) del punto tercero del contrato de compraventa de 11 de diciembre de 1968.

Concretando el yerro que denuncia, estima el recurrente que en él incurrió el sentenciador al atribuir a dicha cláusula "un texto y condiciones que no tiene"; y al negar a la expresión "requerimiento judicial", el "sentido de 'intervención de la justicia', que le fue asignado por los contratantes".

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente, luego de afirmar que la cláusula 3ª del contrato contiene seis estipulaciones "diferentes y autónomas, cada una de las cuales se refiere a una condición", transcribe la indicada en el literal f), y dice que "en ella nada se dijo de la mora en el pago de una, de varias o de todas las cuotas; luego no puede considerarse dentro de esta cláusula tal condición, por no estar pactada".

Y añade que si en dicha cláusula no se habló de mora, "el requerimiento judicial que en ella se menciona no puede tener el significado de procedimiento para constituir en mora al deudor, sino pura y simplemente el sentido de intervención de la justicia para la aprehensión material de la pala"; y significa, en últimas, "que deja al arbitrio del vendedor privar de la tenencia de la pala-grúa al comprador en cualquier instante".

"Y dejar al arbitrio de una de las partes arrebatarle a la otra en cualquier momento el objeto vendido, —continúa el recurrente— es consagrar, por una parte, la arbitrariedad, y por la otra, dejar en manos de uno de los contratantes el hacerse justicia por sí mismo, cuando lo quiera y como lo quiera, dejando de lado la función que le corresponde a los jueces de la República, pues a eso es a lo que equivale la autorización de aprehender materialmente la pala sin necesidad de requerimiento judicial alguno".

Sexto cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar directamente, por interpretación errónea, el artículo 1602 del Código Civil; y el texto 1519 *ejusdem,* por falta de aplicación.

2. En desenvolvimiento de esta censura, el recurrente, después de transcribir los pasos pertinentes de la sentencia impugnada atinentes a la validez jurídica que el sentenciador le atribuyó a la cláusula del contrato distinguida en el literal f), expresa:

"Nadie puede hacerse justicia por sus propias manos y para evitar esta bárbara práctica fue que se institucionalizó el Estado de Derecho, se establecieron los códigos y se dictaron los procedimientos; los contratantes pueden establecer la manera como han de cumplir sus compromisos, pero estos pactos no pueden tener causa u objeto ilícitos, según lo prescribe el artículo 1502 del C. C.; la Institución de los Jueces de la República está llamada a dirimir los conflictos entre los particulares y basta que alguien requiera su intervención, para que sin necesidad de renuncia y sin que sea necesario que se trate del cumplimiento coactivo de obligaciones, ellos, tengan que intervenir; allanarse a cumplir, es una cosa, pero autorizar un procedimiento para cuando no se ha cumplido es cuestión que debe hacerse pero

con las limitaciones y dentro de los cauces que la ley autoriza y no de cualquier modo; y si como lo afirma el Tribunal, —remata el censor— el requerimiento judicial era una redundancia y basta autorizar la arbitrariedad para que cuando lo quisiera el vendedor pudiera apoderarse del objeto vendido, precisamente eso es lo que es contrario al régimen de legalidad y eso es lo que tiene objeto ilícito según el artículo 1519 del Código Civil".

Se considera.

1. Por adolecer del mismo defecto de técnica en su formulación, la Corte procede a estudiar conjuntamente los cargos segundo, cuarto y sexto que en la demanda de casación se deducen contra el fallo impugnado.

2. Según se infiere claramente del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal de Bogotá, para denegar las pretensiones fundamentales deprecadas en la demanda de reconvención, dedujo que la aprehensión que "Distral S. A." hizo en agosto de 1969 en la ciudad de Cali "no fue un acto abusivo", tal cual lo asevera la sociedad contrademandante.

Y para apoyar su conclusión, el *ad quem* esgrimió los siguientes dos razonamientos cardinales, a saber: a) Que para así actuar la entidad vendedora de la grúa se amparó legítimamente en la cláusula f) del contrato, conforme a la cual ella "quedó autorizada por el comprador para aprehender lo vendido, sin necesidad de requerimiento judicial", estipulación ésta que el fallador de segundo grado estimó jurídicamente válida porque "no es contraria al orden público"; y b) que, además, la referida grúa fue retirada de Cali, según lo dicen las pruebas practicadas, "con el consentimiento de Intecon Limitada, con pleno conocimiento y sin haber hecho ninguna oposición", en virtud y por efecto de "un convenio especial".

Lo cual significa que el sentenciador, aun en el supuesto de que no hubiera dado por demostrado ese "convenio especial" celebrado entre los litigantes para que la vendedora retirara la máquina por ella vendida, habría llegado a la misma conclusión, puesto que, como lo asevera en su fallo refiriéndose a la cláusula f) del contrato inicial, dicha estipulación es válida y debe tener eficacia, puesto que, añade "los contratantes tienen autonomía para acordar sus obligaciones y la manera de cumplirlas", según lo preceptúa el artículo 1602 del Código Civil.

3. El recurrente, en su demanda de casación, contrae el cargo segundo a impugnar exclusivamente la apreciación que en torno a la existencia de la autorización de "Intecon Limitada", para retirar la grúa de Cali, fundada en "Convenio especial", sacó el Tribunal; y concreta el alcance de los cargos cuarto y sexto, si bien en aquél por vía indirecta y en éste por la directa, a atacar la validez jurídica que el *ad quem* reconoció a la cláusula f) del contrato inicial. Limitados, pues, como se hallan estos cargos a censurar aisladamente cada uno de los dos fundamentos de la sentencia, de ellos se sigue que las censuras son incompletas, pues aún en el evento de que la impugnación deducida en cada cargo prosperara, éstos, aisladamente considerados, no darían base para casar el fallo, el cual seguiría apoyado en la consideración del sentenciador que no se ataca en la misma censura.

La doctrina de esta corporación reiteradamente ha dicho, 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" (LXXI, 740; LXXIII, 45; LXXV, 52).

4. Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que en casación los cargos formulados contra la sentencia "son autónomos, tienen individualidad propia"; y que, por lo tanto, para su eficacia, cada uno de ellos debe proponerse en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca cada censura y en congruencia con ella, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación, lo que no entra en sus poderes (XC, 326; CVII, 205; CXVIII, 204).

Es pues la autonomía de los cargos y su propia individualidad lo que conduce a considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por tanto le sea permitido a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta ésta que de otra parte contrariaría el procedimiento establecido en el artículo 375 del C. de P. C., conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentre próspero "sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se hubieren propuesto otros respecto de los demás"

5. A más del anterior defecto de técnica, que se advierte en la formulación de los tres cargos que aquí se estudian, considerados éstos particularmente también adolecen de otras deficiencias. En efecto:

a) en el cargo segundo asevera el recurrente que el Tribunal incurrió en *error de hecho* al apreciar la confesión del apoderado de la demandada, contenida en el escrito de contestación a la demanda, confesión que, dice el censor, "existe materialmente en el expediente, pero no existe legalmente en el proceso".

Pero si, como lo afirma la censura, el yerro del sentenciador consistió en que apreció como medio de demostración uno que "no se solicitó que se tuviera como prueba, ni el Juzgado lo decretó de oficio... ni siquiera fue trasladado al nuevo proceso a petición de parte o de oficio"; el posible error, por no referirse a la objetividad de la prueba sino a su ritualidad y eficacia, sería de derecho. Y este pretenso yerro del juzgador no lo podría considerar la Corte dentro de los límites de error de hecho que el impugnante ha demarcado para su acusación; y

b) mediante los cargos 4º y 6º el recurrente, en oposición a lo que en el punto dedujo el *ad quem,* estima que la cláusula f) del contrato es nula, puesto que, dice, tal estipulación contiene objeto y causa ilícitos. Y sobre este postulado impugna la sentencia por inaplicación en ella de los artículos 1502, 1519 y 1602 del Código Civil.

Acontece, empero, que si la referida estipulación contractual es jurídicamente ineficaz, como lo pinta la censura en estos cargos; y si el sentenciador no lo reconoció así, la quiebra del fallo de instancia se subordina en casación a que se acusen, por falta de aplicación, la norma o normas legales que consagran el derecho a demandar la nulidad de los actos o contratos, que no lo es, ciertamente, ninguna de las tres disposiciones acusadas. Lo cual se traduce en que ninguno de estos dos cargos presenta la necesaria proposición jurídica completa, que es indispensable para estudiar en el fondo la acusación.

6. Por lo demás, para reconocer la validez jurídica de estipulaciones que, como la que aquí se discute, ha dicho la Corte:

"Es así como la experiencia mercantil y el fomento de las ventas a plazo por contados sucesivos han permitido recibir la norma del inciso 2º, artículo 1º, Ley 45 de 1930, a saber:

" 'La cláusula de no transferir el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los terceros de buena fe'.

"Esas condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, brindan a la cláusula reservatoria del dominio flexibilidad suficiente para adaptar el sistema de ventas de pago diferido a las tendencias económicas. Y si bien la coyuntura puede favorecer al vendedor para dar las reglas de esas operaciones, es igualmente susceptible de serle adversa, para entonces recibir de la demanda la ley del mercado.

"El pacto de reserva de dominio guarda por lo demás estrecha armonía con el 2º inciso, artículo 750 del Código Civil en cuanto organiza la entrega no traslaticia para cuando 'el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición'.

"De suerte que si las normas sustanciales prevén y permiten expresamente el pacto que reserva el dominio al vendedor, es indudable que su inclusión en la venta a plazo de un automóvil en nada contradice el orden público o las buenas costumbres.

"Si por añadidura el vendedor hace optativamente para sí el pacto comisorio, con estipulación expresa de que el contrato se resuelva *ipso facto* por no pagarse el precio al tiempo convenido, y todavía se reserva las ventajas generales que al vendedor conceden las leyes, se encontrará allí muestra palpable de las dificultades con que tropieza el desarrollo del crédito, o de las muy grandes que tienen que superar quienes carecen de recursos para desembolsar el precio al contado, pero no que la malla cautelar de estipulaciones en amparo del vendedor venga a perturbar el orden público o las buenas costumbres. Estas son las que enseñan el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas, y al comprador le basta satisfacer en oportunidad las suyas para verse libre de responsabilidad frente a todas las estipulaciones impresas por la cautela del vendedor que, *a priori,* no podría calificarse de exagerada.

"Y al comprador le será siempre indispensable haber cumplido su propia deuda para legitimarse en causa por cualquiera acción derivada del contrato. Sin ello no lo está, y menos si no prueba incumplimiento del vendedor, quien puso en sus manos el objeto para todos los efectos, menos el de transferirle los poderes del dueño". (Sentencia de 2 de diciembre de 1960, G. J., XCIV, 117).

Y agregó la Corporación en ese mismo fallo, para advertir licitud en las cláusulas de renuncia del deudor a los requerimientos:

"Ni el requerimiento judicial, cuando es necesario, atiende a nada distinto del interés particular del deudor, quien por consiguiente puede renunciarlo, como en el contrato de 4 de marzo

de 1957 que autorizó a Panauto a tomar el vehículo por medios de simple policía, lo cual significa renuncia muy clara a todo requerimiento.

"Por lo expedito y drástico, puede acaso considerarse demasiado oneroso el procedimiento convenido para la restitución del depósito dentro del pacto de reserva de dominio. Pero sería de ver también la suerte de las ventas comerciales a términos escalonados, si cada operación llevara el germen para producir innumerables litigios".

No prospera, por tanto, ninguno de estos tres cargos.

Tercer cargo.

1. En este se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1609 del Código Civil, a causa de error de hecho en que habría incurrido el *ad quem* en la interpretación de la demanda de reconvención.

2. En desarrollo de esta censura, dice el recurrente que "Intecon Limitada", no pretende, como lo afirma la sentencia, que se le exonere del deber de cumplir las obligaciones contraídas por el contrato de compraventa de la grúa, "ni en memorial alguno se ha hecho el insólito planteamiento. Al contrario, lo que está implícito en la demanda es el cumplimiento de esas obligaciones, porque cuando se demanda el cumplimiento de un contrato bilateral, como en el caso de autos, es para que las dos partes cumplan y no para que lo haga solamente uña y la otra quede liberada de hacerlo".

Asevera el censor que yerra el Tribunal al afirmar que "Intecon Limitada", ni siquiera se allanó a cumplir, puesto que, como puede verse en su demanda, en ella expresó que "se allana a seguir pagando las cuotas del precio luego de que Distral abone a la deuda el valor del alquiler de la pala correspondiente a los trece meses desde cuando la recibió o retiró de Cali".

3. Concretando el yerro que aquí denuncia dice el impugnador que "si en la sentencia se afirma la existencia de una pretensión para que Intecon quedara liberada de cumplir sus obligaciones contractuales, y esa pretensión no consta ni tácita ni expresamente, solamente tiene una explicación cual es la de que el Tribunal incurrió en error al interpretar la demanda.

"Si al mismo tiempo se afirma que no hubo allanamiento de la parte demandante a cumplir sus obligaciones, cuando él aparece de modo expreso y bajo título especial en la demanda, quiere decir que también incurrió en otro error al interpretar la demanda. El doble error consiste en afirmar una pretensión inexistente y negar una atestación o manifestación que aparece expresamente en la demanda".

Se considera.

1. En torno a las súplicas principales de la demanda, atinentes a que se condene a la entidad "Distral S. A." a "cumplir el contrato de compraventa de la pala o grúa", plasmado en documento de 11 de diciembre de 1968; y a indemnizar a la demandante "los perjuicios que con el incumplimiento le ha ocasionado", dijo el Tribunal *ad quem* que "tales pretensiones no pueden prosperar, porque Distral S. A. entregó como vendedora a Intecon Limitada, la maquinaria, y ésta la tuvo en su poder sirviéndose de ella desde diciembre de 1968...".

Lo cual quiere decir que el sentenciador, para denegar dichas dos súplicas, estimó que en el presente caso es legalmente improcedente el artículo 1546 del C. C., el que por tanto no aplicó, pues es esta la norma que consagra el derecho de los contratantes de un pacto bilateral a pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Y como esta norma sustancial no la denuncia como infringida en este cargo el recurrente, debe seguirse que la censura está llamada a no prosperar.

2. No aparece, pues, que la pertinente resolución de la sentencia se hubiera fundado jurídicamente en la *exceptio non adimpleti contractus* que consagra el artículo 1609 del C. C.; por consiguiente la violación de esta norma que, "por aplicación indebida", se denuncia en el cargo, resulta impertinente.

3. Pero es que, además, los dos yerros de facto que en este cargo se atribuyen al Tribunal no existen.

No dijo el sentenciador que "Intecon Limitada", había deducido *en su demanda* la pretensión de "quedar liberada de cumplir sus obligaciones contractuales", que es en lo que la censura estriba el primer error de hecho. Lo que en el punto expresó el fallador de segundo grado, y así lo aseveró pero como un argumento más para negar la súplica de cumplimiento, fue que el desistimiento de la demanda de "Distral S. A.", no podía tener virtualidad para purgar la mora de "Intecon Limitada". Y si bien es verdad que en su demanda esta sociedad expresó allanarse "a seguir pagando las cuotas del precio", es lo cierto que esa afirmación, por sí sola, no puede tener el alcance del allanamiento requerido por el artículo 1609 del C. C. para purgar la mora del deudor, puesto que, de una parte, tal mani-

festación no está en congruencia con la conducta asumida por su autor; y de otra, porque no alude al pago de cuotas ya vencidas, que fueron las que tuvo en cuenta el Tribunal para deducir la mora.

No prospera, pues, este cargo.

Quinto cargo.

1. En él se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, del artículo 462 del anterior Código Judicial; y del 1546 del Código Civil, por falta de aplicación.

2. En desarrollo de este cargo el censor, luego de aseverar que el sentenciador interpretó el desistimiento de la demanda en el sentido de que "no tendría ningún efecto o si lo tiene sería simplemente teórico, pero sin consecuencias prácticas, pues la verdad es que a la postre en la sentencia no se dijo cuáles eran los efectos del desistimiento, ni sacó conclusión alguna de su interpretación", emprende un análisis del desistimiento a la luz de los artículos 462 del C. J., y 342 del C. de P. C., para afirmar, en últimas, que según dichos dos textos esa figura procesal produce como efecto el de la cosa juzgada material.

Rematando el planteamiento de esta censura, dice el impugnador que si lo anterior es así, "quiere decir que el desistimiento presentado por Distral de la demanda ordinaria de reivindicación de la pala, por supuesta mora en el pago de las cuotas, hizo imposible volver a plantear por Distral, y por vía alguna, las mismas pretensiones desistidas; esto equivale a que la cuestión no solo de la reivindicación sino de la mora en el pago tienen el carácter y los efectos de la cosa juzgada, adversos a Distral.

"En este orden de ideas, agrega el recurrente que como la demanda de Distral contra Intecon era de reivindicación y por el procedimiento ordinario, el fallo que se hubiera producido no era revisable por vía alguna. De consiguiente, el desistimiento produjo los efectos de la cosa juzgada sobre las pretensiones desistidas".

Se considera.

1. Estimó el Tribunal en su sentencia, y este juicio del *ad quem* lo acepta el recurrente, que el desistimiento que "Distral S. A.", hizo de la demanda por ella formulada contra "Intecon Limitada", por razón de la vigencia de la ley en el tiempo debía regirse y considerarse en sus efectos por la preceptiva contenida en el artículo 462 del Código Judicial anterior, pues era esta la codificación que entonces regulaba la materia.

2. Y así, luego de transcribir la citada disposición, refiriéndose al sobredicho desistimiento, aseveró el sentenciador que él implicó "*reponer las cosas al estado anterior a la demanda,* impidiendo proponerla nuevamente por la misma parte *y por la misma vía*". Lo cual significa que si no en forma expresa, sí cuando menos implícitamente aceptó, frente a la demanda desistida, el fenómeno de la cosa juzgada.

En congruencia con su pensamiento el fallador, lejos de entrar a considerar para decidir las pretensiones deducidas en la demanda desistida, aseveró en su sentencia que como efecto de dicho desistimiento se debe considerar que la sociedad allí demandada, "obtuvo sentencia absolutoria mediante la cual no está obligada a devolver a Distral S. A. la posesión material de la grúa", puesto que tal devolución fue lo que se pidió en la demanda de la cual su autor desistió.

Contrariamente, pues, a lo que el censor afirma, el contexto de su sentencia indica paladinamente que el Tribunal sí reconoció efectos de cosa juzgada al desistimiento de la demanda de "Distral S. A.". Y si, en las motivaciones de su fallo, que no en la resolución, estimó que tal desistencia no libera a la compradora del deber de pagar, "el saldo del precio de la máquina, que es de $ 1.218.000.00", ello no significa, por referirse a hechos distintos de los afirmados en la demanda desistida, que esté revisando cuestiones ya juzgadas.

Es por tanto infundado este cargo.

V

Decisión.

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 veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

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

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Prueba trasladada.

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

(Magistrado ponente, doctor Alberto Ospina Botero).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de enero de este año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario de Fabio Patiño y Ofelia Salazar contra la sociedad "Embotelladora de Medellín, S. A.".

Antecedentes.

I. En demanda de cinco de marzo de 1973, solicitan los referidos demandantes, en sus propios nombres y en la calidad de padres legítimos de Uriel de Jesús Patiño Salazar, que en contra de la sociedad demandada se hagan las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que la sociedad demandada es civilmente responsable, para con los demandantes, de los perjuicios causados con la muerte del joven Uriel de J. Patiño Salazar, hecho causado por el vehículo de placas A-6.57.99 de propiedad de la sociedad demandada;

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, la sociedad demandada debe pagarle a los demandantes, "la suma de dinero que probaren ascienden los perjuicios, previa liquidación que se practicará por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. Civil, teniendo en cuenta la edad del occiso, las tablas de esperanza de vida que acostumbran las compañías de seguros, así como, para calcular el daño futuro, las tablas de garufa".

II. Refiere como elementos de hecho de la *causa petendi* los siguientes:

a) Que el joven Uriel de Jesús Patiño Salazar falleció en la ciudad de Medellín el día 26 de diciembre de 1970 al ser atropellado por el vehículo automotor de placas A-6.57.99, de propiedad de la sociedad Embotelladora de Medellín, S. A.

b) Que al momento del accidente el automotor era conducido por Oliverio de J. Jaramillo, empleado al servicio de Embotelladora de Medellín, S. A., cuando éste se dedicaba a cumplir la labor que se le había encomendado y consistente en repartir el producto Coca-Cola.

c) Que el menor fallecido en el accidente era hijo legítimo de los demandantes, y dado "el grado avanzado de estudios que cursaba en ese entonces —dicen los demandantes—, teníamos puestas en él grandes esperanzas de ayuda y sostenimiento. Por lo cual con su muerte se nos ha causado grandes perjuicios que deben ser reparados por la sociedad causante del daño que sufrimos".

III. La compañía demandada consignó su respuesta en escrito de 28 de mayo de 1973, en el sentido de admitir parcialmente los hechos, para finalizar con oposición a las pretensiones y con la formulación de las excepciones que denominó de inexistencia de la obligación, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, prescripción y compensación.

IV. De otra parte, en escrito presentado el 6 de junio de 1973, la sociedad Embotelladora de Medellín pide citar en garantía a la sociedad Aseguradora Colseguros S. A., apoyándose en el hecho de haberse celebrado entre las dos sociedades un contrato de seguros, el cual ampara no solo los daños que se causen al vehículo de propiedad de aquélla, sino los daños causados con el automotor a terceros, hasta un monto de $ 200.000.00 por el lapso comprendido entre el 1º y el 31 de diciembre de 1970. En el mismo libelo expresa la persona jurídica Embotelladora de Medellín S. A. que "en cumplimiento de lo estipulado en la Póliza de Seguros, dio oportuno aviso a Aseguradora Colseguros, S. A. del siniestro ocurrido con el vehículo de placas A-6.57.99 por comunicación número 11630 de marzo de 1971, la cual fue registrada por la entidad Aseguradora bajo el número 150 de marzo 9 de 1971 en el formato dispuesto especialmente para tales casos".

Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 20 de agosto de 1974, la cual resultó ser desfavorable a la parte demandante, pues mediante ella se absolvió a la demandada de las peticiones formuladas en el libelo demandatorio. Apelada que fue esta decisión por la parte actora, el Tribunal la confirmó con sentencia de 27 de enero de este año.

VI. Inconforme la parte demandante con la resolución precedente, interpuso oportunamente el recurso de casación, el que, por estar sustanciado, ha llegado el momento de resolver.

Sentencia impugnada.

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio emprende a continuación el análisis del presupuesto atinente a la culpa y a los medios de convicción incorporados al proceso, para en forma breve llegar a la conclusión de que aquél no estaba acreditado, pues al efecto afirma: "Insistiendo en el examen del elemento culpa originadora del daño, como base de la pretensión esgrimida en este proceso, ha de acogerse la conclusión del fallo de primera instancia, en cuanto a la circunstancia de no haberse acreditado dicha culpa, en cuanto al chofer Oliverio de J. Jaramillo, conductor del automotor de placas A-6.57.99 de propiedad de la empresa demandada, ya que del contenido de las declaraciones de los señores Luis Norberto Quintero ayudante de dicho chofer, al momento del suceso, y de Rodolfo de Jesús Chica Villa, ayudante del carro de trasteos, contra el que primero se chocó, golpeando, por estar en ese momento pasando por el medio el joven Patiño Salazar, no permiten deducir culpa alguna del conductor Jaramillo, pues no desvirtúan la afirmación de éste, dada al rendir indagatoria, en el sentido de que luego de ser encandilado, por un bus que marchaba en sentido contrario, sintió un golpe y que al bajarse, vio golpeado en el estómago a un joven que se encontró en medio de su vehículo y de otro que se hallaba estacionado".

Enseguida el sentenciador expresa que el testigo Aníbal Correa, quien conducía un carro radio-patrulla, que llegó luego al sitio del accidente, poco recuerda del insuceso, por lo que su dicho ni mejora y empeora la conclusión que se saca respecto de "la ausencia de culpabilidad por parte del señor Jaramillo, conductor del vehículo automotor que golpeó al joven Patiño Salazar contra el vehículo de trasteos del que acababa de bajar éste, y que el primero explica sin que se le haya demostrado lo contrario o que haya mentido, que se originó por el encandilamiento que le produjo otro vehículo automotor que viajaba en sentido contrario. Este aserto no destruido, impide deducir culpa en el señor Jaramillo, pues no se desprende de lo afirmado por éste descuido o imprudencia...".

Finalmente, con cita jurisprudencial, sostiene el sentenciador que le corresponde al actor la demostración de todos los presupuestos necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine una condena por haber quedado acreditado el daño, la culpa y la relación de causalidad entre los dos primeros elementos; que como no se acreditó la culpabilidad del dependiente de la empresa demandada en el acontecimiento del suceso que segó la vida de Uriel de Jesús Patiño Salazar, se impone confirmar el fallo apelado.

Demanda de casación.

El recurrente formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco de la causal primera, de las cuales la Corte contrae su estudio al tercero por venir fundado en razones suficientes para casar la sentencia atacada.

Cargo tercero.

Acúsase la sentencia del Tribunal "por violación indirecta de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, en la modalidad de falta de aplicación, a causa de errores de apreciación probatoria".

En desarrollo de la censura, el recurrente sienta las afirmaciones siguientes:

a) El Tribunal cometió error de hecho al no ver en las declaraciones de Luis Norberto Quintero, Rodolfo de Jesús Chica Villa y Aníbal Correa "la prueba de culpa fundamento de la responsabilidad".

Este yerro aparece más notorio y evidente, cuando apoyándose el sentenciador en el testimonio del conductor Oliverio Jaramillo, pregona la ausencia de culpa en éste, no obstante que dicha persona no rindió declaración en el proceso civil, ni siquiera obra copia de la que pudo haber rendido en el proceso penal.

b) A continuación expresa el censor que aceptándose que la mera referencia y transcripción parcial que hizo el juzgador penal de la indagatoria rendida por Oliverio de J. Jaramillo constituya o pueda tomarse como su testimonio, el Tribunal incurrió en error de derecho al estimarla, toda vez que del artículo 229 del C. de P. C. preceptúa que para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él, sin audiencia de la contraparte, es necesaria su ratificación con repetición del interroga-

torio y en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso. De suerte que, continúa el recurrente, los testimonios o declaraciones rendidos fuera del proceso, sin audiencia de la contraparte y sin la ratificación subsiguiente, no pueden ser apreciados por el juez.

c) Luego de insistir en que el Tribunal incurrió en yerro fáctico al no ver en los testimonios de Luis Norberto Quintero y Rodolfo de J. Chica Villa el elemento culpa en que incurrió el conductor del vehículo de propiedad de la empresa demandada, sostiene finalmente que es notorio y evidente el error de hecho cometido por el sentenciador al haber dejado de apreciar "gran cantidad de documentos y pruebas aportadas al proceso", indicativas de la responsabilidad civil por parte de la sociedad demandada.

Como pruebas no apreciadas por el juzgador, señala éstas:

"I. No vio el Tribunal la declaración de siniestro, que reposa a folio 3 del cuaderno tercero (llamamiento en garantía), en donde la empresa demandada, que aportó el documento a los autos, da una versión del accidente afirmando: ... transitaba por la carrera 45 en dirección Sur-Norte y un camión que venía en dirección contraria me encandiló con las luces *impidiéndome ver a otro vehículo que estaba estacionado chocando contra éste y arrollando a un joven* que estaba esperando que pasaran los carros para cruzar la vía" (subrayas mías); en este documento se puntualiza la placa del carro (A-6.57.99) y el nombre del lesionado: 'Uriel Patiño Salazar, muerto'. Lleva la firma y el sello de la sociedad demandada;

II. El documento de folio 4 del mismo cuaderno que sí está firmado por una persona diferente tiene mérito probatorio por cuanto fue aportado al proceso por la misma sociedad demandada;

III. El documento de folio 5 del mismo cuaderno tercero, firmado por Guillermo Callejas, pero aportado a los autos por la sociedad demandada;

IV. El memorial por el cual se solicita el llamamiento en garantía, donde tácitamente se está aceptando el hecho;

V. El memorial por el cual se da contestación a la demanda;

VI. El informe policivo sobre la ocurrencia del accidente, que reposa a folios 12, frente y vuelto, del cuaderno cuatro, de pruebas de la parte demandante, y

VII. El acta del levantamiento del cadáver del occiso Uriel Patiño Salazar, que reposa a folios 12 vuelto y 13 frente, del cuaderno cuatro, pruebas del demandante".

Se considera.

1. Elegida por la censura la vía indirecta, por cuanto acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial por error de hecho, en forma reiterada ha sostenido la doctrina de la Corte que corre de cargo del impugnante demostrar, con incidencia en el fallo, el yerro que alega, demostración que tendrá que efectuarse singularizando en todo caso la prueba a que se refiere, ya como supuesta, ya como no vista, hipótesis que comprende el hecho de hacérsele decir al medio de convicción lo que no expresa o también por habérsele cercenado en su real contenido.

2. Si además se ataca la sentencia del Tribunal por error de derecho, que es de diversa índole del yerro fáctico, la acusación tiene, según jurisprudencia reiterada, que concretarse a demostrar que el juzgador ha fundado su decisión "en una o más pruebas producidas por fuera de las normaciones legales, o que les ha atribuido el mérito que no tienen, o que les ha negado el que sí les corresponde". (C. C. 5 de diciembre de 1969, T. CXXXII, página 206).

3. En el caso *sub-lite*, la censura afirma que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de hecho evidente al no haber visto varios elementos de convicción, señalando entre tales la declaración del insuceso referida por la sociedad Embotelladora de Medellín, S. A. a la sociedad Aseguradora Colseguros S. A. y contenida en el documento distinguido con el número 150 de 9 de marzo de 1971.

En la aludida prueba, le expresa la sociedad Embotelladora de Medellín S. A., a la sociedad Aseguradora que el accidente ocurrido el 26 de diciembre de 1970, en el cual perdió la vida Uriel de Jesús Patiño Salazar al ser atropellado por el carro de placas A-6.57.99, conducido por Oliverio Jaramillo, sucedió de la siguiente manera: "Transitaba por la carrera 45 en dirección Sur-Norte y un camión que venía en dirección contraria me encandiló con las luces impidiéndome ver a otro vehículo que estaba estacionado chocando contra éste y *arrollando a un joven que estaba esperando que pasaran los carros para cruzar la vía*".

4. a) Si el Tribunal para no deducir responsabilidad respecto de los demandados sólo se apoyó en las declaraciones de Luis Norberto Quintero, Rodolfo de Jesús Chica Villa, Aníbal Correa y en la declaración indagatoria de Oliverio de J. Jaramillo; b) Si se presume la culpa en el autor del daño por el ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de automoto-

res; c) Si en el documento de 9 de marzo de 1971 expresa la sociedad demandada que su empleado Oliverio Jaramillo arrolló "a un joven que estaba esperando que pasaran los carros para cruzar la vía" en razón del encandilamiento que le produjo otro vehículo automotor que se desplazaba en sentido contrario, se deduce que el Tribunal incurrió en el error de hecho que se le achaca al no haber visto este último medio de convicción, lo cual lo llevó a quebrantar, por falta de aplicación, los preceptos sustanciales invocados por la censura en el cargo que se estudia.

5. Aún más, también se acusa la sentencia del Tribunal por error de derecho al tomar como testimonio la mera referencia y transcripción parcial que se hizo por el juzgador penal de la declaración indagatoria rendida por Oliverio de J. Jaramillo en el proceso penal que se adelantó contra éste, sin que dicho testimonio hubiera llegado al proceso civil con sujeción a las formalidades exigidas por el artículo 229 del C. de P. C.

En verdad, el Tribunal apreció como prueba la declaración indagatoria rendida por el citado Jaramillo, y en ella fundó su decisión, sin que mediara la ratificación y las demás formalidades propias establecidas para el desplazamiento de la prueba de un proceso a otro. Ante estas circunstancias, no queda la menor duda que el sentenciador cometió el error de derecho que se le endilga.

6. De otra parte, como el Tribunal tomó como prueba la referencia y transcripción parcial que en un auto hizo el fallador penal en el respectivo proceso, no está en la Corte pasar por alto que, si bien la copia auténtica de una sentencia o de otra providencia dictada en un proceso es prueba de haberse proferido, no lo es de los hechos que el fallo encontró plenamente demostrados y que sirvieron de soporte a la decisión. Sobre el particular, ha dicho la doctrina de la Corte que "resulta equivocado admitir que los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia, mucho más, cuando ella es pronunciada en juicio en que se utilizaba la prueba sumaria, puedan darse como plenamente establecidos en otro juicio, aunque los litigantes sean los mismos. Eso determinaría, en muchas ocasiones, situaciones incompatibles con principios básicos en derecho procesal, pues entonces no sería al juez de la causa a quien correspondería valorar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego que estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción" (sentencia de 12 de mayo de 1953. LXXV, 78; Cas. civil 30 de junio de 1955, LXXX, 490).

7. Viene de lo dicho, que debe casarse la sentencia atacada. Con todo, la Corte, antes de proferir la correspondiente sentencia de instancia, en la cual se resolverá también sobre el llamamiento en garantía, para decidir con mayor acierto y haciendo uso de la facultad que le confieren los artículos 37, número 4, 179, 180 y 375, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil para decretar pruebas de oficio, ordenará recibir testimonios a Oliverio de J. Jaramillo, Horacio Guiral Acevedo y Alvaro Cortés Montoya sobre los hechos de que da cuenta el libelo demandatorio. Así mismo dispondrá recibir testimonio a los agentes de policía Arcadio Pelayo Sarmiento y José Manuel Gómez Zuluaga, respecto del informe o relación de los hechos rendidos por ellos a la Dirección de Transportes y Tránsito de Antioquia el 26 de diciembre de 1970.

Resolución.

En armonía con 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, RESUELVE:

1. CASAR la sentencia de 27 de enero de este año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario de Fabio Patiño y Ofelia Salazar contra la sociedad Embotelladora de Medellín S. A.

2. COMISIONAR al Juez Civil del Circuito de Medellín —Repartimiento— para que con las formalidades legales reciba declaración a Oliverio de J. Jaramillo, Horacio Guiral Acevedo, Alvaro Cortés Montoya, Arcadio Pelayo Sarmiento y José Manuel Gómez Zuluaga, a los tres primeros con relación a los hechos afirmados en la demanda y a los dos últimos, respecto del informe rendido por éstos a la Dirección Departamental de Tránsito de Antioquia y atinente a los hechos que originaron la muerte de Uriel de Jesús Patiño Salazar el 26 de diciembre de 1970 y al estado de frenos de los vehículos que en esa fecha hicieron colisión.

Líbrese el correspondiente despacho con los insertos del caso.

3. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Germán Giraldo Zuluaga, Alberto Ospina Botero, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO

Interrupción y suspensión del proceso, causales de nulidad.—Norma sustancial: los artículos 183, 204 y 294 del C de P. C. no lo son.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 22 de octubre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por los herederos de Luis Eduardo Rivera frente a Mario Gómez Noreña.

I

El litigio.

1. Mediante libelo de 30 de abril de 1973 María Virgelina Ochoa vda. de Rivera, actuando en su propio nombre y en el de sus menores hijos Abad Antonio, Alberto de Jesús, Resfa Inés, Darío Albeiro y Gloria Lucía Rivera Ochoa, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Rionegro al mentado Mario Gómez Noreña, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que el demandado es civilmente responsable de los perjuicios de diverso orden ocasionados a los demandantes por la muerte de Luis Eduardo Rivera, esposo y padre de éstos, causada en el accidente de tránsito que por descuido e imprudencia de Eleucipo Antonio Alvarez Jaramillo, dependiente del demandado ocurrió en Guarne el 4 de marzo de 1972;

b) que, en consecuencia, se condene al citado demandado a pagar a sus demandantes las sumas que, como valor de dichos perjuicios, se determinen en el proceso o en incidente posterior; y

c) que, igualmente, se lo condene al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que los demandantes invocaron en apoyo de sus pretensiones, quedan sintetizados en los siguientes:

a) en las horas de la noche del 4 de marzo de 1972, cuando Luis Eduardo Rivera transitaba por las calles de la ciudad antiqueña de Guarne, intempestivamente fue atropellado por el automotor número 83-36 de propiedad del demandado, y que entonces conducía Eleucipo Antonio Alvarez Jaramillo;

b) como resultado del dicho atropello, Rivera sufrió lesiones corporales de tal gravedad que le ocasionaron la muerte en el mismo lugar en que el accidente se produjo;

c) en el momento en que ocurrieron los sucesos generadores del daño, el conductor del vehículo causante de él se encontraba en estado de embriaguez, pues hasta los momentos inmediatamente anteriores estuvo "dedicado a la ingestión de bebidas alcohólicas en una cantina de la localidad";

d) "Para que se tenga una noción más exacta de la forma como sucedieron los hechos —dicen los demandantes en la afirmación quinta de su libelo— y de la imprudencia del conductor, conviene precisar cómo el atropello de que se hizo víctima a Luis Eduardo Rivera sucedió en momentos en que se daba marcha atrás al vehículo sin que nadie le indicara los obstáculos que había en la ruta";

e) Luis Eduardo Rivera había contraído matrimonio católico con María Virgelina Ochoa en febrero de 1934, y de esa unión connubial nacieron los seis hijos que aquí demandan la indemnización; y

f) el occiso trabajaba en diversas actividades y devengaba un sueldo mensual promedio de mil pesos, suma que destinaba para el sostenimiento suyo y el de sus familiares próximos.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones de sus demandantes; y en cuanto a los hechos en ella afirmados por éstos, salvo los atinentes a la ocurrencia del accidente y sus consecuencias, lo mismo que su propiedad del automotor y su carácter de patrono del causante del atropello, los cuales aceptó, negó los demás.

Fundando cardinalmente en ello su defensa, expresó entonces el demandado que el choque sí se produjo, pero "por imprudencia manifiesta del señor Rivera, como se desprende de la investigación penal que se adelantó", y no por culpa del conductor del vehículo, quien "se encontraba en perfecto estado, en sano juicio", quien, además, "es un chofer de experiencia, responsable y cuidadoso en el desempeño propio del oficio".

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 14 de junio de 1974, mediante la cual acogió todas las súplicas deprecadas en la demanda y dispuso que, para determinar el monto de los perjuicios causados, debe acudirse al procedimiento previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandado contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en fallo de 22 de octubre del mismo año, confirmó el apelado e impuso al apelante las costas procesales.

II

Motivación del fallo impugnado:

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada, en el inciso de las motivaciones de su sentencia advierte el Tribunal que, según la demanda incoativa de este proceso, pretenden los demandantes hacer efectiva la responsabilidad civil que legalmente corresponde al demandado por el hecho ilícito de un dependiente suyo.

2. Asentado por él el anterior postulado, afirma el *ad quem* que la responsabilidad indirecta está regulada por los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil Colombiano. Observa, a renglón seguido, que la primera de estas tres normas se refiere a ese tipo de responsabilidad frente a los padres de familia, los guardadores y los directores de colegios; pero que, según la preceptiva de dicha disposición, esa responsabilidad cesa en los casos en que tales personas demuestren que, sin embargo de la autoridad y cuidado que la calidad les confiere, no pudieron impedir el hecho dañoso.

Asevera luego que la responsabilidad indirecta de los "amos" la reguló el legislador en el artículo 2349 *ejusdem*. Y refiriéndose a este específico texto, con cita de alguna doctrina de la Corte el *ad quem* determina el alcance que debe dársele a los términos "empresario" y "amo", para afirmar que, cuando de dicha disposición se trata, "no es necesario que el dependiente se halle bajo la inmediata vigilancia del empleador, como sí lo es cuando se trata de un simple artesano o empresario que tiene a su cuidado 'aprendices y dependientes', conforme al caso 4º del artículo 2347, pues allí no están aquéllos aprovechándose del trabajo ajeno".

3. Dando por sentado que en el presente caso ocurrió el hecho ilícito, el sentenciador de segundo grado inicia las consideraciones en torno a la culpa.

Y después de afirmar que, en principio, para que pueda configurarse responsabilidad civil extracontractual es necesario que se demuestre en el proceso los presupuestos que la integran, es decir, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre aquélla y éste, añade que "si el acontecimiento cae bajo el imperio del artículo 2356, la víctima se ve favorecida por la presunción de la culpa y puede ahorrar su demostración. Si el autor del hecho dañoso quiere liberarse de responsabilidad, a él toca demostrar fuerza mayor, caso fortuito, intervención de causa extraña o imprudencia de la víctima. Y es que esa norma —agrega el Tribunal— comprende todas las actividades caracterizadas por su peligrosidad, y precisamente por ello ampara a las víctimas con la presunción de culpa".

Orientado por este razonamiento cardinal, pasa el *ad quem* a considerar la alegación en que el demandado basa su defensa, esto es, que el accidente en que perdió la vida Rivera se debió a imprudencia de éste, para deducir que esa circunstancia "quedó en estado de simple afirmación, pues no hay siquiera el más leve indicio demostrativo de ello".

Explanando la conclusión que en el punto saca, agrega el Tribunal que "no alcanza a percibirse aquí por parte alguna cómo el demandado pretende exonerarse atribuyendo íntegra la causa del acontecimiento al occiso, cuando no hay siquiera una leve circunstancia que permita inferir tal conclusión, y más bien, la manera especial como aconteció el hecho indica todo lo contrario, dado que era la media noche, el carruaje

iba de para atrás y en esa forma enredó en sus ruedas al fallecido. Es de suponer que si el auxiliar hubiese tomado la posición correcta para anunciar el peligro, ningún obstáculo habría permanecido oculto y en presencia del transeúnte se hubiera ordenado suspender la marcha".

4. Acomete en seguida el Tribunal de Medellín el estudio de la prejudicialidad que, con apoyo en la investigación penal que por el accidente de tránsito se adelanta por las autoridades correspondientes, invoca el demandado.

Dice, al efecto, que según el texto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil se requiere "la *necesariedad* para que la suspensión proceda, con lo cual parece indicar que solamente cuando la decisión penal, cualquiera que ella sea, obligase en lo civil, procedería la suspensión a fin de que de esa manera no se corra el peligro de violar la cosa juzgada"; pero que cuando la decisión del juez penal "puede obligar si se toma en un sentido, mas no si se toma en otro, la paralización del asunto civil es improcedente, pues la *necesariedad* no aparece y sí más bien la *contingencia*".

Estima el *ad quem* que la anterior argumentación sube de punto y es por tanto más valedera en el presente caso, "pues han corrido ya casi tres años desde cuando se acometió la investigación y todavía nada se ha resuelto en definitiva"; y que, de otra parte, la improcedencia de la suspensión del proceso es más evidente aún, si se considera que "la indemnización perseguida no es para engrosar el patrimonio de la parte actora, sino para el sustento indispensable, circunstancia que bastaría por sí sola para negar cualquier dilación".

5. Finalmente, en torno a la condena que al pago de los perjuicios trae la sentencia de primera instancia, dice el *ad quem* que debe mantenerse, pero que la liquidación de su monto debe limitarse al tiempo de la supervivencia probable del occiso y a la suma mensual de $ 1.000.00, "dado que en la demanda se afirmó ya que ese era el máximo devengado por el muerto".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia antes extractada interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva le formula cinco cargos: los cuatro primeros dentro del ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el último con fundamento en la quinta. La Corte, por exigirlo así el despacho lógico de los cargos, procede a estudiar en primer lugar el quinto, puesto que mediante él se denuncia un erro *in procedendo*.

Quinto cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de haberse proferido en el proceso en que se incurrió en nulidad, según lo establecido por el numeral 5 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

2. Concretando la acusación, dice el censor que la nulidad denunciada por él radica en que el proceso no se suspendió, a pesar de la prejudicialidad penal existente.

A intento de demostrar el cargo el recurrente, luego de la cita que hace del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, asevera que "indudablemente el ordenamiento procedimental pretende acortar en su máxima tarea de definir el derecho, ya que si así no fuere, un eventual *fallo absolutorio* en materia penal crearía aberrante contradicción, si existiese ya un *fallo condenatorio* en el proceso civil. No quiere pues el legislador llegar al absurdo".

Se considera.

1. Sin embargo de que la dinámica del proceso exige que los diferentes actos que lo integran evolucionen sucesivamente y sin solución de continuidad entre ellos, para llegar así prestamente al pronunciamiento de la sentencia que es el fin hacia el cual apuntan, los legisladores han reconocido siempre las situaciones que, ora por un acto voluntario de las partes o ya por un hecho que puede serles ajeno, reclaman que el proceso como tal se detenga.

De conformidad con las normas que integran el Título XII *del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, las causas que en Colombia paralizan el proceso están comprendidas en los fenómenos de la interrupción y la suspensión. Y si bien es verdad que los citados dos institutos producen el efecto indicado, según la preceptiva contenida en dichas disposiciones legales, lo es también que entrambos existen fundamentales diferencias, no solo en cuanto al origen de los hechos que los determinan sino también en cuanto al momento en que paralizan el proceso. En efecto:*

La interrupción acusa un hecho externo al proceso, generalmente ajeno a la voluntad de los litigantes, como lo es la muerte o enfermedad de una parte o de su representante, por ejemplo; la suspensión, en cambio, obedece a una exigencia interna del proceso y proveniente de un acto del

mismo, como lo es, verbi gracia, la prejudicialidad penal o la administrativa. Y si el primero de dichos fenómenos produce la paralización del proceso "a partir del hecho que la origine" (artículo 168 C. P. C.), por lo que la doctrina ha entendido que produce ope legis *la consecuencia indicada; el segundo en cambio produce dicho efecto "a partir de la ejecutoria del auto que decreta" la suspensión (artículo 171* ejusdem), *lo que significa que produce efectos, como lo dice la doctrina,* ope juris.

2. Ciertamente, el numeral 5 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente elevó a la categoría de nulidad, en todos los procesos, dándole autonomía, el hecho de adelantarlo "después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo", cuyo fundamento jurídico o razón de ser está en la necesidad de tutelar el derecho de defensa que constitucionalmente corresponde a los litigantes.

Si el proceso se halla interrumpido o suspendido por ocurrencia de alguna de las circunstancias que de acuerdo con la ley determinan su paralización temporal, el juez que de él conoce tiene suspendida igualmente la competencia y por ende no puede actuar válidamente. Pero si, como atrás se indicó, la suspensión del proceso, a diferencia de lo que ocurre con la interrupción, solo se produce "a partir de la ejecutoria del auto que la decrete", debe seguirse que la causal de nulidad prevista en el numeral 5 del precitado artículo 152, cuando se invoca la suspensión del proceso, se estructura únicamente en los supuestos en que, sin embargo, de haberse ésta decretado por auto firme, el juez continúa el trámite procesal.

3. Como en el caso que aquí se estudia no se pidió ni muchísimo menos se decretó la suspensión del proceso por causa de una prejudicialidad penal, o por otra cualquiera, no puede decirse que lo actuado en él sea nulo.

No se configura, pues, la causal de nulidad invocada; consiguientemente se impone rechazar el cargo que con apoyo en ella se formula contra la sentencia del Tribunal de Medellín.

Cargos fundados en la causal primera.

Primer cargo.

1. Mediante éste el censor acusa la sentencia de ser directamente violatoria "del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto es bien sabido que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio", principio que el Tribunal "desconoció en su fallo".

2. A intento de demostrar el cargo el recurrente, luego de transcribir los pasos de la sentencia en los cuales el *ad quem* dice que es improcedente posponer el pronunciamiento del fallo por la prejudicialidad invocada por el demandado, afirma que "se le desconoce y niega al sindicado o proceso (sic) todo derecho de defensa, lo cual no solamente viola la ley sino el precepto constitucional".

Añade que la ley del crimen "concede facultad al interesado para constituirse en parte civil dentro del proceso penal, pudiendo así supervigilar, impulsar y acelerar el proceso penal"; que como en este caso los demandantes no hicieron uso de ese derecho, "mal puede el Tribunal consagrar en la sentencia acusada un cargo de morosidad contra el Estado, si el mismo interesado aceptó que solamente el Estado se encargase de definir tal situación jurídica".

3. Continuando en el desenvolvimiento de la censura, dice el recurrente, que si "a folio 8 del cuaderno número 3, obra una constancia en el sentido de que el proceso se encuentra cumpliendo una ampliación, con auto de sobreseimiento temporal", no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que existe morosidad en la investigación penal; que "en la sentencia impugnada se desconoció la existencia de esa pieza procesal"; y que si el artículo 92 del Código Penal establece que "en toda sentencia condenatoria de que resulten daños o perjuicios, se condenará al responsable a la indemnización de los que hubiere causado; entonces sería un contrasentido legal que en el proceso penal se condenare al conductor Alvarez Jaramillo al pago de los perjuicios a los interesados, y en el proceso civil se condenare al dueño del vehículo y patrón del conductor al pago de perjuicios también al mismo interesado".

Se considera.

1. Respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales la Corte ha sostenido la siguiente doctrina: "Las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo primero, porque aun cuando es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales, que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. De esto resulta que, por

regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales" (XCI, 122).

Si, pues, es doctrina reiterada de la Corte la de que no puede formularse válidamente un cargo en casación por la causal primera, basado únicamente en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, sino que es necesario además alegar el quebranto de preceptos legales sustanciales, debe seguirse que el cargo que aquí se estudia no puede prosperar, pues a más de que en él se repite la censura que el recurrente invoca como error *in procedendo* en el ataque anterior, el censor no denuncia como violados los textos legales sustanciales en que el Tribunal apoyó su fallo condenatorio.

2. De otra parte, y para poner de manifiesto la falta de técnica en la formulación de este cargo conviene advertir que, a pesar de hacerse claramente por violación directa, en su sustentación, el censor estima que el Tribunal dio por establecido en el proceso, sin estarlo, tal cual lo demuestra la certificación visible "a folios 8 del cuaderno número 3", cuya existencia fue desconocida en la sentencia, la morosidad en la investigación penal que por razón del accidente de tránsito se adelanta.

Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Por consiguiente, el cargo ha debido formularse por esta última vía, invocando error de hecho o de derecho en la apreciación de dicha prueba, lo que no hizo el recurrente.

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

Segundo cargo.

1. En él se censura la sentencia del Tribunal de infringir el artículo 2341 del Código Civil, por aplicación indebida.

2. En desarrollo del cargo, asevera el impugnante que no es posible sin quebrantar el precepto legal citado, "concluir que el demandado Mario Gómez es reo del homicidio culposo, sino que el cargo penal se le deduce al señor conductor Alvarez Jaramillo, en caso de probarse el hecho delictivo".

Continuando en el desenvolvimiento de esta censura, expresa el recurrente que según el artículo 2341 y demás disposiciones que integran el Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil, "el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe demostrar indemnización alguna... sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnización. Y conforme a las reglas generales del derecho procesal, es al demandante en la acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño".

De todo lo cual concluye el censor que, según el indicado precepto, no puede señalarse al demandado Gómez "bajo la imputación o cargo de concurrir en él la presunción de culpa".

Se considera.

1. Apoyado en las pruebas practicadas en el proceso estimó el Tribunal de Medellín, y es esta la consideración cardinal que sustenta su fallo, que como la muerte accidental de Luis Eduardo Rivera fue causada por la imprudencia o descuido de Alvarez Jaramillo en la conducción del automotor número C-83-56, de propiedad del demandado Gómez, a éste correspondía la responsabilidad civil por el hecho culposo de su dependiente y por tanto, dando aplicación a la preceptiva contenida en los artículos 2341, 2349 y 2356 del C. C., lo condenó a pagar a los demandantes los perjuicios a ellos ocasionados.

Si, pues, el *ad quem* encontró demostrados en el proceso los supuestos de hecho previstos en dichos preceptos y por consiguiente los subsumió en la voluntad abstracta del legislador contenida en ellos, a más de que el casacionista omite denunciar como violados los dos últimos, yerra también denunciando quebranto directo del primero por aplicación indebida, desde luego que esta especie de violación solo se da cuando el juzgador, sin embargo, de entender rectamente el sentido y alcance de una norma, la aplica a un caso que ella no regula.

Como insistentemente lo ha dicho la Corte, en la demostración de un cargo por quebranto directo de la ley sustancial, que es el que aquí emplea el acusador, éste no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el fallador; en este evento su actividad dialéctica tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere infringidos con la sentencia, pero con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas.

2. Y si, a falta de expresa determinación por el recurrente en el punto, en ejercicio de sus fa-

cultades interpretativas de la demanda de casación la Corte debiera considerar el cargo como formulado por la vía indirecta, desde luego que el censor alude a la falta de demostración del perjuicio como constitutivo de la responsabilidad civil, tampoco podría estudiarlo a la postre en el fondo ya que el recurrente no indica la clase de error en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas, si de hecho o de derecho; ni menos determina éstas, tal cual lo exige perentoriamente el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo dicho, se desestima esta censura.

Tercer cargo.

1. En el planteamiento de éste el recurrente acusa la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

2. Al sustentar su censura expresa el impugnante que el fallo del Tribunal "confunde el contenido de los mandatos sustantivos consagrados en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, pues estas normas no son una repetición sino que encierran circunstancias jurídicas bien diferentes".

Y refiriéndose al primero de estos dos preceptos legales, afirma el censor que él establece "la responsabilidad por el hecho de las personas sometidas a la dependencia o al cuidado de otras, y lo hace en forma taxativa, y además de consagrar la presunción, también en su último inciso abre las puertas al establecimiento de la prueba, es decir, al elemento de juicio suficiente para destruir dicha presunción".

Añade que como el dependiente Alvarez Jaramillo "está libre de toda culpa dentro del proceso penal, entonces está en plena capacidad legal de demostrar mediante el *acta de inspección judicial* (reconstrucción de los hechos) y demás prueba testimonial últimamente practicadas dentro del respectivo proceso penal a conocimiento del Juez Noveno Superior de Medellín, con cuya prueba se demostrará que el señor Alvarez no tuvo ninguna culpa en el accidente, sino que este evento se realizó por la mera imprudencia del señor Luis Eduardo Rivera, razón suficiente para exonerar de responsabilidad civil al demandado Gómez".

Se considera.

1. Contrariamente a lo que el recurrente sostiene en este cargo, aseveró el *ad quem* en su sentencia que la responsabilidad civil que corresponde a ciertas personas por el hecho ilícito de aquéllas que están a su cuidado, la consagran los artículos 2347 y 2349 del C. C.; que en el primero de dichos dos textos aludió el legislador a la responsabilidad indirecta de los padres de familia, los guardadores y los directores de colegios y escuelas; y que, en cambio, este tipo de responsabilidad frente a "los amos" la reguló en el segundo de dichos dos preceptos.

Como el Tribunal, pues, no dijo que el artículo 2349 del C. C. fuera la repetición de lo preceptuado en el 2347 *ibidem*, ni muchísimo menos que estos dos textos contemplaran circunstancias fácticas idénticas, que son los fundamentos en que la censura edifica la denunciada interpretación errónea, el cargo cae en el vacío y por ende es inaceptable.

2. Si bien el sentenciador estimó que, por razón de la naturaleza del hecho dañoso y las circunstancias en que ocurrió, por aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 2356 del C. C. debía presumirse la culpa de su autor; es evidente que, como se infiere del contexto de su fallo, aceptó que esta presunción podía infirmarse o desvirtuarse. Y como consideró que el demandado no había demostrado que el accidente "se debió a imprudencia del occiso", que fue el hecho defensivo invocado por aquél, aplicó esa presunción legal.

Dijo, en efecto, que "no alcanza a percibirse aquí por parte alguna cómo el demandado pretende exonerarse atribuyendo íntegra la causa del acontecimiento al occiso, cuando no hay siquiera una leve circunstancia que permita inferir tal conclusión, y más bien, la manera especial como aconteció el hecho indica todo lo contrario, dado que era la media noche, el carruaje iba de para atrás y en esa forma enredó en sus ruedas al fallecido".

Si a juicio del recurrente tal razonamiento del Tribunal fuere equivocado; si aquél estima que éste no dio por demostrada, estándolo en el proceso, la imprudencia del occiso como causa determinante del hecho culposo; si cree que el demandado acreditó que el accidente lo produjo su dependiente en circunstancias tales que aquél no pudo prever ni impedir, a pesar de su cuidado o diligencia, le correspondía acusar el fallo denunciando los presuntos errores en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación del material probatorio, cosa que no hizo.

Por lo dicho, el cargo resulta ineficaz.

Cuarto cargo.

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "*Violación de una norma de derecho sustancial,*

proveniente de la apreciación errónea de determinada prueba''.

Estima el censor, y así lo asevera, que el Tribunal incurrió en su sentencia en dos errores: uno de derecho al apreciar la confesión del demandado; y otro de hecho en torno a la prueba testimonial.

2. Desarrollando el cargo por el primer aspecto, dice el recurrente que el interrogatorio de parte absuelto por el demandado ante el juez municipal de Guarne no puede apreciarse como prueba, puesto que al decretarlo no se señaló hora para su práctica; ni menos se corrió el traslado que la ley ordena, por lo que se violaron los artículos 183, 204 y 294 del C. de P. C. Y en tales condiciones no puede tomarse como prueba para justificar la propiedad del vehículo automotor, ni el carácter de dependiente del demandado que se dio al conductor.

3. Aludiendo al error de hecho que denuncia, dice el censor que en él incurrió el Tribunal al apreciar las declaraciones rendidas en el proceso por Crispiniano Díaz Zapata y Jorge Castro Castro, porque ''esta prueba testimonial no establece ni demuestra ningún hecho de la demanda, además, no comporta esta prueba uniformidad, ni unidad, ni igualdad, son testimonios aislados sobre hechos imprecisos''.

Añade el recurrente que estos testimonios ''sí están demostrando o comprobando un hecho: que el señor Rivera Rivera *no trabajaba* un tiempo normal y que no suministraba lo necesario para el *sustento de la familia''.*

Se considera.

1. Exhaustivamente lo tiene dicho y repetido la doctrina de la Corte, fundada en la preceptiva legal contenida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la causal primera de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de *normas de derecho sustancial,* o sea de aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.

De lo cual se sigue que todo cargo que se formule en casación con apoyo en dicha causal primera impone al recurrente, para la procedencia de su demanda, el deber inexcusable de señalar, individualizándolos, cada uno de los textos de derecho sustancial que considere infringidos, indicando también el concepto en que los repute vulnerados; vale decir, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

2. Sin embargo, de fundarlo en la causal primera, como claramente se infiere tanto del planteamiento como del desarrollo de este cuarto cargo, el recurrente no cita en él como violada norma sustancial alguna, ni, por ende, indica el concepto del quebranto. Dicha omisión es de suyo suficiente para que la formulación del cargo no venga ajustada a la preceptiva técnica del recurso extraordinario.

Los artículos 183, 204 y 294 del Código de Procedimiento Civil, únicos que el censor cita en este cargo como infringidos por el Tribunal, son normas de índole eminentemente probatoria y no sustanciales. No siendo pues de estirpe sustancial los preceptos citados, su desconocimiento no puede por sí solo estructurar un cargo en casación, con fundamento en la causal primera, mientras no se afirme y se demuestre su repercución en el quebranto de otro precepto que sea atributivo de un derecho subjetivo, el cual necesariamente también debe señalarse en el cargo como infringido con la sentencia.

El cargo es, pues, ineficaz.

IV

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

BIBLIOTECA

IMPUGNACION DE MATERNIDAD

Pruebas del estado civil.—El término de caducidad para impugnar se cuenta desde la fecha del parto.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por María Avila viuda de Moralé contra la sentencia de 12 de diciembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario que aquélla promoviera contra su hija Yolanda Moralé Avila.

I

El litigio.

1. En demanda presentada ante el Juez Primero Civil del Circuito de Neiva, admitida por auto de 19 de febrero de 1974, María Avila vda. de Moralé, ejercitando tanto "la acción de impugnación de la presunta maternidad atribuida, como la corrección de la partida número 421120", solicitó que, con citación de Yolanda Moralé Avila y por los ritos del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

"a) Que se declare que María Avila de Moralé no es madre natural ni legítima de la mujer que dice llamarse Yolanda Moralé Avila, toda vez que se le ha atribuido una presunta maternidad;

"b) Declarar la nulidad de la partida de registro civil de nacimiento número 421120, por no ser cierto su contenido en lo que se refiere a la señora María Avila Rivera hoy viuda de Moralé;

"c) Como efecto de las anteriores declaraciones que se corrija la citada partida en lo pertinente".

2. Como fundamentos de hecho se expusieron éstos:

"1º El 28 de agosto de 1973 en la Notaría Primera de Neiva se produjo el registro del nacimiento número 421120 a nombre de Yolanda Moralé Avila, mujer nacida el 20 de noviembre de 1942.

"2º Tal partida civil de nacimiento se hizo con base en un acto parroquial, tomando de allí los siguientes datos: Yolanda Moralé Avila, hija legítima de María Avila Rivera y de Féliz Moralé Smith.

"3º Lo dicho en la partida civil antes mencionada no es cierto por cuanto que la citada señora que dice llamarse Yolanda Moralé Avila no es hija del matrimonio formado por Félix Moralé Smith, ya fallecido, y María Avila Rivera de Moralé, viuda hoy. Es decir, ninguno de los dos cónyuges antes nombrados son ni el padre ni la madre legítimos o naturales de la citada señora Yolanda Moralé Avila.

"4º En la partida eclesiástica que obra en el Libro 62, folio 219, de la Diócesis de Neiva, Parroquia de La Inmaculada, se le atribuyó a los esposos Félix Moralé y María Avila, la calidad de padres legítimos de la señora Yolanda Moralé A., pues allí se dijo que era hija legítima de ellos. Esa gratuita atribución vino a dar, como efecto de haberse presentado tal acta parroquial, al libro de registro de nacimientos de la Notaría Primera.

"5º María Avila viuda de Moralé 'desde la fecha de la partida de registro civil de nacimiento tuvo conocimiento de que se le señalaba el ser la madre legítima de una mujer que no es su hija naturalmente sino por atribución y efecto de dicha partida'. Hoy se impugna esa presunta maternidad por atribución. Como este caso se sale de lo normado en el artículo 335 del C. Civil, por analogía con tal norma es como se inicia la presente acción y tomando base en el inciso 2º del

artículo 336 de la misma obra como en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

"...la verdadera madre de la mujer que dice llamarse Yolanda Moralé Avila es la señora Emma Rivera de quien es hija natural, toda vez que la demandante no hizo sino recoger a la criatura y criarla por mediar parentesco, pero sin existir lazo alguno de maternidad".

3. Con expresa oposición de la demandada, quien propuso "excepción de prescripción" y asevera que desde su nacimiento fue tenida como hija legítima de la demandante y de Félix Moralé Smith, quienes fueron los que así la inscribieron en el registro eclesiástico y con tal carácter la trataron y la presentaron ante familiares y vecinos, se adelantó la primera instancia que tuvo fin con sentencia en que se la absuelve. Interpuesto el recurso de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva lo desató con sentencia de 12 de diciembre de 1974, por medio de la cual confirmó la apelada. Insatisfecha con esa decisión, la demandante propuso el recurso de casación que se está decidiendo.

II

Bases del fallo del Tribunal.

Después de historiar a grandes rasgos el trámite de las instancias y de resumir los hechos y pretensiones de la demanda, el *ad quem* funda la confirmación de la sentencia del *a quo*, en las siguientes consideraciones que por breves se transcriben en su totalidad:

"La sentencia de primer grado concluyó en la absolución de la parte demandada en consideración a que el nacimiento de Yolanda Moralé Avila tuvo lugar el 20 de noviembre de 1942 y la demanda fue presentada el 15 de febrero del presente año, lapso que es tres veces superior al término de caducidad de 10 años que para impugnar la maternidad y a partir de la fecha del parto tiene la supuesta madre.

"Ahora bien: en cuanto al inciso 2º del artículo 336 del Código Civil, que invoca la parte actora en su favor, al alegar que solo tuvo conocimiento de que se le hacía figurar como madre legítima al expedirse la partida de origen civil, o sea el 28 de agosto de 1973, está ampliamente demostrado lo siguiente:

"Que María Avila viuda de Moralé, por propia confesión judicial rendida ante el señor Juez del conocimiento el 30 de abril de este año, demostró plenamente que desde el momento del parto en que vio la luz la demandada, ella concibió el propósito de hacerla figurar como su hija legítima, habida dentro del matrimonio con su esposo Félix Moralé Smith. Tal propósito se plasmó al inscribirse la partida de origen eclesiástico, o sea el 6 de enero de 1948. Dice que evidentemente, entre la ocurrencia del falso parto y la presentación de la demanda, transcurrieron treinta y dos años, dentro de los cuales, por directa ejecutoria de la demandante, Yolanda Moralé Avila figuró como su hija legítima, ante sus amigos y relacionados.

"Las disquisiciones que hace el señor apoderado de la parte actora en sus alegatos de primera y segunda instancias y que más que todo confluyen a criticar la conducta moral de la demandada al pretender negar la maternidad de la verdadera autora de sus días, carecen de recibo y de operancia en este proceso, en que, por ministerio de la ley civil, no puede ya ventilarse jurisdiccionalmente, en virtud del fenómeno de la caducidad, una disputa sobre la maternidad de Yolanda Moralé Avila. Dice el célebre tratadista don Fernando Vélez que "una vez transcurridos los diez años a que se refiere el artículo 336, no puede impugnarse la maternidad, y por lo tanto, la falsa queda como legítima'.

"Comparte entonces esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior la totalidad de las apreciaciones consignadas en la sentencia de primera instancia".

III

La demanda de casación.

Dos cargos contiene ésta, ambos montados sobre la causal primera. El inicial se hace consistir en quebranto del artículo 336 del C. Civil, por interpretación errónea, y de los artículos 335 *ibídem* y 105 y 107 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación.

Desenvolviendo el cargo dice el censor que la maternidad puede ser impugnada por los padres legítimos supuestos para desconocer a quien pasa como hijo de ellos, y puede ser combatida por los padres legítimos verdaderos para recuperar a su hijo que pasa como ajeno. Que estas acciones de impugnación solo pueden intentarse dentro de los 10 años siguientes al parto, aunque "según el artículo 406 del C. Civil la acción reivindicadora de la progenie y la de investigación de la paternidad o maternidad son inmunes al paso del tiempo". Que la procreación como fenómeno biológico coincide, casi siempre, con la paternidad o la maternidad, figuras jurídicas. Que "el estado civil deriva de los hechos, actos

y providencias que lo determinan legalmente y de la calificación legal de ellos (artículo 2º del Decreto 1260 de 1970)", los que están sometidos a inscripción en el registro civil, para que puedan prestar fe y producir efectos respecto de terceros (artículos 5106 y 107 *ibídem)*. Que como ahora los hechos del estado civil ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938 solo pueden probarse con la copia de la partida o certificado del registro civil, para que pueda discutirse la maternidad en términos legales, menester es que se haya hecho el asiento del registro civil del respectivo nacimiento, pues solo desde ese instante se puede decir que alguien pasa por hijo de una mujer, supuesto lógico para que pueda discutirse esa maternidad aparente. Que la caducidad establecida en el artículo 336 del C. Civil, a pesar de que responde al deseo de no prolongar la incertidumbre del estado civil, no justifica la excepción al principio general del artículo 406 que erige la imprescriptibilidad del estado civil.

Se pregunta luego el recurrente: ¿será admisible que el término de caducidad de 10 años tenga siempre que contarse a partir del momento del parto? Y se responde diciendo que la maternidad puede impugnarse demostrando que el hijo verdadero fue suplantado por quien pasa por tal o acreditando falso parto; que en este segundo caso, mientras no se asiente el registro civil en que figura como madre quien no dio a luz, el hecho de que una mujer se haga pasar por madre de quien no es hijo suyo, "es suceso inocuo, que no tiene relevancia, o mejor, que carece de existencia legal". Por lo cual antes de que el registro se lleve a cabo, no se puede exigir a la madre que ejercite la acción de impugnación de su maternidad, motivo que induce a sostener que el término de caducidad debe contarse desde la fecha del registro y no de la del nacimiento.

Concretando definitivamente su argumentación expone el censor que "cualquiera podría inscribir como hijo de la esposa a un hijo de crianza o de leche, como se suele denominar el prohijado de hecho, sin que ello implique, por antiguo que sea el registro, una caducidad del poder clarificador de la estirpe, o en que el tratamiento de hijo que se le dé a quien no lo es, o su bautismo como tal prueba eventual es para la inscripción como tal en el registro (artículo 105, Decreto 1260 de 1970 y, 9 del Decreto 2158 de 1970) no otorgan derecho ni crean situaciones que ciertamente contradicen los dictados de la naturaleza, que en materia de maternidad se manifiesta en formas perceptibles sensorialmente.

"En fin, para extremar los contrastes podría imaginarse el caso de que alguien sea inscrito como hijo de quien no es su madre y ésta solo venga a saberlo legalmente al cabo de muchos años. ¿La impugnación sería rechazada por caducidad? El hecho salido inopinadamente a la luz pública no sería entonces incompatible con la maternidad, sino el propio conocimiento o realidad jurídica de la atribución. ¿Reviviría el término?

"Considero, pues, que el problema no radica en el restablecimiento o la prórroga del término, sino en su punto de partida. El alumbramiento, dice la norma. ¿Y qué ha de entenderse legalmente aquí por parto? ¿El hecho físico, que si ha sido falso, y por tanto ajeno, no podría servir de base para ninguna cuenta, o el hecho jurídico, su anotación en el registro, que es lo que le da relevancia y alcance legales? Sin duda la consideración tiene que ser lógica y racional, y lo cual lleva forzosamente a aceptar como algo incuestionable que donde no hay interés no hay acción y que si no hay atribución de la maternidad no hay lugar a impugnarla y que la maternidad solo se asigna con su inscripción en el registro. En otras palabras, no es correcto leer y recitar el artículo 336 C. C., sin captar su sentido y sin relacionarlo con todo el sistema normativo y sin detenerse a pensar en qué es la maternidad como fenómeno legalmente reconocido.

"Lo cual hace patente la violación de dicho precepto en lo que se refiere a su interpretación: se tomó el parto como mera expresión de un hecho biológico y no en su sentido múltiple y en su acepción jurídica volcada sobre el fenómeno legal de la maternidad impugnable por quien tiene interés real en ello".

Cargo segundo.

Denúnciase violación, a causa de error de derecho, de los artículos 335 del C. Civil y 107 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación, y del 336 del mismo Código por aplicación indebida.

Arguye el censor que, no obstante que Yolanda Moralé Avila nació el 20 de noviembre de 1942, en el mundo jurídico apareció por primera vez como hija de María Avila de Moralé el 28 de agosto de 1973, fecha en que, con base en una partida eclesiástica de nacimiento, se asentó el registro civil correspondiente, cuya copia es la única prueba válida hoy, desde luego que el alumbramiento ocurrió después de la vigencia de la Ley 92 de 1938. Que los hechos constituti-

vos de nombre, fama y tratamiento, relativamente a la posesión de hija que María haya dado a Yolanda con anterioridad al asentamiento del registro civil del nacimiento de ésta, son hechos irrelevantes que no sirven para decretar la caducidad de la acción de impugnación de la maternidad. Que como el Tribunal halló probado el término de caducidad con base en una *cuasi possessio* acreditada con los testimonios de Nicéforo Caquimbo, Eloísa Gómez, Ana Rosa de Soto, Mario García, María Cuéllar, Pedro Motta, Mario Sáenz, Juan Angel Echeverri y Felipe Bernal, y en la confesión de María Avila de Moralé, cometió error de derecho en la apreciación de estas pruebas, con violación de lo dispuesto en los artículos 174, 177 y 187 del C. de P. Civil, 105 del Decreto 1260 de 1970 y 9 del Decreto 2158 del mismo año. Que como "el supuesto de hecho normativo del artículo 336 del C. Civil está conformado por el parto como hecho jurídico demostrable solo por el registro civil y por el transcurso de 10 años de la inscripción en adelante", el *ad quem* erró al aceptar prueba libre para ese episodio, que solo puede demostrarse con la probanza indicada por el legislador. Que el acta eclesiástica demuestra el bautismo, mas no el nacimiento ocurrido después de la vigencia de la Ley 92 de 1938, hecho jurídico que hoy solo puede acreditarse con el registro civil y no con partidas parroquiales.

Para rematar su impugnación la censura dice:

"El nacimiento, según la definición del artículo 90 del C. C. consiste en la realización completa del parto, y se prueba, según el artículo 105, Decreto 1260 de 1970, por medio de la copia o certificado del registro civil, como único medio idóneo. La ley exige una prueba única para el caso. El registro civil del nacimiento de Yolanda data apenas de agosto de 1973. Por consiguiente, solo tuvo consistencia legal entonces. Y de ahí a la demanda de impugnación no alcanzaron a transcurrir seis meses. Por eso, el haber considerado que el nacimiento o parto tuvo realidad legal desde 1942, dándole a la partida civil un efecto retroactivo respecto de terceros, envuelve un error de derecho en la valoración de tal documento público, con quebranto de los artículos 187 C. P. C., 105 y 107 del Decreto 1260 de 1970".

La Corte considera.

1. Confrontando el contenido de los cargos con las conclusiones de la sentencia recurrida, se observa inmediatamente que el censor no impugna la afirmación del Tribunal relativa a que la demandante María Avila viuda de Moralé, desde el mismo instante en que nació la demandada Yolanda Moralé Avila, empezó a desarrollar su propósito de hacerla figurar como hija legítima suya, concebida dentro de su matrimonio celebrado con Félix Moralé Smith. La demandante, desde entonces, se atribuyó la maternidad de Yolanda ante familiares y vecinos, actuando siempre como tal, y propuso que se hicieran las diligencias propias para que, el 6 de enero de 1948, se asentara el registro eclesiástico del nacimiento de Yolanda, nacimiento ocurrido el 20 de noviembre de 1942.

El censor, pues, acepta que la demandante, con la complicidad de su marido para crear ante el público la imagen de que Yolanda había nacido de su vientre, fingió o supuso el parto; y que luego, por un lapso ininterrumpido de tres décadas, la trató como a hija legítima suya, proveyendo a su educación y establecimiento de modo competente a su posición social, presentándola en ese carácter ante deudos y amigos y dándole los apellidos Moralé Avila, el primero que era el de su marido y el segundo que es el suyo propio, circunstancias todas éstas que indujeron al vecindario de su domicilio, en general, a reputar a Yolanda y a reconocerla siempre como hija legítima de los cónyuges Moralé Avila.

Tanto para el recurrente como para el fallador es verdad inconcusa que María Avila de Moralé, sin serlo, se atribuyó la maternidad respecto de Yolanda desde el nacimiento de ésta y que, por un lapso no menos de 38 años, actuó como si fuera la madre legítima suya. Para uno y otro, pues, la demandante María Avila es la madre supuesta de Yolanda.

2. Por el contrario, el censor combate vivamente la interpretación dada por el Tribunal al artículo 336 del C. Civil, pues, en su sentir, el término de 10 años que tiene la madre supuesta para impugnar su maternidad, no debe contarse desde el día del parto, sino desde cuando se haga el registro civil del nacimiento. Y en el segundo cargo ataca la sentencia por cuanto a pesar de que Yolanda nació después de entrar en vigor la Ley 92 de 1938, se dio por demostrado su alumbramiento con la confesión de la supuesta madre y con declaraciones de testigos, siendo que desde la vigencia del Decreto 1260 de 1970, artículo 105, solo puede demostrarse ese hecho con la copia del registro civil, el cual por haberse realizado apenas en el año de 1973, solo puede oponerse a la demandante de ahí en adelante.

3. La Corte considera que asiste razón al recurrente cuando afirma que el estado civil de las personas, constituido con posterioridad a la vi-

gencia del Decreto extraordinario 1260 de 1970, solo puede acreditarse con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos, y que, por regla general, ningún hecho o acto relativo al estado civil, que esté sujeto a registro, surtirá efecto respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción (artículos 105 y 107 del Decreto 1260). Mas ello en nada se opone a que hechos relativos al estado civil, aunque ocurridos con posterioridad al momento en que entró en observancia la citada Ley 92, si no se hizo oportunamente el registro, pueden ser probados ante el funcionario encargado de éste, con otros documentos y aun indirectamente con declaraciones de testigos, ya que el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970 que sustituyó al inciso 3º del artículo 105 precitado, dispuso:

"Y en caso de falta de dichas partidas o de los folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquella, procederá a las inscripciones que corresponda, abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos del estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil".

4. Pero dejando de lado lo expuesto, la Corte advierte que no puede compartir la inteligencia extensiva que el censor quiere dar a los artículos 105 y 9º atrás mencionados, pues es claro que cuando no se trata de aportar simplemente la prueba de un estado civil, concretamente del de hijo legítimo, sino de discutir ese estado, ya impugnando el existente para destruirlo, ora reclamando el que no se ha concedido para gozar de los derechos inherentes a él, entonces la demostración de los hechos constitutivos del respectivo estado o la de los que lo desvirtúen, se puede realizar por todos los otros medios apropiados para demostrar sucesos o hechos, entre los cuales se cuenta la prueba de testigos, que es precisamente la que tiene preponderancia, por ser la más común, cuando se trata de demostrar la posesión notoria del respectivo estado.

Sería absurdo, por ejemplo, que la ley impidiera probar por medios distintos a la copia del folio del registro civil los hechos constitutivos de la calidad de hijo legítimo a quien, precisamente, reclama en juicio ese estado, cuyos hechos constitutivos aún no constan en el registro civil, justamente porque son materia de controversia.

De la misma manera, quien enfrentándose al impugnador de su actual estado civil, necesita demostrar hechos que funden su defensa, tales como el período de tiempo transcurrido desde el parto, el trato que recibió de su progenitor, cómo lo reputaron los vecinos a virtud del tratamiento recibido de sus padres, etc., tiene cabal derechó a demostrar tales sucesos con los medios ordinarios de prueba idóneos para llevar al juez la certeza de lo alegado.

Y, por último, conviene precisar que una cosa es el estado civil de las personas, entendido como el sitio jurídico que ocupan en la familia y la sociedad, y otra cosa muy distinta la prueba del respectivo estado. Por tanto, es posible y ocurre frecuentemente, que se tenga un determinado estado civil y que, no obstante, se carezca de la prueba del mismo. Tal suceso se presenta cuando se han perdido o destruido las partidas o folios correspondientes o cuando aún no se han asentado. Así, el hijo que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres, tiene el estado civil de hijo legítimo desde el mismo instante de su alumbramiento, aunque tal suceso no se haya inscrito en el registro civil de nacimientos. Y del mismo modo, perfeccionado el casamiento civil o el canónico, los casados tienen el estado civil de tales, aunque aún no se haya hecho el registro civil del mismo en el libro de matrimonios.

5. En el caso de este litigio, Yolanda Moralé Avila, desde su nacimiento, ante familiares y extraños, en público y en privado, tanto por la demandante como por el marido de ésta, fue presentada y tratada cual si fuera hija legítima de ellos. Todas las apariencias externas creadas precisamente por la conducta observada por los supuestos padres, hacían creer a deudos y vecinos que María Avila de Moralé había dado a luz a Yolanda y como aquélla era mujer casada desde tiempo atrás, todos señalaban como padre de la recién nacida al marido de la mujer que se atribuía la maternidad, el cual, de otro lado, con actos positivos suyos expresamente reconocía a la hija como propia. Por ende, los supuestos padres, y no la hija, crearon la situación debatida. Los elementos constitutivos de esa posesión notoria del estado de hija legítima: *nomen, tractatus y fama* empezaron a integrarse por actos y hechos originados en la libre voluntad de los padres supuestos, desde el nacimiento de la demandada y, sin interrupción, se prolongaron en el tiempo por un lapso muy superior a 10 años. Sobre este aspecto, como antes se expresó, no existe desacuerdo, por lo cual, pasados los primeros 10 años de este estado de cosas, la aparente filiación legítima de Yolanda Moralé, relativamente a sus padres supuestos que voluntariamen-

te dieron lugar a ella, se hizo inexpugnable, pues la maternidad no puede ser impugnada por ellos cuando ha transcurrido más de ese lapso, contado a partir de la fecha del parto, según lo establece el artículo 336 del C. Civil.

Para los padres supuestos que impugnen la maternidad, el término de caducidad que el precepto (artículo 336 C. C.), antes mencionado, establece, debe contarse desde cuando se dijo ocurrido el falso alumbramiento, como expresamente lo dice esa disposición y no desde cuando se hizo el registro civil del nacimiento, porque desde aquel día, por actos propios de los padres supuestos, por maniobras ejecutadas por ellos libre y consientemente, se atribuyeron el ser los autores de la vida de quien realmente no es su hijo. Cuando la disputa sobre la maternidad se origina en un falso parto, cual sucede en la especie de este litigio, no es posible concebir que a la madre supuesta se le atribuya la maternidad a espaldas suyas. Sería exótico que se fingiera un parto sin el concurso de la mujer que lo finge. Por ello, el texto de la ley no deja la menor duda de que el término de caducidad contemplado en el artículo 336 citado, relativamente a la acción de impugnación de la maternidad que se concede a los supuestos padres para desconocer la legitimidad del hijo respecto de ellos, se cuenta desde la fecha del parto y no desde cuando se haga el registro civil del nacimiento.

Por lo expuesto, los cargos no prosperan.

A mérito de lo dicho, 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 12 de diciembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario que María Avila viuda de Moralé promoviera contra su hija Yolanda Moralé Avila.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

FILIACION NATURAL

Hijo natural de mujer casada; impugnación de legitimidad.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a desatar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de enero pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por el menor Jorge Arturo Mora frente a los herederos de Misael Hernández Parrado.

I

El litigio.

1. En demanda que fue admitida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 1972, el menor Jorge Arturo Mora, representado por su madre, citó a proceso ordinario a Carmen Baquero viuda de Hernández y a María Ulrica, Lucila, Oliva, Héctor, José, Marina, Leonor y Luis Hernández Baquero, la primera en su condición de cónyuge sobreviviente de Misael Hernández Parrado y los demás como herederos de éste en su calidad de hijos legítimos, para que se declarase que el demandante es hijo natural de Misael Hernández Parrado y que, por tanto, tiene derecho a heredarlo en concurrencia con sus citados hijos legítimos.

2. La causa para pedir se fundó en que, desde 1967 hasta el 29 de marzo de 1971, fecha de su fallecimiento, Misael Hernández sostuvo relaciones sexuales con Irene Mora "en forma estable, continua y notoria"; que de estas relaciones, el 20 de agosto de 1960, nació el demandante Jorge Arturo, a quien, desde su nacimiento y por más de cinco años continuos, dio posesión notoria del estado de hijo natural.

3. Al contestar la demanda, los demandados se opusieron a que se hiciera la declaración impetrada, alegando que, en virtud de que Irene Mora, la madre del demandante, se hallaba casada durante toda la época en que se presume haber ocurrido la concepción del menor Jorge Arturo, éste se presumía hijo legítimo de Marco Antonio Bentancourt o Passos, marido de aquélla.

4. La primera instancia del proceso concluyó con sentencia favorable a los intereses del demandante, fallo que, al desatarse el recurso de apelación que contra el mismo introdujeron los demandados, fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de sentencia calendada el 28 de enero pasado, por la cual se absolvió a la parte demandada. Contra esta decisión, el demandante interpuso el recurso extraordinario que ahora se decide.

II

La sentencia del Tribunal.

Sustancialmente fúndase en la siguiente consideración:

Si está plenamente demostrado que Irene Mora estaba casada con Marco Antonio Betancourt o Passos para cuando el demandante Jorge Arturo fue concebido, síguese que, dando aplicación a los artículos 213 y 214 del C. Civil, éste debe presumirse hijo legítimo y, por tanto, se reputa que su padre es Marco Antonio. Por ende, habiendo sido concebido el demandante por mujer casada, solo podría ser reconocido como natural, o declarado tal, en uno de los tres casos contemplados en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, ninguno de los cuales se da en el presente caso.

III

El recurso.

Cargo único se formula contra la demanda del Tribunal, montado en la causal primera y con

sistente en que, por errores de hecho en la apreciación de la prueba de testigos, y de derecho en la del acta civil del matrimonio de Irene Mora, el Tribunal "violó indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 66 del C. Civil y el numeral 1º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 y, por aplicación indebida, el artículo 213 del C. Civil y los numerales 2 y 3 del artículo 3º de la citada Ley 75 de 1968".

Desenvolviendo el ataque, el censor expresa que de las declaraciones de Isabel Páez viuda de Galindo, José Miguel Otálora, Nelson Gutiérrez, María Inés Ramírez de Pérez, María del Carmen Díaz e Irene Mora, brota la prueba de que, a partir de 1957 y hasta la muerte de Misael Hernández Parra, éste hizo vida marital con Irene Mora bajo un mismo techo y de manera pública y notoria, y que de este trato sexual nació el demandante. Arguye el impugnador que con la prueba testifical apuntada se acredita la filiación natural de Jorgé Arturo, con lo cual queda destruida la presunción de legitimidad del artículo 213 del C. Civil.

Resumiendo el cargo por error de hecho, la censura dice: "Estas versiones no controvertidas ni infirmadas por medio alguno y en las que se establece la filiación natural de Jorge Arturo, destruyen la presunción del artículo 213 del C. C., pero como el Tribunal las pasó por alto, llegó a la conclusión equivocada de la sentencia que se impugna, en la que debido al error de hecho a que se refiere este cargo, lo condujo a dar indebida aplicación al artículo 213 del C. Civil y a los numerales 2º y 3º de la Ley 75 de 1968, y a dejar de aplicar el numeral 1º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 y el artículo 55 del C. Civil que permite probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, pues al establecer, mediante la prueba que el Tribunal no vio, que el marido de Irene Mora no es el progenitor del hijo concebido por su mujer, queda desvirtuada la presunción de legitimidad y establecido legalmente el hecho de la paternidad natural de Jorge Arturo".

En cuanto al error de derecho la censura expresa que él ocurrió porque, a pesar de que la parte demandada no pidió en oportunidad la copia del acta civil del matrimonio que celebrara Marco Antonio Betancourt con Irene Mora, en el alegato de segunda instancia, al sustentar el recurso, pidió que el Tribunal decretara de oficio esa prueba, por lo cual, cuando el *ad quem* ordenó que ella se adujera, "ya no fue prueba de oficio sino una prueba que se decretó a petición de parte, lo que legalmente no podía hacer el Tribunal", porque "la facultad del fallador para decretar pruebas de oficio tiene por objeto el que el funcionario pueda dirimir dudas o puntos oscuros". Que, entonces, se cometió error de derecho "al fundar la decisión en pruebas irregularmente allegadas al proceso", con violación de los artículos 179 y 180 del C. de P. Civil.

IV

Consideraciones de la Corte.

1. Como en la demanda introductoria del proceso se pidió la declaración de que Misael Hernández es el padre natural de Jorge Arturo Mora, con fundamento en que éste fue concebido en las relaciones sexuales que aquél sostuvo con Irene Mora y en que el demandante tiene a su favor posesión notoria del estado de hijo natural, y como el Tribunal absolvió a los demandados, síguese indiscutiblemente que el fallador dejó de aplicar el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 que es la norma que señala las únicas presunciones de paternidad natural.

Pues bien, ni esta norma, ni la del artículo 1º de la Ley 45 de 1936 que establece quiénes son hijos naturales, ni la del artículo 18 siguiente que da derecho a estos hijos para heredar a sus padres en concurrencia con los hijos legítimos, fueron señaladas como infringidas por la censura.

De consiguiente, si el impugnador, desde luego que no atacó la sentencia en el punto expresado antes, se conformó con la inaplicación de esas normas, la decisión del Tribunal, negatoria de la paternidad natural, se hace intangible para la Corte, comoquiera que el campo de su intervención está demarcado por los límites que le traza la demanda de casación.

La impugnación, pues, por el aspecto dicho, no podrá prosperar.

2. Mas dejando a un lado este defecto, se observa:

Antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 no era posible concebir jurídicamente un hijo natural *de mujer casada, por la razón paladina de que para tener esta calidad se exigía que quienes habían tenido el hijo fuera de matrimonio, "pudieran casarse entre sí al tiempo de la concepción". Y es evidente, entonces, que si a la sazón la mujer era casada, no podía contraer simultáneamente otras nupcias con el cómplice de su infidelidad. El hijo de mujer casada, pues, aunque se impugnara victoriosamente su legitimidad, no podía ser nunca hijo natural, pues siendo adulterino quedaba clasificado en el género de los llamados de dañado y punible ayuntamiento, categoría que excluía a los naturales.*

Fluye de lo anterior que hasta la vigencia de la citada Ley 45, el hijo de mujer casada no podía ser hijo natural en ningún caso, pues como lo declaraba el artículo 54 de la Ley 153 de 1887, sólo podían ser reconocidos como tales los que no provinieron de dañado y punible ayuntamiento.

3. Mas como la citada Ley 45 cambió la estructura anterior relativa a los hijos naturales y, en su artículo 1º estableció que tienen calidad de tales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando han sido reconocidos o declarados tales, a partir de su vigencia las mujeres y los hombres casados pudieron tener hijos naturales, pues, desde entonces, para tener esa calidad no se requería que los padres, al tiempo de la concepción, pudieran casarse entre sí, sino simplemente que no estuvieran casados el uno con el otro.

Como era indispensable, empero, proteger la intimidad y el sosiego de los hogares formados bajo la tutela del matrimonio, previniéndolos contra los ataques malintencionados y alejándolos de todo escándalo, el legislador de 1936, en el inciso 1º del artículo 3º de la Ley 45, estableció:

"El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo".

Y para tutelar mejor ese principio, en su segundo inciso, de manera tajante preceptuó:

"Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior".

Seguramente, por cuanto con antelación a la Ley 45 al hijo de mujer casada en ningún caso podía considerarse como natural, la legislación derogada no conoció disposición semejante a esta del artículo 3º transcrito.

La doctrina jurisprudencial de la Corte, no obstante la precisión del texto antes transcrito, apoyándose en que el artículo 20 de la Ley 57 de 1887 expresamente declaró que no es hijo del marido el concebido por la mujer casada durante el estado de divorcio o de separación legal, sostuvo que, en estos dos eventos, el hijo concebido por la mujer casada también podía ser reconocido como natural, sin que el marido de la madre tuviera que adelantar, previamente y de manera victoriosa, el proceso de impugnación de la legitimidad presunta, por la razón palmaria de que en los eventos contemplados en ese artículo 20 no operan las presunciones de legitimidad y de paternidad legítima de los artículos 213 y 214 del C. Civil. Cuando se dan los supuestos de aquella norma, la presunción es la contraria: la de que el padre del hijo dado a luz por la mujer casada no es el marido de ésta.

4. Esta situación legal imperó hasta cuando entró en vigor la Ley 75 de 1968 que, acogiendo en norma positiva lo que ya era doctrina de la Corte y regulando clara situación de hecho que no había sido contemplada por el legislador, modificó profundamente el sistema anterior, al disponer en su artículo 3º:

"El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

"1º Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

"2º Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título 10 del Libro 1º del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del Defensor de Menores, si fuere menor.

"3º Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

"El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el Juez de Menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos, si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el Juez Civil competente, por la vía ordinaria.

"Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo".

Despréndese de lo anterior que desde la vigencia del Código Civil y hasta el momento en que entró a regir la Ley 75 de 1968, era absoluto el principio sentado en el artículo 216 del C. Civil:

"Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo".

La ley erigía al hombre casado como árbitro supremo de su paternidad legítima presunta; nadie, contra su voluntad, podía poner en duda que él fuese el progenitor de los hijos que diera a luz su mujer. Y sólo él podía impugnar esa paternidad. Con ese fundamento pudo decir la Corte: "Si el padre reconoce como suyo al hijo nacido durante el matrimonio, nadie puede sostener lo contrario; él es juez soberano en este asunto". (G. J. XXVI, *236).*

"Sería inconcebible —dicen los hermanos Mazeaud— que alguien que no fuera el marido pudiera ser juez en la legitimidad del hijo; no pertenece sino al marido decidir si conviene o no, en interés de la familia misma, no revelar que el hijo nacido de su mujer es el fruto de un adulterio... Sea cual sea el interés que se una a la manifestación de la verdad y a la exactitud del estado civil, ese interés debe ceder ante el de la familia y el hijo, interés que debe poder determinar soberanamente el marido". (Derecho Civil, parte I, *volumen* III, *página 332).*

Hasta la vigencia, pues, de la apuntada Ley 75, mientras viviera el marido, nadie, ni el hijo mismo, ni siquiera la madre podían reclamar contra la legitimidad presunta que abriga a todo hijo de mujer casada que fue concebido durante el matrimonio. Para la ley, sólo el marido tenía interés jurídico para discutir esa presunta legitimidad, presunción que, por cuanto solamente podía ser impugnada por el marido, era relativamente a éste una presunción simplemente legal, que admitía prueba en contrario, pero que, en relación con toda otra persona, incluyendo entre éstas al hijo mismo, a su madre, y a los demás parientes de los progenitores, era en el fondo una verdadera presunción irrefragable, desde luego que para toda otra persona distinta al marido, la presunción de legitimidad se imponía plenamente por cuanto no podía impugnarla.

Tal estado de cosas varió a partir de la vigencia de la Ley 75, pues, desde entonces, la acción de impugnación de su legitimidad se concedió también al hijo, mas solo en el caso de que su nacimiento hubiera tenido lugar "después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal", como expresamente lo dice en su aparte 5º el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, antes transcrito.

Hoy, pues, la acción de reclamación contra la legitimidad presunta del hijo concebido por mujer casada no es exclusiva del marido. El hijo, en el evento a que antes se hizo referencia, puede también ejercerla. Pero como tanto el padre legítimo presunto como a la madre casada los afecta directamente la decisión que se tome en proceso en que se discute la legitimidad del hijo, el legislador de 1975, al conceder al hijo la acción dicha, expresamente dispuso que deben ser citados al debate el padre legítimo y la madre, o sus herederos, si alguno hubiere fallecido ya.

Ahora bien, mientras el hijo no triunfe en el litigio en que a su solicitud se discuta su legitimidad o mientras no pruebe estar situado en una de las tres posiciones a que aluden los numerales del artículo 3º de la Ley 75, es claro que no puede adelantar el proceso de investigación de paternidad natural, desde luego que, en tanto, sigue amparado con la presunción de legitimidad que impide hacer el reconocimiento respectivo o, en su caso, la declaración judicial de paternidad natural. No sobra precisar que el hijo puede, en un mismo proceso, acumular las pretensiones de impugnación de su legitimidad y de investigación de su paternidad natural.

Sobre este último tema, la Corte, en sentencia de 19 de junio de este año, no publicada aún (proceso de Angela Jiménez contra Aldemar López), dijo:

"Antes de la vigencia de la 'Ley Cecilia', la presunción de paternidad legítima impuesta por la ley al marido, relativamente a los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, a pesar de ser presunción simplemente legal, solo podía ser impugnada por él mientras viviera (artículo 216 del C. Civil), pues como lo había declarado la Corte el marido era el juez soberano en ese asunto.

"Tal situación fue modificada por la Ley 75 de 1968 que, en la primera parte del inciso segundo del numeral 3º de su tercer artículo dispuso:

" 'El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal.

"Expresamente dice la norma citada que ejercitándose por el hijo este derecho debe hacerlo 'con audiencia del marido y de la madre, o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos'.

"Brota del texto legal transcrito que hoy, pues, son ya dos las personas que, viviendo el marido, pueden reclamar contra la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio, a saber: el hijo mismo y el marido. Cuando es el primero el que ejercita la acción de impugnación, para que pueda decidirse sobre la relación sustancial nacida de dicha presunción de le-

gitimidad, expresamente la ley exige que al proceso sean citados la madre y el marido de ésta; y si uno de ellos ha fallecido, deben ser citados sus respectivos herederos.

"¿Pero requiere el presunto hijo legítimo triunfar previamente en la apuntada acción de reclamación para que pueda promover la de investigación de su paternidad natural? Yerran quienes así lo creen, porque el citado artículo 3º, en la parte final del inciso 2º, numeral 3º, tácita, pero nítidamente, permite acumular las dos pretensiones en una misma demanda, sin que, por ende, sea menester adelantar por separado y previamente el proceso de impugnación, para luego, si se sale victorioso en éste, se proceda a intentar el de investigación de la paternidad natural. La norma impera que los jueces civiles y no los de menores conocen de la acción de impugnación cuando a esta pretensión se acumula la de paternidad natural.

"No existe, pues, indebida acumulación de pretensiones cuando en una misma demanda se solicita la declaración de que determinado hijo concebido por mujer casada no tiene por padre al marido de ésta y que, a la vez, se falle que es hijo natural de la persona a quien se señala como tal".

De lo expuesto conclúyese que, aun frente a la legislación que ahora rige en el punto, no es posible que el hijo nacido de mujer casada adelante proceso de investigación de su paternidad natural sin que, ya previamente, ora en forma simultánea, impugne, con citación de su madre y del marido de ésta, su legitimidad presunta, o sin que demuestre estar en uno de los tres casos enumerados por el artículo 3º de la Ley 75 apuntado como situaciones en las que se permite el reconocimiento como natural del hijo dado a luz por mujer casada. Ni el padre natural puede hacer el reconocimiento si no se ofrecen los supuestos de hecho requeridos para cuando el reconocimiento recae en un hijo que estaba cobijado por la presunción de legitimidad del artículo 213 del C. Civil, ni el juez puede declarar la paternidad sino en los mismos supuestos.

No pudiendo, pues, el hijo de mujer casada adelantar la investigación de paternidad natural mientras no impugne victoriosamente, en forma simultánea o previa, su legitimidad presunta, síguese que el Tribunal *ad quem* no quebrantó las normas señaladas en el primer cargo. Y tampoco cometió el error de derecho que se le endilga, por cuanto las pruebas de oficio no son únicamente las que no fueron solicitadas por las partes, sino las que los jueces decretan *motu proprio*, así hubieran sido pedidas extemporáneamente por aquéllas.

A mérito de lo expuesto y como los cargos no prosperan, 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 28 de enero pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por el menor Jorge Arturo Mora, frente a los herederos de Misael Hernández Parrado.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



INEXISTENCIA (de cesión de derechos sociales por pretermisión de formalidades).

Normas sustanciales: no lo son los artículos 63, 740, 745, 746, 1494, 1495, 1524, 1608, 1613, 1614, 1730, 1849, 1893 y 1915 del Código Civil.—Error in judicando cuando ocurre.—Pruebas: el Tribunal es autónomo en su apreciación.—Interés para recurrir en casación.—Representación, sus efectos.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por el demandante y por el demandado Max Zangen contra la sentencia de 31 de julio de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Tito Heraldo Bernal Morales frente a Max Zangen y otros.

I

Antecedentes.

1. Mediante escritura pública número 933 de 10 de junio de 1968, otorgada en la Notaría Séptima de Medellín y debidamente inscrita, Max Zangen Munzberg y Harold Zangen Janet constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada que denominaron "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (FIELTROSA)", con un capital social de $ 500.000.00, que fue aportado así: por el primero de los dos socios citados, $ 495.000.00, y por el segundo $ 5.000.00.

En la escritura de constitución estipularon los contratantes que la sociedad tendría una duración de 50 años; que su domicilio principal estaría en la ciudad de Medellín, y que su gerente sería Max Zangen, con la suplencia del otro socio, pero que "debido a sus ausencias de la ciudad delegan en el señor Alvaro Isaza Gaviria algunas de sus facultades y atribuciones".

2. Por escritura pública número 3204 de 28 de agosto de 1968, pasada ante el Notario Segundo de la misma ciudad y debidamente inscrita, la entidad "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada", representada en ese acto por su gerente Max Zangen e Iván Botero Giraldo constituyeron la sociedad denominada "Industrias Ibo Limitada", a la que, por reforma hecha posteriormente mediante escritura número 3706 de 17 de noviembre del año siguiente, otorgada en la Notaría Cuarta de dicha ciudad, ingresaron como socios además Saúl, Saldarriaga y Alvaro Isaza Gaviria.

Según lo expresaron los otorgantes en las citadas escrituras, la sociedad así constituida tendría su domicilio en Medellín; su objeto social sería principalmente "toda clase de operaciones o negocios en la industria metal-mecánica"; su capital se acordó en la suma de $ 200.000.00, el que se dijo haber sido aportado así: por Iván Botero, $ 40.000.00; por Fábrica de Sombreros de Fieltro "Fieltrosa", $ 80.000.00; por Saúl Saldarriaga, $ 60.000.00, y por Isaza Gaviria, $ 20.000.00. Y allí mismo designaron, como gerente de la compañía a John Saldarriaga, y como subgerente, al socio Alvaro Isaza.

3. El 31 de agosto de 1970, por petición de Iván Botero Giraldo, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín practicó extraprocesalmente una inspección judicial a la Notaría Segunda de la misma ciudad, diligencia en la cual comprobó la existencia en esta oficina de un proyecto de escritura, suscrita por los comparecientes, pero sin fecha y sin la firma del notario, documento en el que se plasmaron las siguientes estipulaciones que son relevantes en la presente controversia:

a) Iván Botero G., Saúl Salcarriaga, Alvaro Isaza y la entidad "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)", representada ésta por su gerente Max Zangen, expresaron que

"son en la actualidad los únicos socios de 'Industrias Ibo Limitada'..."; y que en tal carácter "consienten en que algunos de los socios cedan su interés social en la compañía al compareciente Tito Heraldo Bernal Morales; y el ingreso de éste, como nuevo socio de la compañía";

b) amparados en dicha autorización, los socios "Fábrica de Sombreros de Fieltro (Fieltrosa)", Saúl Saldarriaga y Alvaro Isaza G., manifestaron ceder "a título de venta al señor Tito Heraldo Bernal Morales, las 1.600 acciones o partes de interés social que poseen en la sociedad 'Industrias Ibo Limitada', en la proporción de 800, 600 y 200 acciones, respectivamente";

c) acordaron los contratantes como precio de los derechos cedidos la suma de $ 160.000.00, la que los cedentes declararon "tener recibida de contado, en dinero efectivo y a su entera satisfacción de manos del cesionario, en la proporción que les corresponde a cada uno de ellos";

d) declararon los enajenantes que, como consecuencia de la cesión de sus derechos en la sociedad "Industrias Ibo Limitada", "quedan retirados de ésta y a paz y salvo para con ella y con los socios, recíprocamente, por todas las relaciones derivadas del contrato social que tenían celebrado, y de sus obligaciones contractuales y subrogados en sus derechos y obligaciones por el cesionario"; y

e) después de que todos los comparecientes manifestaron aceptar "la cesión de las acciones o partes de interés social efectuada por algunos socios" a favor de Bernal Morales, y el ingreso de éste como "nuevo socio de Industrias Ibo Limitada", en ese mismo documento el citado cesionario e Iván Botero G., expresaron que "en su carácter de únicos socios" de la citada compañía, procedían a modificar sus estatutos.

Al efecto, mediante la cláusula octava de dicho documento dijeron que el capital social de ella "continuará siendo" de $ 200.000.00, dividido en 2.000 acciones de un valor nominal de $ 100.00, "pagado y aportado por los socios, en dinero efectivo, así: por el socio Iván Botero G., cuatrocientas (400) acciones o partes de interés social de un valor nominal de cien pesos ($ 100.00) cada una, $ 40.000; y por el socio Tito Heraldo Bernal Morales, mil seiscientas (1.600) acciones o partes de interés social de un valor nominal de cien pesos ($ 100.00) cada una, $ 160.000.00".

II

El litigio.

1. Así las cosas, mediante escrito de 28 de enero de 1971, reformado por el de 28 del mismo mes del año siguiente, el citado Tito Heraldo Bernal Morales demandó ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín a Max Zangen en su nombre y como representante legal de la entidad "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)", a Saúl Saldarriaga, Alvaro Isaza G., Iván Botero Giraldo y a "Industrias Ibo Limitada", representada esta sociedad por John Saldarriaga, a efecto de que la justicia hiciese los siguientes o similares pronunciamientos y condenas:

a) que se declare "la inexistencia o nulidad absoluta de la compraventa de derechos y acciones sociales y cesión de activos y pasivos de la sociedad *Industrias Ibo Limitada,* en la que fueron cedentes o vendedores "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)", Alvaro Isaza Gaviria, Saúl Saldarriaga Flórez e Iván Botero-Giraldo y cesionario o comprador Tito Heraldo Bernal Morales, "operación cristalizada ante la Notaría Segunda de Medellín el 11 de marzo de 1970 y contenida en acta que presenté en copia expedida por el señor Juez Octavo del Circuito de Medellín";

b) que se declare "la inexistencia o nulidad absoluta de las obligaciones del actor surgidas de esa negociación y la oponibilidad legal de mi poderdante a cualquier acción de los demandados con base en ese origen", y especialmente: 1º De "los instrumentos negociables firmados por Tito H. Bernal Morales a favor de la Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada, en la misma Notaría"; 2º De "las obligaciones que los reemplazaron obtenidas por el demandado Max Zangen, tanto de Tito Bernal Morales como de Blanca Dulcey de Bernal Morales, a favor de él personalmente como de Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada"; que constan en las letras de $ 10.000.00 cada una, con vencimiento el 1º de cada uno de los meses de septiembre, octubre y diciembre de 1970, y de $ 20.000.00 las que debían pagarse el 1º de los meses comprendidos entre diciembre de 1970 y febrero de 1972, por la suma total de $ 330.000.00, debiéndose declarar "que tales instrumentos carecen de valor y efecto legal" y deben regresar "a los girados o aceptantes de los mismos"; y 3º De "una letra de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) en poder de Alvaro Isaza Gaviria, firmada por Tito H. Bernal Morales e Iván Botero Giraldo a cargo de Industrias Ibo Limitada y a favor de Fieltrosa";

c) en subsidio de las anteriores, solicitó el demandante la declaración de que las obligaciones a su cargo "por razón de la negociación sobre activos y pasivos de *Industrias Ibo Limitada*

que configuren venta pura y simple de bienes o cesión de acreencias u obligaciones o cualquier contrato concomitante o posterior a la negociación inicial, son nulos y deben rescindirse'';

d) como subsidiaria de la anterior súplica, pidió el demandante que se declare que ''en la parte que subsistan legalmente los actos demandados, deben reducirse las obligaciones suyas al valor económico, contemporáneo a la negociación, de lo que pueda recibir saneado de los demandados como resultas de este proceso'';

e) que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene solidariamente a sus demandados a pagar al demandante los perjuicios morales y materiales por él sufridos ''con ocasión y como secuela de los hechos de aquéllos en los eventos propiciados por los mismos, y por acciones judiciales propuestas por éstos o por sus cesionarios en persecución de obligaciones del actor debatidas en el presente negocio'';

f) que igualmente se condene a los demandados a reembolsar al demandante ''las sumas de dinero que haya pagado a los mismos y a terceros por razón de los actos viciados o de los hechos de aquéllos, según el monto de lo que se acredite en el juicio y devolver los bienes y el dinero que hubieren recibido en pago de esas negociaciones''; así como los gastos, costos e inversiones efectuados por él desde el 11 de marzo de 1970, ya judicial o extrajudicialmente, ''con origen en la negociación descrita''; y, además, ''los pagos a terceros hechos por el actor por cuenta de Industrias Ibo Limitada menos lo recibido de deudores de la misma sociedad''; y

g) finalmente, que se declare ''que los activos de Industrias Ibo Limitada en la parte que no estén sometidos a las contingencias de otros procesos o se liberen de ellos, están sujetos a retención por parte del actor mientras no se paguen las condenas del presente proceso''.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, como constitutivos de la *causa petendi* invocó el demandante los siguientes que la Corte sintetiza así:

a) el 14 de febrero de 1970 Bernal Morales, quien entonces estaba en Bogotá, recibió un llamado telefónico que desde Cali le hizo Ernesto Velásquez para informarlo que en Medellín estaban vendiendo una compañía ''de herrajes'', de la cual era socio Iván Botero, persona de la que le expresó el informante que por sus conocimientos técnicos y experiencia en la materia era la que había logrado el éxito de la empresa que estaba en proyecto de venta; le aconsejó, entonces, que comprara esa compañía, porque dicha adquisición le serviría a Bernal para mejorar la calidad de los productos de la suya en Bogotá;

b) comentó el demandante el anterior informe con Gilberto Martínez quien, luego de ponderarle las grandes capacidades industriales y personales de Iván Botero, opinó que la compra de la empresa ''Industria Ibo Limitada'', por parte de Bernal Morales sería magnífico negocio para éste; que si se unía con el citado Botero ''harían algún negocio y podrían salir adelante'';

c) previas conversaciones habidas entre Botero y Velásquez, en la tercera semana de febrero de dicho año ellos presentaron juntos en la oficina de Bernal en Bogotá, en donde el primero le manifestó a éste, aludiendo a la compañía ''Industrias Ibo Limitada'' de Medellín, ''que tenía unos socios que no le servían, pero que si lograba hacer una compañía con el demandante, podría surgir y ganar mucho dinero y él (Botero), ayudar a éste (Bernal) en la parte técnica de la empresa que el último tenía en Bogotá'';

d) halagado por dicha perspectiva y con el propósito de comprar la compañía de Medellín, el demandante viajó a dicha ciudad el 25 de febrero del mismo año, acompañado por su cónyuge Blanca Dulcey de Bernal y por su técnico en Bogotá, Carlos Dulcey, quienes, luego de haber sido consultados por el primero sobre el negocio, concordemente le expresaron su opinión adversa a él;

e) Botero y Velásquez continuaron insinuándole a Bernal la conveniencia de realizar la negociación, prometiéndole el primero que si se unían en esa sociedad él pondría al servicio de la empresa todos sus conocimientos técnicos y su experiencia, trabajando de día y de noche si fuere necesario para sacarla adelante, y que Bernal podía enviar de Bogotá una persona de toda su confianza para fiscalizar las actividades de la compañía;

f) no obstante las reiteradas opiniones adversas que a la proyectada negociación le dieron sus amigos y familiares, Bernal Morales continuó en su propósito de realizarla y al efecto volvió a viajar a Medellín el 3 de marzo siguiente, fecha en la que conoció a Alvaro Isaza y Saúl Saldarriaga quienes le manifestaron que, además de ellos y de Botero, también era socio de ''Industrias Ibo Limitada'' Max Zangen ''con quien podría llegar a un acuerdo''; habiéndoles expresado el presunto comprador que en el supuesto de negociar podría pagar el precio ''en parte con un carro y una casa'', ubicada en Bogotá;

g) luego de muchas conversaciones telefónicas, Zangen se presentó en la casa de Bernal en Bogotá en donde aquél le manifestó a éste, refi-

riéndose a la citada compañía "Ibo Limitada", que el capital de dicha sociedad correspondía a él en un 40%, a John Saldarriga, el 30%, a Alvaro Isaza el 10% y a Iván Botero el 20%; "pero que como todos ellos lo estimaban mucho a él los ponía de acuerdo para hacer cualquier negocio"; y que en caso de realizarlo, el comprador debía poner un representante suyo de toda su confianza "porque Iván Botero no sabía manejar dinero y pensaba que la plata se encontraba tirada en las calles";

h) sugestionado, pues, por las repetidas insinuaciones de sus oferentes, el demandante viajó nuevamente a Medellín el 7 del mismo mes de marzo, acompañado entonces por el industrial bogotano Guillermo Valencia Gómez y por su contador Julio Piñeros, quienes también le aconsejaron que no debía realizar la operación proyectada. No obstante la opinión adversa de sus asesores, en esa fecha Bernal se reunió en la citada ciudad con Zangen, Saldarriaga e Isaza en donde el primero, expresando estar autorizado por todos los socios, le manifestó que el precio de la venta de la empresa era de $ 600.000.00; que las deudas sociales podrían valer entonces de $ 150.000.00 a $ 200.000.00; y que sus plazos de exigibilidad podrían prorrogarse fácilmente. El presunto comprador les ofreció la suma de $ 560.000.00;

i) a pesar de haberle prometido a su esposa que no haría el negocio, Bernal Morales viajó nuevamente a Medellín el 11 de marzo de ese mismo año, en donde fue recibido por Iván Botero, quien inmediatamente lo condujo a la oficina del abogado doctor Congote; éste, en presencia de Zangen y de Isaza, le leyó la minuta del proyectado negocio. Por cuanto en ella se estipulaba que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del comprador, además de la responsabilidad de éste, se comprometía la de su fábrica de Bogotá y la de su esposa Dulcey de Bernal, Bernal Morales no aceptó dichas cláusulas; entonces Zangen ordenó al abogado que elaborara "nueva minuta", lo que éste efectivamente hizo, haciendo figurar en ella como precio del negocio la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) y quedando Iván Botero como socio con un aporte de $ 40.000.00, suma ésta que pagaría "con las futuras utilidades de la empresa"; pero que el precio real era de $ 600.000.00 pagaderos en la siguiente forma: "$ 30.000.00 con un cheque al día; $ 30.000.00 con un cheque para el 1º de abril de 1970; un carro Nissan, modelo 61, por valor de $ 70.000.00; $ 10.000.00 más para arreglar después y 11 letras cada una por $ 40.000.00, con vencimiento al 30 de abril de 1970 al 28 de febrero de 1971; y por último una letra por valor de $ 20.000.00 el 30 de marzo de 1971";

j) aceptadas que fueron las nuevas cláusulas, inmediatamente salieron para las oficinas de la Notaría Segunda de Medellín Bernal, Zangen, Isaza y Botero desde donde llamaron a los socios Saldarriga para que firmaran la escritura y las letras, lo que efectivamente hicieron, "quedando comprometido cada uno a presentar el paz y salvo" como requisito para perfeccionar el documento de enajenación;

k) inmediatamente después de haber abandonado las oficinas de la Notaría, dice el demandante, que fue advertido por el socio Botero para que procediera a "arreglar el primer problema", consistente en un embargo que entonces pesaba sobre parte de la maquinaria de la empresa por ejecución que contra ella seguía Alberto Jiménez Giraldo, a quien por tanto debió pagarle ese mismo día la suma de $ 8.924.72 para que suspendiera el proceso ejecutivo que adelantaba;

l) sin tomar razón de lo que existía en la fábrica por él comprada, ni menos haber hecho inventario de sus bienes, Bernal Morales regresó a Bogotá en donde el 25 de ese mes entregó a Zangen el carro ofrecido como parte del precio; en ese mismo mes, por intermedio de su contador Julio Piñeros, envió a Medellín su certificado de paz y salvo fiscal pero en la Notaría de allí no se lo aceptaron, "porque los otros señores no habían presentado el suyo";

ll) Bernal Morales inició entonces desde Bogotá la gestión de las actividades necesarias para impulsar el negocio de Medellín, enviando dineros para acrecer las cuentas de "Industrias Ibo Limitada", en los bancos de dicha ciudad, "pero sus representantes no podían organizar la empresa por todos los vicios de ésta anteriores a la negociación";

m) en abril de 1970, ante el cobro tenaz de Max Zangen, Morales se vio obligado a endosar a aquél cheques de terceros por la suma de $ 132.450.00, "con los que pagó arriendo del 15 de marzo al 30 de junio, diez mil pesos ($ 10.000.00) de la negociación, las letras de junio y julio por $ 40.000.00 cada una e intereses del 15 de marzo al 30 de junio de 1970";

n) a principios del mes de mayo de ese mismo año, cuando el comprador viajó en compañía de su cónyuge a Medellín con el fin de enterarse de la marcha del negocio, se encontró con "la sorpresa de que la planta de Terminados estaba completamente dañada y don Iván Botero ausente de ella; entretanto él cumplía a todos los

acreedores de Industrias Ibo Limitada", cuando la cartera de esta compañía era "completamente incobrable; en última instancia solo logró recuperarse un 30%";

ñ) a efecto de que el Notario firmara la escritura, Tito Heraldo requirió insistentemente a Alvaro Isaza para que presentaran los paz y salvo de renta; sus peticiones fueron, sin embargo, infructuosas porque el requerido le manifestó que para obtener los correspondientes certificados debía previamente pagar los impuestos debidos por él, y que esto solo estaría en capacidad de hacer cuando Bernal "le pagara la letra que acababa de vencer el 30 de abril";

o) el 22 de mayo de ese mismo año, por la detención carcelaria del socio Botero, el negocio de Medellín se hizo incontrolable; entonces Bernal Morales comunicó a Zangen, Isaza y Saldarriaga su propósito de trasladar la fábrica de dicha ciudad a la de Bogotá, y contando a la postre con el consentimiento de ellos realizó el traslado el 3 de junio siguiente, instalando sus equipos en un local de la carrera 7ª con la calle 2ª de esta última ciudad, que consiguió al efecto, luego de liquidar el personal de Medellín, al que no se le había pagado ninguna prestación;

p) Ya instalada la fábrica en Bogotá, los tres vendedores, con amenazas de diferente orden, coaccionaron al comprador para que cambiara los documentos de crédito inicialmente entregados por él a aquéllos, por otros en que quedara "comprometida su esposa Blanca Dulcey de Bernal", lo que evidentemente se vieron obligados a hacer y, sin embargo, Zangen le retiene una letra por $ 40.000.00, vencida desde el mes de mayo de ese año; un cheque de $ 30.000.00, pagado mediante giro a su endosatario Minicio Reyes Lorza; y finalmente otra letra de $ 10.000.00, vencida el 1º de septiembre y pagada por Bernal Morales;

q) a pesar de todo lo anterior, por concepto de la proyectada compra éste ha tenido que pagar a sus demandados intereses usurarios, así: a John Saldarriaga $ 4.889.59; a Zangen $ 22.450, y a Isaza $ 3.600.00;

r) como secuela de todo lo anterior, dice el demandante que él ha sufrido los perjuicios consiguientes a una denuncia penal temeraria, a amenazas de acciones penales y civiles durante más de seis meses, al desequilibrio de su fábrica de Bogotá que llegó a una iliquidez total, y como consecuencia "y sobro todo a la aparición y cura, por retiro de sus actividades habituales, de una enfermedad cardíaca";

s) Afirma el demandante que solo a partir del 21 de julio de 1971, cuando obtuvo la asesoría legal de su apoderado, conoció la real situación jurídica del negocio realizado, la que concreta así:

"El demandante no era representante legal de Industrias Ibo Limitada y todos los actos que se habían realizado confiando en el traslado de cuentas bancarias y en autorización de disponer los habían hecho realizar los demandados con error", pues lo hicieron sin cumplir requisitos legales y las pertinentes disposiciones bancarias; le "vendieron un negocio supraquebrado, ocultando la verdadera situación que era inenarrable"; le hicieron "firmar la deuda a cargo de Industrias Ibo Limitada, sin haber cedido legalmente las acciones de las mismas"; el demandante tuvo que soportar "las contingencias y los gastos causados por un proceso penal instaurado contra él por Iván Botero"; y los demandados, "con excepción de Iván Botero, resolvieron vender las maquinarias y el equipo de Industrias Ibo Limitada, sin que hasta la fecha hayan accedido a cumplir esto por un precio razonable que no puede pasar de *doscientos mil pesos*";

t) asevera además el demandante que él tuvo que pagar a los demandados la suma de $ 600.000, "excluido en este pago más de *doscientos treinta mil pesos* ($ 230.000.00) de las obligaciones contra Industrias Ibo Limitada"; que en total le salió el negocio por más de $ 800.000.00, y

u) finalmente, asevera el demandante que el contrato no pudo perfeccionarse con el otorgamiento de la escritura pública debida, solamente porque los demandados no presentaron sus correspondientes certificados de paz y salvo por concepto de impuesto de renta y patrimonio; Iván Botero no tenía paz y salvo ni podía obtenerlo; "Industrias Ibo", Saúl Saldarriaga y "Fábrica de Sombreros de Fieltro" estaban en las mismas condiciones que el anterior, y finalmente "Alvaro Isaza tenía paz y salvo precario".

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda todos los demandados se opusieron a las súplicas deducidas en ella, aunque Isaza, Industrias Ibo Limitada y Botero lo hicieron por conducto del curador *ad litem* que en el proceso se les designó.

Además de negar los hechos en que básicamente el demandante apoyó sus pretensiones, el demandado Saúl Saldarriaga desconoció la validez a los documentos que adujo aquél; afirmó que "se celebró un contrato válidamente con varias personas, libres y capaces, para la cesión de un interés social en una compañía, se hizo la minuta correspondiente, se llevó ante el señor notario, y la negociación quedó suspendida por cuan-

to el señor Tito Heraldo Bernal no acompañó el certificado de paz y salvo''; y, finalmente, propuso las excepciones que denominó carencia de acción, inexistencia de la obligación, petición antes de tiempo o de modo indebido, acumulación indebida de pretensiones, prescripción, inepta demanda, ilegitimidad de la parte demandante y demandada, y la genérica.

En su contestación a la demanda Max Zangen, a más de haber negado también la mayoría de los hechos invocados en ella y de haber desconocido validez a los documentos que el demandante adujo al proceso, afirmó que la cesión de derechos no se perfeccionó únicamente por culpa de éste, quien no allegó oportunamente a la Notaría su certificado de paz y salvo fiscal; y, además, propuso las mismas excepciones ya invocadas por su codemandado Saldarriaga.

4. Replicadas en tales términos la demanda y su reforma, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 11 de febrero de 1974, mediante la cual, que luego fue complementada por la proferida el 19 siguiente, resolvió el litigio así:

Declaró ''la inexistencia de la compraventa de derechos y acciones sociales y cesión de activos y pasivos de la sociedad 'Industrias Ibo Limitada', en la que fueron cedentes o vendedores 'Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada', Alvaro Isaza Gaviria, Saúl Saldarriaga Flórez e Iván Botero Giraldo, y cesionario o comprador el señor Tito Heraldo Bernal Morales, negociación realizada ante la Notaría Segunda de Medellín, el 11 de marzo de 1970 y contenida en acta en copia expedida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín''; dispuso que como consecuencia de esta declaración y para efecto de las restituciones mutuas, debía darse ''cumplimiento al contenido de los artículos 1746 y 1748 del C. Civil''; declaró no probada la excepción de prescripción propuesta; denegó ''las demás pretensiones aducidas en el libelo demandatario''; y decidió que no había lugar a imponer condena por razón de costas procesales.

5. Por virtud de apelación interpuesta por el demandante y por el demandado Max Zangen contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en fallo pronunciado el 31 de julio del mismo año, tomó las siguientes decisiones:

a) confirmó los dos primeros ordinales de la parte resolutiva de la sentencia apelada, o sea los atinentes a la declaración de inexistencia del contrato de compraventa ''de derechos y acciones sociales y cesión de activos y pasivos de la sociedad 'Industrias Ibo Limitada', ajustado el 11 de marzo de 1970 entre 'Fábrica de Sombreros de Fieltro', Alvaro Isaza, Saúl Saldarriga e Iván Botero Giraldo como cedentes, y Tito Heraldo Bernal Morales como cesionario; y a la orden de aplicar, para regular las prestaciones recíprocas debidas entre los contratantes, los precitados artículos 1746 y 1748 del Código Civil; b) Revocó las demás resoluciones contenidas de dicho fallo y en su lugar dispuso las siguientes:

1º condenó a los demandados en forma solidaria a restituir al demandante la suma de $ 600.000.00 como precio, y al pago de los perjuicios sufridos por éste ''por no haberse perfeccionado el contrato de cesión del interés social de varios de ellos en la sociedad Industrias Ibo Limitada, por culpa de los mismos, concretados en los gastos personales de transporte y hotel efectuados por aquél hasta el 11 de marzo de 1970, que se liquidarán en la forma prevista en el artículo 308 del C. de P. C.''; 2º condenó igualmente a los demandados a restituir a su demandante, ''todos los desembolsos efectuados por éste para cancelar costos, gastos y deudas de la empresa Industrias Ibo Limitada, causados hasta el día 11 de marzo de 1970'', los que dijo que debían también liquidarse por el mismo procedimiento indicado en el numeral procedente, pero advirtiendo que debía deducirse de su monto ''la cuantía de los recaudos por créditos a favor de dicha sociedad, percibidos por el citado demandante''; 3º declaró que para efecto de las restituciones decretadas, ''el demandante no tendrá obligación de hacerlo en cuanto a la parte de los equipos y maquinaria que se encuentre trabada en proceso, entre tanto se hallen sujetos a embargo y secuestro''; 4º declaró además que las letras de cambio suscritas por el demandante y su esposa a favor de ''Fábrica de Sombreros de Fieltro,..., tienen la misma causa o sustituyeron las obligaciones iniciales del demandante para con la misma fábrica, al suscribirse el 11 de marzo de 1970 la escritura cuestionada cuya inexistencia ha sido ya declarada''; 5º declaró además que ''no se encuentra configurada ninguna de las excepciones propuestas''; y 6º finalmente condenó a los demandados a pagar al demandante la mitad de las costas causadas en las dos instancias del proceso.

6. Contra la sentencia del Tribunal interpusieron casación el demandante y el demandado Max Zangen, recursos que, por encontrarse debidamente rituados, procede ahora la Corte a decidir.

III

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia.

1. Refiriéndose a las peticiones principales de la demanda incoativa del proceso, dice el Tribunal que ellas, ora se consideren como inexistencia o ya como nulidad de la cesión de cuotas del interés social de "Industrias Ibo Limitada", ocasionada en la ausencia de autorización por parte del notario de la escritura en que se plasmó la operación proyectada, "ninguna de las partes disiente de su configuración, pues solo se imputan recíprocamente la culpa de ello", traducida en el hecho de no haber presentado al notario los certificados de paz y salvo fiscales que a cada uno de los contratantes correspondía.

Y luego de recordar, concretando su razonamiento a la época en que el contrato aquí controvertido se ajustó, que operaciones de esa naturaleza estaban autorizadas por el artículo 7º de la Ley 124 de 1937, las que para su eficacia jurídica debían realizarse mediante el otorgamiento de escritura pública y con la observancia de "las demás exigencias previstas al efecto", el sentenciador emprende el análisis de la cesión de acciones o del interés social de "Industrias Ibo Limitada", que a favor de Tito Heraldo Bernal hicieron Saúl Saldarriaga, Alvaro Isaza y "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada".

Al punto asevera que la falta de firma del notario en la proyectada escritura justifica "confirmar lo resuelto por el *a quo,* en cuanto a la declaración de inexistencia del mencionado acto, una vez que para esta Sala se configura, por el motivo dicho, más la inexistencia que la nulidad absoluta del acto, no siendo esto determinante de repercusiones diferentes, pues una u otra figura, dan lugar a los mismos efectos, cual es, el volver las cosas al estado que tenían al tiempo de la operación catalogada como inexistente, con obligación de efectuarse las restituciones mutuas, como lo dispuso el juez *a quo,* indicando que se diese aplicación a los ordenamientos de los artículos 1746 y 1748 del C. C.".

2. Dando por sentado que la causa de la no autorización por el notario de la sobredicha escritura fue la falta de los certificados de paz y salvo de los contratantes, el juzgador *ad quem* acomete en seguida el análisis de este aspecto de la cuestión, cuya culpabilidad se enrostran recíprocamente las partes.

Estima el Tribunal, y así lo asevera en su sentencia, que el demandante sí cumplió con ese específico deber. En apoyo de su juicio que en este punto hace, el sentenciador toma los siguientes medios de prueba:

a) el certificado expedido en septiembre de 1972 por el Jefe de Cuentas Corrientes de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, según el cual Tito Heraldo Bernal Morales, en el tiempo "comprendido entre el 16 de marzo y el 5 de junio de 1970", estaba en capacidad de obtener su paz y salvo por haber pagado el impuesto de renta y complementarios causado hasta entonces;

b) el testimonio de Julio Piñeros, quien según el Tribunal "dice que efectivamente lo llevó (el paz y salvo) a la Notaría donde no se lo recibieron, porque ninguno de los demás había llevado el que a cada uno correspondía". Expresa el *ad quem* que es aceptable el dicho de este declarante "pese a ser empleado del demandante, habida cuenta a que sí podía obtener éste su paz y salvo, ninguna dificultad tenía sacarlo y hacerlo llegar a la Notaría mediante su hombre de confianza, señor Piñeros, y no se ve la razón para dudar de la aseveración de éste, por el simple hecho de que haya mediado vínculo laboral entre el señor Bernal y el declarante, si a aquél le era factible obtener dicho documento"; y

c) el certificado de paz y salvo expedido el 16 de marzo de 1970 a favor de "Bernal Morales Tito Heraldo", con validez hasta el 5 de junio siguiente.

3. En torno a la falta de los certificados de paz y salvo fiscales de los demandados, el juzgador de segundo grado hace las siguientes consideraciones y deducciones:

a) que según el certificado del Jefe de Cuentas Corrientes de la Administración de Impuestos Nacionales, a que anteriormente se hizo alusión, Max Zangen "no estaba en capacidad de obtener el certificado de paz y salvo en cuestión, en el mes de marzo de 1970, sin antes cubrir sus deudas con el Estado colombiano, en cuantía superior a $ 1.600.000.00";

b) que conforme al certificado expedido el 29 de enero de 1973 por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, la sociedad "Fábrica de Sombreros de Fieltro, no podía obtener certificado de *paz y salvo* en marzo de 1970 por la deuda vigente por el año gravable de 1966, que ascendía a $ 1.112.00". Observa el sentenciador que, sin embargo de lo anterior, dicha entidad adujo el certificado de paz y salvo número 438350, expedido el 14 de marzo de 1970 "y válido por ese solo día, fecha ésta que ni fue la de la firma de la cesión que lo fue el 11 de

dicho mes, ni por su escasa o ninguna vigencia en el tiempo facilitaba el lleno de la misma exigencia por parte de los restantes intervinientes en el acto";

c) que Alvaro Isaza Gaviria sí presentó su paz y salvo expedido el 3 de marzo de 1970, con vigencia hasta el 31 del mismo mes, "que sí permitía en su hora, la satisfacción de las exigencias legales"; agrega la sentencia que, sin embargo, este contratante posteriormente adujo como inconveniente, "para volver a obtener dicho paz y salvo, la falta de pago de una letra por parte de Bernal, para ponerse al día con sus obligaciones con la Nación, cuando Bernal le pedía lo hiciera, existiendo constancia de que el 31 de agosto de 1970 aparecía cancelando los impuestos de los años de 1966, 1967, 1968 y 1969, los dos últimos según las liquidaciones privadas (folios 134 y 136 vuelto del anexo número 3)";

d) que Saúl Saldarriaga, no obstante aparecer con un crédito por $ 366.00, según certificado "no le figura liquidación privada por el año de 1969, de lo que resulta incierta la posibilidad de obtener ese paz y salvo, sin la explicación o el lleno de las exigencias respectivas";

e) que según certificación de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, "Industrias Ibo Limitada, no había presentado declaración de renta por el año de 1969, al 12 de marzo de 1970 por lo que no es posible que pudiera obtener certificado de paz y salvo para esa fecha, sin el lleno de ese requisito"; y

f) finalmente, que si bien Iván Botero presentó su paz y salvo "válido por un solo día, detalle éste que parece le ocasionó una investigación penal en su contra", la escasa vigencia en el tiempo de ese certificado coloca a este contratante "en idénticas condiciones a la firma Fábrica de Sombreros de Fieltro".

4. Deducida pues por el *ad quem* la culpa "de la mayoría de los demandados" como motivo determinante de la no perfección del contrato de cesión, afirma que esa circunstancia "generaría responsabilidad para los mismos, de naturaleza precontractual, pero sólo hasta el momento de la referida operación (11 de marzo de 1970), pues el no aporte de los nombrados documentos impedía el perfeccionamiento del acto escriturario indispensable" para que Bernal hubiera adquirido el interés social que pretendía en la entidad Industrias Ibo Limitada.

Esto no obstante, el Tribunal encuentra que la conducta observada por el demandante con posterioridad a la negociación proyectada fue negligente, puesto que, dice, el hecho de no haberse consumado el acto de cesión "le ha debido imponer un comportamiento diferente al que adoptó, cual fue el de proceder como si el acto hubiera tenido cumplimiento, que de su parte implicó precipitación e imprudencia, así como pudo igualmente serlo, el adelantar hasta allí la citada negociación, sin tomar en cuenta las reiteradas recomendaciones dadas por su esposa y amigos consultados, para que no lo hiciese, y dada su experiencia o conocimientos en actividades similares a la empresa cuyo interés social buscaba adquirir en considerable proporción, habida cuenta a su dedicación al mismo ramo".

5. Consecuencia de esta primera parte de sus consideraciones, es, para el Tribunal, la de que la culpa del demandante "exonera a los demandados de indemnizarle" los perjuicios recibidos por aquél "con la asunción de la calidad de socio mayoritario de la referida empresa, sin serlo legalmente, si se tiene en cuenta que la ley debe ser conocida de todos (artículo 9º C. C.), y a nadie escapa que era indispensable la otorgación y perfeccionamiento de la escritura al efecto, como su registro".

Orientado pues por los anteriores razonamientos, estima el Tribunal, y así lo decide en su fallo, que los demandados deben restituir al demandante, junto con el precio por ellos recibido como valor de la intentada cesión, "los pagos efectuados por el mismo, por concepto de deudas o pasivo de la citada empresa causados con anterioridad a la fecha de la pretendida negociación o sea con anterioridad al 11 de marzo de 1970, pues a dicha empresa competía hacerlos"; lo mismo que los gastos efectuados por el demandante hasta entonces "por concepto de transportes y hoteles realizados con el fin de adelantar la operación"; y, además, los perjuicios sufridos por él "en la etapa precontractual por no haberse perfeccionado el contrato, por culpa de los demandados".

6. En lo atinente al pago de perjuicios que el demandante reclama con apoyo en la afirmación de que los demandados, al proyectar y ejecutar la cesión de su interés social en "Industrias Ibo Limitada", le ocultaron dolosamente la real situación de esta empresa, estima la Sala falladora que es improcedente tal súplica.

Explanando esta aserción, dice el *ad quem* que "si la situación de la tantas veces nombrada factoría era lastimosa, desde el punto de vista de la administración, como desde el punto de vista económico, porque así lo pregonan los autos sin asomos de duda y sin que se requiera un examen detenido por lo obvio, igualmente estima la Sala que el señor Bernal, atendido su conocimiento en actividades similares, su calidad de industrial,

las adversas opiniones de sus amigos consultados, obró, como ya se dijo, precipitada e imprudentemente en la conclusión de la ameritada negociación''.

En apoyo de la conclusión a que en este punto llega, cita el Tribunal los siguientes hechos: el atraso de la contabilidad de la empresa ''Industrias Ibo Limitada'', lo que no permitía conocer su estado financiero ni obtener su paz y salvo; la falta de estudio, por parte del cesionario, de la documentación relacionada con la adquisición de equipos y maquinaria que le habría ''indicado el monto de las deudas por ese concepto, o si había reservas de derecho de dominio, o constitución de prenda industrial que permitiera deducir si esa maquinaria'' efectivamente tenía el precio de $ 200.000.00 o $ 300.000.00 que sus amigos le atribuyeron; el haber pagado el cesionario $ 600.000.00 por lo que sus asesores le indicaron antes que apenas valía la mitad de esa suma; el hecho, conocido por el demandante con anterioridad, de que la fábrica no estuviera en producción, ''era indicativo de que no había bonanza económica, ni eficiencia en la dirección administrativa y técnica de la misma''; la omisión de estudio de la situación de la empresa, ''en cuanto al pago de impuesto a las ventas, indispensable tanto para obtener dicho paz y salvo, como para conocer el monto del pasivo de la misma''; y, finalmente, la información que Zangen dio a Bernal, según este mismo lo expresa de su demanda, que el pasivo de la empresa sería de $ 200.000.00 como máximo, ''suma que efectivamente fue sobrepasada solo en $ 30.000, ...que no denota una ostensible desproporción entre lo real y lo simplemente asegurado de palabra por el citado Zangen''.

7. En torno al objeto ilícito de la negociación que la demanda hace consistir en la existencia de embargo y secuestro de algunos bienes de la sociedad, expresa el juez de segundo grado:

''Aunque es innegable el hecho de que algunos elementos integrantes del equipo y maquinaria de dicha empresa se encontraban embargados y secuestrados a tiempo de la tentativa de cesión, bien vale la pena destacar de una parte que la negociación no llegó a tener vida porque el notario no la llegó a autorizar, como era indispensable, y de otra parte, la operación no hubiera estado tampoco afectada del vicio imputado, pues que lo trabado en ese juicio no era el interés social objeto del negocio intentado, sino parte de su equipo, el que no obstante haber sido objeto de dichas medidas cautelares y estar sujeto a los riesgos inherentes a esa situación, no era el objeto de la enajenación''.

8. Refiriéndose al derecho de retención que el demandante invoca en su demanda, estima el Tribunal que los artículos 1746 y 1748 del C. C., lo mismo que las disposiciones pertinentes del Capítulo IV del Título XII del Libro 2º de la misma obra, ''contemplan las restituciones mutuas por parte de los litigantes, lo que se opone al reconocimiento del derecho de retención, excepto cuando ello está expresamente consagrado en norma especial, como cuando tenga créditos por 'razón de expensas y mejoras' (artículo 970) lo que únicamente se configura en relación al equipo y maquinaria perseguidos en procesos de ejecución, en cuyos créditos se subrogó el demandante Bernal, como evidentes expensas necesarias según el último inciso del artículo 965 del Código Civil''.

Y añade el sentenciador a este respecto que las restituciones mutuas deben ser simultáneas, de tal manera que quien pretenda la restitución de las cosas entregadas, ''como comprendidas dentro del interés cedido, ha de consignar las cifras que resulte a deber de quien las recibió y quien pretenda el reembolso de lo pagado por el interés negociado, ha de restituir lo que de su parte haya recibido y sobre lo que no posea un derecho cierto y concreto de retención''.

9. Concretando sus consideraciones a la súplica que consecuencialmente deduce la demanda y a la subsidiaria de ellas, esto es a las que versan sobre nulidad o rescisión de los actos que ''configuren venta pura y simple de bienes o cesión de acreencias u obligaciones'', considera el Tribunal que ''no se concilian o se contradicen con la orden de restitución mutua o vuelta al estado que tenían a tiempo de la pretensa negociación, que es la consiguiente declaración a la inexistencia o nulidad del acto''.

Y luego de observar que en razón de la buena fe de terceros y de la especial condición jurídica de los títulos valores, debe dictar algún pronunciamiento en torno a los que fueron emitidos en el presente caso, dice que como es cierto, según confesión de Zangen, que las letras suscritas a favor de ''Fábrica de Sombreros de Fieltro por el señor Bernal Morales y la señora Blanca de Bernal sustituyeron a las que el propio señor Bernal había suscrito en marzo de 1970 en su nombre o en el de Industrias Ibo Limitada, ha de expresarse, para facilitar ulteriores actuaciones y afectarse por la declaración correspondiente, que dichas obligaciones, precisadas por el demandante bajo la letra b-2 de la pretensión B... tienen la misma causa o sustituyeron las obligaciones iniciales del demandante, al suscribirse la escritura cuya inexistencia o nulidad se debate''.

10. En congruencia con su postulado inicial de que los demandados solamente deben indemnizar al demandante los perjuicios causados con anterioridad al 11 de marzo de 1970, el Tribunal analiza, para desecharlo, el dictamen pericial rendido por Carlos Velásquez Castaño y Gustavo Bernal Botero, pues a juicio del sentenciador esta peritación involucra gastos o pagos por operaciones anteriores a dicha fecha y los realizados con posterioridad a ella.

Y añade que de otra parte dicho dictamen, por su contenido, ofrece dudas para determinar si dichos gastos y pagos "tienen relación o no con Industrias Ibo o con Industrias Tíber, como se denomina la empresa del demandante ubicada en Bogotá, o con aspectos únicamente particulares del señor **Bernal**".

Reitera el sentenciador que si es palmar el derecho del demandante a que se le reintegren los valores de gastos que él cubrió para atender obligaciones de Industrias Ibo, por deudas anteriores a la precitada fecha, no pasa lo propio con los que hizo él para hacer funcionar la referida empresa o el traslado de su maquinaria de Medellín a Bogotá, "pues ni uno ni otro concepto pueden catalogarse dentro de las expensas necesarias comprendidas por el ya aludido artículo 970 del C. C. . . ., lo que sí ocurre con la defensa de dichos intereses dentro de los procesos de ejecución que afrontó, y obviamente en el que obtuvo total subrogación por haber pagado totalmente las obligaciones cuyo pago se perseguía con la traba de dicho equipo y maquinaria".

11. Rematando las motivaciones de su sentencia, para desechar las excepciones propuestas dice el fallador que algunas se formularon "sin motivación adecuada"; que las de carencia de acción e inexistencia de la obligación "no se compadecen con el comportamiento de los mismos demandados, al admitir que efectivamente no se había perfeccionado la escritura pública de cesión"; que las de petición antes de tiempo o de modo indebido por indebida acumulación de pretensiones no se configuran, "ni su proponente tuvo a bien indicar la razón que él encontraba para enunciarlas"; que la de prescripción no se estructura, pues que no ha pasado el tiempo que la ley establece para ella; y que la de inepta demanda, la de ilegitimidad de personería y la genérica no tienen fundamento alguno, porque las partes aparecen legitimadas en la causa, ostentan interés procesal y actuaron regularmente en el proceso.

IV

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte.

Como ya está dicho, contra la sentencia del Tribunal de Medellín oportunamente interpusieron casación el demandante y el demandado Max Zangen, quienes han formulado las demandas que la Corte procede a examinar en el orden en que fueron presentadas.

A. Recurso del demandante.

Este, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula al citado fallo tres cargos que la Sala considera en el orden en que ellos fueron propuestos.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por inaplicación, de los textos legales que establecen los siguientes principios, así:

a) el contrato de compraventa y las obligaciones del vendedor, artículos 1849, 1880, 1881, 1882 y 1884 del Código Civil; b) la forma como se transfiere el dominio: 740, 745, 746, 747, 749, 759 y 761 del C. C.; c) la definición de la mora y la sanción por su causa, artículos 1605, 1607 y 1608 *ibídem;* d) la mecánica en la ejecución de los contratos 1494, 1495, 1603, 1604 del Código Civil; e) los principios que definen la culpa y sus consecuencias e implicaciones, artículos 63 y 1604; f) los principios de la falta de causa en los negocios jurídicos y sus consecuencias, 1517, 1524, 1525, 2313, 2318 del C. C.; g) el que extiende a todos los efectos o mercaderías las implicaciones de las obligaciones del vendedor, artículo 1891 C. C.; h) los que atribuyen, obligan y sancionan la indemnización de perjuicios por la misma culpa en cualquier evento que los cause. Artículos 1613, 1614, 1615 del C. C., e i) las normas que atribuyen responsabilidad por los riesgos de la cosa debida. Artículos 1607, 1730, 1731, 1733 C. C.".

En una "segunda sección" de este cargo el recurrente acusa también la sentencia de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los siguientes principios y normas legales: del que se funda en que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, artículo 9º del Código Civil; "de las acciones de vicios redhibitorios a un caso de nulidad culposa y aplicación al demandante de una sanción propia de esta sistemática redhibitoria como es la exoneración de los mismos

por negligencia grave del comprador o por razón de su profesión u oficio", a que aluden los artículos 1893, 1904, 1910, 1914, 1915, 1918 y 1924 de la misma obra; del principio de la compensación de culpas y riesgos creados "del artículo 2357 del C. C.... en concordancia con los artículos 2341, 2344 y 2343"; y, finalmente, del texto 970 *ejusdem* que establece el "efecto del derecho del poseedor vencido".

2. En desarrollo de la censura por el primer aspecto, luego de recordar que la sentencia da por aceptado "el imperfeccionamiento" del contrato por culpa de los demandados, asevera el impugnador que como consecuencia de ello el Tribunal ha debido hacer actuar en su fallo los textos legales primeramente citados, y que al no hacerlo así los quebrantó por inaplicación.

Explanando su cardinal aserto, afirma el censor que al reconocer la culpa no es jurídico exonerar de responsabilidad a su autor, pues que si se es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, "ante la declaración de culpabilidad ha debido decretarse la responsabilidad y ésta con todas las consecuencias de la aplicación de las normas que conforman la proposición que no se aplicó, máxime si el inculpado no probó la diligencia o cuidado en ejecutar su obligación"; que el solo hecho de decretar la nulidad "por la simple falta de instrumento público, hace que se decrete la indemnización de todos los perjuicios contra la parte responsable", en este caso de los vendedores, como obligación que en su calidad de tales les impone la ley; que si el contrato se anuló, el comprador que pagó tiene derecho, por imperio de los principios que gobiernan la causa de los actos jurídicos, "de repetir 'integrun' lo que por error pagó como consecuencia de la operación nula"; y que como el objeto de la negociación se destruyó en manos de quien debía entregarlo, quien además estaba en mora de hacerlo, el Tribunal, reconocida como fue por él esta situación de hecho, ha debido aplicar "la sistemática de los riesgos, por cuanto la nulidad de la transacción causó la destrucción, al parecer de la cosa debida, en este caso, el título de socio con que el actor iba a dominar jurídicamente la empresa que había adquirido en 80%".

3. Pasa en seguida el recurrente a desenvolver la censura por el segundo de los aspectos dichos, o sea por la aplicación indebida de principios y normas legales, y al punto expresa:

El principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa se aplicó aquí "al fenómeno cognoscitivo de un hecho y no de un derecho. Es ignorancia sancionable —agrega— que no se pa que una sociedad se compra por escritura pública, pero no lo es el error de hecho cometido sobre el cumplimiento que los vendedores habían hecho de los requisitos para que se llevara a cabo la escritura"; y remata su pensamiento afirmando que el actor sí sabía que la cesión de derechos sociales es acto solemne, pero lo que no sabía "y es excusable su error, es que su vendedora iba a dejar sin efecto esta transmisión".

Añade el impugnador, de otra parte, que la sanción establecida para el comprador que por razón de su profesión u oficio está en el deber de conocer los defectos de la cosa, juega "con la sistemática de los vicios redhibitorios pero no con la de nulidad absoluta", la que "comporta un juego de presupuestos y sanciones de orden público, de dolo, de causa y de culpa propias de esa acción"; que sin embargo de ser bien diferente, según la ley, el tratamiento de la culpa contractual y de la extracontractual, el *ad quem* aplicó en este caso el de ésta y no el de aquélla, que era el que correspondía; que al aplicar el principio de la graduación recíproca de culpas con origen en un delito, o cuasidelito, como aquí se hizo, "se está distorsionando el análisis que se origina en la declaratoria de nulidad de una convención"; y que hacer actuar en esta litis el concepto de poseedor vencido, para aplicarle la preceptiva del artículo 970, es restringirle al demandante "su derecho de reembolsarse de todos los costos que le implicó al detentar objetos, bienes, etc., que no le correspondían jurídicamente".

Se considera.

1. *Por sabido se tiene que las* normas sustanciales, *a cuyo quebranto se refiere precisa e invariablemente la causal primera de casación, son aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Por consiguiente no tienen categoría sustancial, y por ende no pueden fundar por sí solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha, los preceptos legales que sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos integrantes de éstos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordinativas o reguladoras de la actividad* in procedendo.

Orientada la Corte por este postulado, para iniciar el despacho de este cargo, tiene que observar primeramente que algunas de las muchísimas normas que el censor denuncia como infrin-

gidas, ora por inaplicación o ya por aplicación indebida, no son de estirpe sustancial.

En efecto: los artículos 63, 740, 1495, 1524, 1614 y 1849 del Código Civil se limitan a definir en su orden, la culpa, la tradición como modo de adquirir el dominio, el contrato o convención, la causa de las obligaciones, el daño emergente y el lucro cesante como elementos integrantes de la indemnización de perjuicios, y el contrato de compraventa; los textos 745, 746, 1494, 1608, 1893 y 1915 ibídem, *se reducen a enumerar respectivamente, los requisitos para la validez de la tradición, las fuentes de las obligaciones, los supuestos en que el deudor se coloca en mora, los elementos que integran la obligación de saneamiento por evicción, y las características que deben tener los vicios redhibitorios; el precepto 1613* ejusdem *se contrae a determinar los elementos integrantes de los perjuicios indemnizables; y el 1730 de la misma obra limita su preceptiva a establecer una presunción de culpa.*

Si, pues, las anteriores disposiciones legales no son atributivas del derecho subjetivo que este recurrente estima vulnerado por la sentencia, su presunto quebranto no da base para un cargo en casación con apoyo en la causal primera. Consideración ésta que es de suyo suficiente para que la Corte deseche, frente a ellas, la acusada violación.

2. Tiene averiguado la doctrina que es deber del juez, al decidir el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, hacerlo *secundum jus,* vale decir, buscando la necesaria congruencia entre la voluntad que efectivamente trae la ley y la que él declara en su fallo.

Cuando al apreciar el mérito del derecho sustancial el juez se equivoca, incurre en un error in judicando *que se traduce en no hacer actuar en el caso litigado la verdadera y real voluntad del legislador expresada en la ley, ora sea por inaplicación, ya por aplicación indebida o ya por interpretación errónea de ella. Viólase la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se le aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea, cuando, siendo la correspondiente, se la entendió sin embargo equivocadamente y así se la aplicó.*

Cuando el sentenciador encuentra justificados en el caso controvertido los supuestos fácticos regulados por la norma, es su deber subsumirlos en la voluntad abstracta que ella determina para tutelar el derecho reclamado: si así no procede infringe entonces directamente la ley sustancial porque, siendo imperioso hacerla actuar, no la aplica. Lo cual significa que el quebranto directo de la ley, en la especie de falta de aplicación, no puede darse cuando a juicio del juez los hechos que ella regula no se presentan en la controversia que resuelve.

Asentada la anterior proposición, pasa la Corte a decidir si los preceptos legales sustanciales que el acusador denuncia como infringidos con la sentencia por falta de aplicación en ella, fueron o no violados por tal concepto.

3. Apoyado en la preceptiva que contenían los artículos 4º y 7º de la Ley 124 de 1937 estimó el Tribunal de Medellín, y es ésta la consideración cardinal que sustenta su fallo, la que además, debe respetar la Corte desde luego que los recurrentes no solo no la impugnan sino que expresamente la aceptan, que la cesión de cuotas de interés social de "Industrias Ibo Limitada", acordada por los litigantes en marzo de 1970, por falta de firma del notario en la proyectada escritura pública en que los contratantes plasmaron su voluntad, no llegó a tener vida jurídica y por ello declaró su inexistencia.

Si, pues, como paladinamente lo dice la sentencia impugnada, la omisión de la escritura pública impidió el perfeccionamiento del contrato de cesión, fuerza es aceptar que no hubo transmisión de los derechos cedidos por ausencia de título traslaticio de dominio y del registro de éste, según lo preceptuado por los artículos 745, 749 y 754 del Código Civil. Y si no hubo enajenación es apenas obvio inferir que los derechos sociales de "Industrias Ibo Limitada", siguen en cabeza de sus titulares, sin que éstos tengan obligación de entregarlos a quien no los ha adquirido legalmente, ni de responder por perjuicios causados por una supuesta mora en la obligación de entregar.

Siendo por tanto ésta, como en realidad lo es, la situación fáctica reconocida por los juzgadores de instancia, la que, se repite, el recurrente no impugna, no corresponde aplicar a ella los artículos 1880, 1881, 1882, 1884 y 1891, pues que tales normas, que reglamentan la obligación de entregar la cosa por el vendedor al comprador, suponen para su recta aplicación la existencia de un contrato que implique enajenación de cosas por el primero al segundo, el que aquí no se da; menos es pertinente hacer actuar en este caso los textos 740, 745, 746, 747, 749, 759 y 761, pues que todas estas disposiciones, regulativas de la tradición como modo de adquirir la propiedad, reclaman para su acatamiento la existencia de título traslaticio de dominio.

En ausencia de contrato que vincule jurídicamente a las partes y que le imponga a una el deber de entregar a otra determinados bienes, es improcedente la aplicación de los artículos 1603 y 1604 del Código Civil, los cuales prescriben, el primero, que los contratos deben cumplirse de buena fe, y el segundo que en los que se acuerden en beneficio recíproco de los estipulantes el deudor es responsable de la culpa leve; ni tampoco los textos 1605 y 1606 de la misma obra, los cuales consagran para el deudor de una obligación de entregar la cosa el deber de conservarla, hasta que el acreedor la reciba. Por la misma razón es impertinente aplicar, en tal supuesto, los preceptos 1731 y 1733 *ibídem* que establecen, en caso de que la cosa debida perezca durante la mora del deudor, el deber para éste de pagar el precio de ella y los perjuicios causados por la no entrega.

Por cuanto la sentencia decidió el litigio en el sentido de declarar la inexistencia del contrato, por omisión de las formalidades establecidas por la ley para la cesión de cuotas de interés social, y no la nulidad de él por ausencia de objeto o causa lícitos, mal podría haber aplicado los artículos 1527, 1524 y 1526 *ejusdem,* normas éstas que por referirse a dichos elementos axiológicos de la convención jurídica resultan extraños a la litis.

4. Para denegar el pago de perjuicios que el demandante afirma haber recibido con posterioridad al 11 de marzo de 1970, el Tribunal se basó en la consideración primordial de que si ellos se causaron ciertamente fue por hechos imputables a su propia culpa y no a la de los demandados, quienes por tanto, deben quedar exonerados de responsabilidad al respecto.

Dice en efecto el *ad quem* que la conducta observada por el demandante con posterioridad a la negociación proyectada fue negligente, puesto que el hecho de no haberse prefeccionado el acto de cesión "le ha debido imponer un comportamiento diferente al que adoptó, cual fue el de proceder como si el acto hubiera tenido cumplimiento, que de su parte implicó precipitación e imprudencia, así como pudo, igualmente serlo, el adelantar hasta allí la citada negociación, sin tomar en cuenta las reiteradas recomendaciones, dadas por su esposa y amigos consultados, para que no lo hiciese, y dada su experiencia o conocimientos en actividades similares a la empresa cuyo interés social buscaba adquirir en considerable proporción".

Y para deducir la culpa que imputa así al demandante, el sentenciador toma apoyo en los indicios que encuentra en los siguientes hechos: no haber tomado en cuenta para conocer el estado de la empresa, que la contabilidad estaba atrasada, lo que le dificultaba obtener el paz y salvo de la sociedad; absoluta omisión de estudio de la documentación relacionada con la adquisición de maquinaria, lo que hubiera permitido conocer su verdadero valor; la diferencia entre el precio que iba a pagar por los derechos cedidos y el valor de las máquinas y equipos justipreciados por amigos suyos que equivalía al doble; la circunstancia de que la fábrica no estuviera entonces en producción.

Si estas fueron pues las bases en que el fallador estribó la aplicación del artículo 9º del C. C., no se advierte cómo pudo violarse dicha norma por aplicación indebida, desde luego, que a Bernal Morales no le era dado ignorar que, según la ley, la cesión de cuotas en una sociedad de responsabilidad limitada no se perfecciona sino con el otorgamiento y registro de escritura pública.

Por lo demás, si el recurrente pretende que por ausencia de culpa suya en los actos que los causaron tiene derecho a deprecar los perjuicios posteriores a la indicada fecha, ha debido impugnar, denunciando errores de hecho o de derecho, la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas para deducir la culpa de Bernal Morales. Como tal no hace en este cargo, la deducción del Tribunal en el punto sigue ostentando legalidad y es inmodificable por la Corte a través de una acusación por violación directa.

5. Como ya está dicho, el quebranto de una norma sustancial por aplicación indebida ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente. La cual supone, como es apenas obvio, que esta especie de quebranto ni remotamente puede darse cuando el precepto sustancial no se aplica.

No hizo actuar el sentenciador en esta litis, y no los aplicó por regular todos ellos la acción redhibitoria y los vicios ocultos que son cuestiones extrañas en la controversia planteada, los artículos 1893, 1904, 1910, 1914, 1915, 1918 y 1924 del Código Civil; y si evidentemente no se aplicó ninguno de dichos textos, errado es acusar quebranto de ellos por aplicación indebida.

Si, como la sentencia lo reconoce y lo acepta el recurrente, el contrato de cesión del interés social en "Industrias Ibo Limitada", no adquirió su perfección jurídica por pretermisión de las formalidades que para él exige la ley, palmar resulta que es impropio, por ausencia de título traslaticio, deducir aquí consecuencias jurídicas

con apoyo en la acción redhibitoria, la cual supone la existencia de una compraventa válida.

6. El contexto de la sentencia del Tribunal indica inequívocamente que éste dedujo culpa de algunos de los demandados, la que concreta en el hecho de no haber presentado los certificados de paz y salvo fiscales necesarios para el otorgamiento de la escritura pública; y evidencia igualmente que estimó también culposa la actitud del demandante, por haber asumido la calidad de socio sin serlo. Con apoyo en estos postulados solo condenó a los primeros a restituir al segundo el precio de la pretendida cesión, y a reembolsarle los gastos que por tal causa hizo con anterioridad al 11 de marzo de 1970, dando así aplicación al artículo 2357 del C. C. regulativo del fenómeno de la compensación de culpas.

Como el censor no ataca el juicio que el *ad quem* hizo en torno al error de conducta que enrostra al demandante, la aplicación del precitado artículo 2357 sigue amparada por la presunción de acierto. Para que la denunciada aplicación indebida de dicho texto legal pudiera configurarse, ha debido el recurrente demostrar que en la apreciación de las pruebas que el Tribunal consideró para inferir la culpa del damnificado incurrió en evidente error de hecho o de derecho, lo que ciertamente no hace.

Y como de otra parte, según la sentencia, los perjuicios que en ella se ordena indemnizar son de carácter extracontractual, los que hace emanar de que los demandados no aportaron el paz y salvo para el otorgamiento de la escritura, hecho que, dice el fallo, "generaría responsabilidad para los mismos, de naturaleza precontractual", no hubo trasgresión de los artículos 2341 y 2343, por aplicación indebida, puesto que si tal fue el tipo de responsabilidad que reconoció el fallador, entonces éstas y no otras eran las normas legales sustanciales que procedía hacer actuar para resolver en el punto la controversia planteada.

7. Consideró el fallador de segundo grado que, como efecto de la declaración de inexistencia del contrato, para regular las prestaciones mutuas de las partes debían observarse los artículos 1746 y 1748 del Código Civil. En congruencia con su pensamiento, para reconocer al demandante derecho de retención sobre algunos bienes del patrimonio de la sociedad, aplicó el artículo 970 *ibídem* según el cual cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón "de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción".

Si, pues, la aplicación del precitado artículo 970 se hizo en la sentencia como consecuencia del artículo 1746, no puede acogerse la acusación de quebranto de aquel texto sin denunciarse como infringido también éste.

8. Corolario de todo lo atrás expuesto es el de que el cargo que se considera es infundado, y que por lo consiguiente se debe rechazar.

Cargo segundo.

1. Con él el recurrente acusa la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea de los principios y normas que determina así:

a) "de las distintas clases de perjuicios sin la imputación de dolo, artículo 1616 del Código Civil"; b) "del alcance del objeto ilícito en la enajenación de acciones sociales afecta a cosas embargadas por decreto judicial. Artículo 1521 del C. C."; y c) "de los principios de nulidad absoluta y sus efectos. Artículos 6º, 1741, 1746 C. C., 2º de la Ley 50 de 1936, Ley 124 de 1937, artículo 4º".

2. Dando por sentado que según la sentencia no hubo dolo de los demandados en la ejecución del acto de cesión de derechos sociales, para desarrollar la impugnación el recurrente interpreta el artículo 1616 del C. C. en el sentido de que esta norma "fija un principio de dinámica jurídica: hace intervenir el elemento tiempo ya que la fijación del momento de una prestación es condición *sine qua non* de su extensión. Pero este principio no fija el momento de la prestación vuelto al pasado como lo hizo la sentencia al decretar perjuicios anteriores al 11 de marzo de 1970. Esos no solamente estaban previstos al momento del acuerdo de voluntades sino que estaban previstos y realizados... Pero lo que sí indica la norma es todos aquellos perjuicios que se causen a partir del momento del acuerdo (en este caso, 11 de marzo de 1970), que es a lo que el honorable Tribunal ha debido condenar"; es decir que la norma debe interpretarse "no en sus efectos pasados sino futuros ya que prevenir o poder prevenir es anticiparse o poder anticiparse a los efectos posteriores y no a los anteriores del momento en que fija la norma, es decir al tiempo del contrato".

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, al referirse a la conclusión que el Tribunal saca de que no hay objeto ilícito en la venta de derechos sociales cuando parte de los bienes de la sociedad están embargados, dice el censor que esta es una interpretación peligrosa para las transacciones comerciales en materia de sociedades y que además establece una dicotomía in-

aceptable "entre la cosa material y el derecho a la cosa", pues que "la disposición o transferencia de dominio de un derecho social comporta el de los activos que corresponden a esa acción social dentro del patrimonio de la respectiva sociedad".

Considera además la censura que el artículo 1746 del C. C., al determinar los efectos de la declaración judicial de nulidad de un acto jurídico, "establece una hipótesis de retracto absoluto no condicionado en el tiempo", en forma tal que cualquier recorte de estos efectos, como aquí lo hace la sentencia al decretar solamente el pago de los gastos anteriores al 11 de marzo de 1970 y no los hechos posteriormente, es equivocar "tanto el sentido absoluto de la nulidad como el efecto absoluto de ella"; que la expresión "estado en que se hallarían" empleada en ese texto legal, "no significa estado anterior del contrato nulo; el momento escogido por la dinámica jurídica no es el momento del contrato sino el momento futuro, posterior al contrato, en que se halla la parte cuando ha recibido todos los traumas y efectos de ese contrato como consecuencia de haberlo realizado".

Se considera.

1. Razón cardinal para que el Tribunal denegara la indemnización de perjuicios que por no haberse perfeccionado la cesión se causaron con posterioridad al 11 de marzo de 1970, fue su conclusión de que si el cesionario evidentemente los sufrió fue por la culpa en que éste incurrió al asumir desde entonces, sin tenerla legalmente, la calidad de socio de "Industrias Ibo Limitada". Y para deducir esta culpa, la que a juicio del sentenciador neutralizó la posible responsabilidad de los cedentes, se apoyó en el análisis de la prueba indiciaria que al efecto hizo.

Cree el impugnador que al razonar así el *ad quem* interpretó erróneamente el artículo 1616 del Código Civil, pues que, dice la censura, dicha norma comprende, en caso de que no exista dolo del deudor, que es precisamente la situación reconocida en el fallo, "todos aquellos perjuicios que se causen a partir del momento del acuerdo (en este caso, 11 de marzo de 1970), que es a lo que el Tribunal ha debido condenar".

Acontece, empero, que si, como lo ha dicho insistentemente la doctrina de la Corte, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, supone que el sentenciador, con absoluta independencia de toda cuestión de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, aplique al caso litigado la disposición legal pertinente pero dándole un alcance o sentido que no le corresponde, por lo que esta clase de violación solamente puede darse por la vía directa, el cargo resulta improcedente porque el recurrente no ataca, y antes bien parece aceptar, dado el planteamiento y desarrollo de la censura, la conclusión que en torno a la culpa del demandante sacó el Tribunal y que, como ya se ha dicho, constituye la base única de la decisión al respecto.

2. Estimó el Tribunal de Medellín, y así lo declaró en su sentencia, que la cesión de cuotas de interés social de "Industrias Ibo Limitada", acordada por los querellantes en marzo de 1970, es jurídicamente inexistente por la falta de firma del notario en la proyectada escritura pública. Declaró pues la inexistencia y no la nulidad del acto jurídico.

Lo cual significa que el *ad quem* no aplicó en su fallo, ni en todo ni en parte, el artículo 1521 del Código Civil que determina los casos en que la enajenación es nula por objeto ilícito; ni los textos 6º, 1740, 1741 *ibídem*, atinentes a la nulidad de los actos jurídicos; ni menos los artículos 2º de la Ley 50 de 1936 y 4º de la Ley 124 de 1937, referentes el primero a la nulidad absoluta y el último a este mismo fenómeno jurídico en las sociedades de responsabilidad limitada. Y si el Tribunal no aplicó en su sentencia ninguna de estas normas legales, es errado acusar el fallo, como aquí lo hace el recurrente, por interpretación errónea de ellas, desde luego que esta clase de quebranto supone que los preceptos hayan sido aplicados.

Ha dicho la Corte que es posible que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, deje de aplicar la norma pertinente o aplique la impertinente por haberla interpretado equivocadamente; pero que así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario de casación, no es la interpretación errónea, sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente (sentencia de 22 de septiembre de 1972, proferida en el ordinario de Gil Antonio Correa frente a los herederos de Justiniano Correa).

3. De otra parte, para advertir la improcedencia de este cargo sería bastante considerar que el juicio del sentenciador, en lo atinente a la existencia de objeto lícito en la cesión del interés social, a pesar de que algunos activos de la empresa se encontraban embargados, ninguna trascendencia tuvo en la parte dispositiva del fallo, el cual, como tantas veces se ha dicho, declaró la inexistencia del acto por pretermisión de formalidades.

Por cuanto es solamente la parte resolutiva de la sentencia la que tiene fuerza vinculante, la violación de la ley sustancial debe aparecer en ella para que el fallo sea susceptible de quebrarse en casación. De consiguiente, las consideraciones jurídicas que el fallador haga en sus motivaciones, y que aunque estén relacionadas con la materia de la decisión no constituyen, sin embargo, el soporte de ésta, son intrascendentes en casación y por lo mismo resulta inútil su ataque en el recurso extraordinario.

Por lo dicho se desestima este cargo.

Cargo tercero.

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los principios y normas que el censor determina así:

"A) Que define el dolo y establece las sanciones para los que lo ejercen y derechos subjetivos en los que lo sufren.

"Artículos 1515, 1518, 1603, 2319, 1516, 1616. 'Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios...'.

"B) Los que determinan quién debe probar la negligencia y la existencia o extinción de la obligación, artículos 1604, inciso 3º y 1757 C. C.

"C) Los principios que definen el error como vicio del consentimiento y sancionan la repetición del pago con la correspondiente declaratoria de mala fe, sus implicaciones e indemnización de perjuicios a favor de la víctima, artículos 1510, 1511, 2313, 2315, 2318, 2316, inciso 2º; 2319 y 768.

"D) Los que sancionan la contravención al derecho público de la Nación. Artículos 1519, 1518-3º C. C. y las buenas costumbres".

Asevera el censor que la violación por él denunciada es la consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el sentenciador, por la falta de apreciación de algunas pruebas y por la interpretación errónea de otras.

2. Como pruebas que a juicio del censor no fueron tenidas en cuenta por el *ad quem,* aquél indica las siguientes:

a) la contestación de la demanda "y la posición del abogado que hizo la minuta, en donde se establece el elemento a sabiendas de la nulidad por parte de los demandados";

b) las contestaciones a los interrogatorios formulados a éstos, en donde se prueba: "las maniobras anteriores a la negociación, mentira comprobada de Alvaro Isaza sobre el paz y salvo de don Tito, mentira de Zangen sobre no consentimiento del traslado de la fábrica a Bogotá, mentira de John Saldarriaga sobre el tiempo que 'explotó' la empresa don Tito en Medellín y sobre el tiempo de su propio cargo, mentira de Isaza sobre saneamiento de los embargos y del conocimiento que tenía de éstos", las que el recurrente estima encontrar en los documentos visibles a folios 8, 9, 10 y 11 del cuaderno 2º y 16 y 49 del cuaderno 4º;

c) "la mentira que trataron de establecer los demandados y su prueba sobre que el señor Bernal estuvo asesorado por el abogado al hacer el negocio", la que dice se encuentra en los folios 55 del cuaderno número 1; 16 a 49, 115 y 120 del cuaderno número 4;

d) los anexos que indican que el valor real del activo bruto de Ibo era de $ 214.234 y $ 200.000, y que "constan a cuaderno 2º, folios 68 a 76, especialmente folio 75 y anexo 238, folios 153, 154 y 235 a 238";

e) el pagaré de los folios 17 a 23 del cuaderno 2, el que, a juicio del censor, demuestra la "maniobra de disfraz del precio real de venta por un mutuo"; y

f) las cartas de autorización del traslado de la fábrica de Medellín a Bogotá.

Y como pruebas indebidamente apreciadas por el sentenciador, el impugnante cita las siguientes:

a) el pagaré de folios 13 a 16 del cuaderno número 2, en el que se hace aparecer disfrazado con este medio el excedente del precio de la compra;

b) el dictamen de los peritos rendido en las instancias del proceso, en el que se establecen "la determinación, el origen y la cuantía de los perjuicios del actor"; y

c) "la imposibilidad de paz y salvo para la vendedora Fábrica de Sombreros de Fieltro, y la presentación de un paz y salvo falso para cubrir la apariencia de cumplimiento", prueba ésta que, añade el impugnador, no demuestra solamente la culpa sino además "un encaminamiento intencional del vendedor a burlar la buena fe del comprador con maniobra de aparente eficacia para perfeccionar una escritura".

3. Estima el casacionista, y así lo asevera en la concreción de este cargo, que por la falta de apreciación de esas pruebas y por la errónea interpretación de las obras, el sentenciador incurrió en los siguientes cuatro yerros de facto:

"A) Ver buena fe dondo hay dolo de los demandados; B) Ver negligencia dirimente de responsabilidad de la culpa contraria en lo que fue buena fe obediente al cumplimiento de un contrato por parte del demandante; C) No ver la desconexión entre los fines reales distintos de las partes en la celebración del contrato; y D) Encontrar un pago no debido por Bernal y no decretar íntegramente su repetición".

Se considera.

1. Ha sido doctrina constante de esta corporación la de que la sentencia de instancia sube a la Corte amparada por la presunción de acierto; y que como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en el recurso de casación, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que disciplinan la ritualidad y eficacia de los medios probatorios.

2. En sentencias que son muchedumbre tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, que la impugnación de una sentencia por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el fallador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o que ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.

Y como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere además que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces para desvirtuar los hechos que otros medios de prueba demuestran suficientemente.

3. En el caso de este proceso consideró el Tribunal, y en tal juicio estribó su conclusión en el punto, que los cedentes del interés social de "Industrias Ibo Limitada", no le ocultaron al cesionario, y menos dolosamente, la verdadera y real situación administrativa y financiera de la mentada empresa, y que el desconocimiento de ella por parte de Bernal Morales obedeció a la incuria o dejadez de éste, quien "atendido su conocimiento en actividades similares, su calidad de industrial, las adversas opiniones de su esposa y amigos consultados, obró precipitada e imprudentemente en la conclusión de la ameritada negociación".

Y para así afirmarlo el Tribunal, luego de reconocer que evidentemente la situación de la factoría "era lastimosa", dice que si el demandante hubiera actuado diligentemente habría estudiado la contabilidad de la empresa, los documentos de adquisición de su maquinaria, la misma actividad empresarial, todo lo cual lo habría conducido al convencimiento "de que no había bonanza económica, ni eficiencia en la dirección administrativa y técnica" y por consiguiente a no realizar la negociación, o al menos a no pagar como precio una suma que supera en el doble lo que sus propios consejeros opinaron que era el valor de la compañía.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador, por falta de apreciación de algunas pruebas y por equivocada interpretación del contenido de otras, habría incurrido en su fallo en manifiesto error de hecho, y como consecuencia de él, en la violación del derecho sustancial al no ordenar el pago de los perjuicios derivados del dolo de los demandados.

4. Acontece, empero, que como el *ad quem* sí vio y examinó en su fallo los elementos de juicio que el impugnador afirma fueron preteridos; y que como no desfiguró la objetividad que ostentan las pruebas que éste considera erróneamente apreciadas, procede decir que los yerros de hecho que la censura le enrostra al sentenciador no existen. En efecto:

El contexto de la sentencia paladinamente indica que al proferirla el Tribunal consideró, tanto la contestación que los demandados dieron a la demanda inicial del proceso como a la reformatoria de ésta, y si no encontró en dichos dos escritos confesión de dolo, o, como lo dice el recurrente, "el elemento a sabiendas de la nulidad por parte de los demandados", es sencillamente porque ninguno de los dos contiene semejante reconocimiento: en ellos los reos de la acción se limitaron a negar los hechos invocados por el demandante, unos radicalmente y otros en la forma en que éste los expresó, y, finalmente a proponer algunas excepciones, por cuanto a juicio de ellos la cesión no se perfeccionó por culpa del demandante.

Tampoco contiene confesión en ese sentido el alegato de bien probado que en la primera ins-

tancia presentó el apoderado de los demandados; y en el supuesto de que allí existiese ese reconocimiento injurídico resultaría considerarlo como prueba de confesión en ausencia de autorización del poderdante para hacerla, y ya que no se trata del escrito de contestación a la demanda en la cual tal autorización la presume la ley, a términos de la preceptiva contenida en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante que en ningún pasaje de su sentencia el fallador afirma que el cesionario Bernal, durante el proceso que implicó la ejecución del negocio de cesión de cuotas o interés social de "Industrias Ibo Limitada" estuvo asesorado por abogado, ese presunto yerro de facto, en la hipótesis de que existiera, resultaría intrascendente, puesto que la ausencia de abogado del cesionario y la presencia del de los cedentes no conduce necesariamente a la conclusión de que los últimos actuaron dolosamente, o a sabiendas de que estaban realizando un acto absolutamente nulo.

Dice la sentencia que no obstante que en la escritura en que se pretendió plasmar el acto de cesión del interés social se expresó que el precio es de $ 160.000.00, el que verdaderamente se acordó y por consiguiente pagó el cesionario fue de $ 600.000.00, puesto que las pruebas practicadas indican que a aquella suma debe agregarse la de $ 440.000.00 a que se refiere el pagaré suscrito por los contratantes; y añade que el pasivo social apenas si superó a la postre en $ 30.000.00 la suma de $ 200.000.00 que inicialmente se le había dicho al demandante que valía ese aspecto. Siendo esto así no resulta exacto sostener, como lo hace el casacionista, que el sentenciador incurrió en error de hecho al dejar de apreciar en su fallo los documentos y anexos que indican el precio realmente acordado para los bienes objeto de la negociación.

Evidentemente, el *ad quem* no cita en su sentencia, individualizando cada una de sus respuestas, los interrogatorios de parte formulados a los demandados. Sin embargo de la falta de concreción que en el punto se advierte en el fallo impugnado, no puede decirse que el Tribunal pasó por alto dicha prueba, puesto que la referencia genérica que de todo el acervo hace permite suponer razonablemente que sí la tomó en cuenta, a más de que si se atiende al contenido de las contestaciones referidas no se encuentra en ellas, evidentemente, el reconocimiento de hechos que autoricen atribuir dolo a la conducta de los cedentes.

5. Analizando el dictamen pericial que para establecer el origen y la cuantía de los perjuicios rindieron los expertos Carlos Velásquez Castaño y Gustavo Bernal Botero, dijo el sentenciador que no podía aceptarlo porque involucra gastos y pagos por operaciones anteriores a marzo de 1970 con los efectuados posteriormente; y porque, de otra parte, el concepto de los peritos es equívoco y por ello no le permitía saber si algunos gastos se habían realizado para "Industrias Ibo Limitada", o para la empresa "Tíber" que es otro establecimiento del demandante, o aun para éste personalmente. No desechó pues el Tribunal este dictamen por falta de determinación y cuantía de los perjuicios indemnizables, como lo dice el impugnante, sino por la razón atrás indicada, observación ésta que de suyo es suficiente para rechazar el yerro de hecho que al respecto se denuncia.

La Corte, al examinar el contenido todo de la pericia y parangonarlo con las deducciones que al respecto sacó el *ad quem*, no encuentra que éste le haya hecho decir a los peritos lo que ellos no expresan, o que haya ignorado lo que ciertamente aseveran, o que haya cercenado el real contenido de la prueba, ni muchísimo menos que sea arbitraria la conclusión a que de su análisis llegó el Tribunal.

Ni ha demostrado el recurrente que, contrariamente a lo que la sentencia dice, el dictamen determine con nítida evidencia que los perjuicios a que la prueba se refiere tienen como única causa determinante operaciones realizadas con anterioridad a la fecha referida, ni tampoco que los gastos a que la pericia alude se hayan hecho exclusivamente por negocios de "Industrias Ibo Limitada" y no de otra persona.

Y como el embargo que pesaba sobre parte de los activos de "Industrias Ibo" no tuvo a la postre incidencia en la resolución que tomó el Tribunal, pues que, se repite, éste declaró la inexistencia del acto de cesión del interés social y no la nulidad, en el supuesto de que el sentenciador no hubiera tenido en cuenta el conocimiento que de esa medida tenían los cedentes resultaría un yerro claramente intranscendente.

6. Todo lo atrás expuesto da pie para afirmar que la Corte no encuentra, y mucho menos con los caracteres de contraevidentes y trascendentes, los errores de hecho que el recurrente le endilga al Tribunal en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso. En esa virtud no hay base para estudiar si las normas de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringidas por inaplicación, como consecuencia de los yerros fácticos alegados, fueron violadas o no por el sentenciador.

El cargo es pues infundado.

B. La impugnación de la demandada "Fábrica de Sombreros de Fieltro (FIELTROSA)"

1. Una vez que en la Corte se admitió el escrito sustentatorio del recurso extraordinario del demandante, el demandado Max Zangen, expresando hacerlo "personalmente y en representación de la 'Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada' (Fieltrosa)", constituyó apoderado judicial para que "represente al suscrito y a la sociedad citada, en el recurso de casación interpuesto por mí y por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia".

Y así, en ejercicio de dicho mandato el apoderado constituido, afirmando hacerlo en representación "del señor Max Zangen personalmente y a título de gerente de la 'Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada'", oportunamente formuló la demanda de casación, en la cual, con apoyo en la causal primera, le hace siete cargos a la sentencia de segunda instancia.

2. Y expresa en su demanda el casacionista, refiriéndose al error que le imputa al fallo y que concreta en que él incluye entre los cedentes a Iván Botero Giraldo, quien no aparece transfiriendo sus derechos en "Industrias Ibo Limitada", que "este punto interesa procesalmente a Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada en cuanto implícitamente la sentencia ordenó restituciones mutuas a favor de Botero..., lo cual conlleva que aquéllas a cargo de Tito Heraldo Bernal Morales se efectúen no solo a favor de los presuntos cedentes, entre ellos mi referida poderdante, sino también a Iván Botero, quien carece de derecho a ellas...".

Aludiendo a la condena de restitución del precio que para todos los demandados trae la sentencia, dice el impugnador que ella es violatoria, por aplicación indebida del artículo 1746 del C. C., por cuanto abraza a "Max Zangen, personalmente e Industrias Ibo Limitada, de la cual es socia Fábrica de Sombreros de Fieltro a quien represento, lo que me legitima para formular este cargo en su nombre. Que la declaración comprenda a Iván Botero es punto en el cual carezco de interés para sustentar el recurso extraordinario, porque dicho señor no recurrió de la sentencia del Tribunal, que para él en esta parte es firme, y tratándose de un litisconsorcio pasivo facultativo, los actos de cada litisconsorte son autónomos y no benefician a los restantes, como lo preceptúa el artículo 50 del C. de P. C.".

Y posteriormente, haciendo referencia a la condena al pago de perjuicios que en la sentencia se impone a "Fábrica de Sombreros de Fieltro", "Industrias Ibo Limitada" y Max Zangen personalmente añade el casacionista que su impugnación en el punto "debe prosperar a favor de mis representados y de Industrias Ibo Limitada, en virtud de que Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada es socia en aquella sociedad, lo que me legitima para fundar el cargo. En relación con los demás demandados, —añade— ellos dejaron ejecutoriar la sentencia y tratándose de un litisconsorcio facultativo el presente recurso no los beneficia, según se ha dicho".

Se considera.

1. Dentro de la teoría del derecho procesal es verdad averiguada que, para recurrir en casación, no es bastante que quien interpone este recurso extraordinario sea parte en el proceso, sino que se requiera además que el recurrente sufra perjuicio con la sentencia que impugna.

El agravio que el fallo cause a la parte recurrente, es precisa e invariablemente lo que determina el interés en recurrir; interés éste que, como presupuesto integrante de la legitimación para impugnar en casación, lo consagra positivamente la ley colombiana, como se deduce inequívocamente de la preceptiva contenida en los artículos 365, 366 y 369 del Código de Procedimiento Civil.

Fluye de lo anterior, como obvia y lógica consecuencia, que carece de interés para recurrir en casación una sentencia el litigante que por acogimiento de sus pretensiones no sufre con el fallo agravio o perjuicio alguno, o el que, habiendo recibido lesión, renuncia expresa o implícitamente a su propio interés al consentir la providencia que le causa el perjuicio.

Hablando del interés para recurrir en casación, dice don Manuel de la Plaza que "puede ocurrir, como hemos visto, que existiendo inicialmente *interés, haya desaparecido, por el aquietamiento ante las resoluciones de primera instancia (asentimiento tácito), o por actos de expreso renunciamiento a los del proceso, que nos constriñan a estar y pasar por una situación que hemos creado irrevocablemente". (La Casación Civil, página 361. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid).*

2. Por cuanto, como adelante se verá, la entidad "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada", no obstante que las sentencias dictadas en las dos instancias de este proceso le infieren evidente agravio de orden económico, no apeló de la de primer grado ni menos interpuso casación contra la de segundo que modificó aquélla, la

Corte carece de competencia funcional para estudiar la demanda de casación que a nombre de dicha sociedad se ha presentado. En efecto:

Ya desde el inicio del proceso, como puede verse en los folios 55, 56 vuelto y 113 del cuaderno número 1, hablando exclusivamente en su propio nombre, Max Zangen constituyó apoderado especial para que llevara su representación en "el juicio ordinario de mayor cuantía que en su Despacho instauró contra mí y otras personas el señor Tito Heraldo Bernal Morales"; personería ésta que en esos precisos términos fue reconocida por el Juzgado *a quo*, tal cual lo dicen los autos de 11 de enero y 24 de abril de 1972, visibles a los folios 85 y 113 vuelto del mismo cuaderno. Proferida que fue por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín su sentencia en este proceso, en escrito de 26 de febrero de 1974, el apoderado así constituido y reconocido, expresando que actuaba en esta específica calidad (folio 155, cuaderno número 1), interpuso contra dicho fallo el recurso de apelación, que le fue concedido.

Una vez que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín puso fin a la segunda instancia del proceso con su fallo de 31 de julio de 1974, el apoderado de dicho demandado, diciendo paladinamente en el escrito respectivo que "actuó como apoderado del señor Max Zangen" (folio 27, cuaderno número 8), interpuso contra esa providencia el recurso de casación; con apoyo en los términos en que fue concebida esta súplica, el Tribunal, en auto de 9 de septiembre del mismo año (folios 29 y 29 vuelto del cuaderno número 8), en forma que por su precisa determinación no permite abrigar duda alguna, decidió conceder el recurso extraordinario "impetrado por el apoderado de la parte demandante y de uno de los demandados, el señor Max Zangen...".

La relación de los anteriores actos procesales evidencia, pues, que la demandada "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada, Fieltrosa" no interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia proferida en este proceso, sin embargo de que esta providencia le fue ostensiblemente perjudicial. Así lo entendió la Corte desde el primer momento en que asumió el conocimiento de este negocio; de ahí que, en auto de 21 de noviembre pasado, el que por absoluta ausencia de impugnación adquirió el sello de firmeza, la Sala decidió admitir "los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de 31 de julio de 1974 por el demandante y por el demandado Max Zangen".

3. Corolario de lo expuesto es, entonces, el de que por no haber recurrido en casación contra la sentencia de segunda instancia la sociedad Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)", no le es permitido a la Corte, por carecer de competencia para ello, estudiar ni menos decidir en el fondo la demanda de casación que a nombre de dicha entidad se ha formulado.

No demerita la anterior conclusión el hecho de que el demandado Max Zangen, quien es gerente de la sobredicha sociedad, sí haya interpuesto casación, desde luego que, como ha quedado visto, al postular los actos atinentes a los recursos de apelación y casación ese litigante actuó exclusivamente a nombre suyo y no en representación de otra persona. Además, como lo observa con énfasis el casacionista que presentó la demanda que se considera, tratándose aquí de un litisconsorcio facultativo el recurso de casación interpuesto por uno de los litisconsortes no afecta ni beneficia a los demás.

4. Debe pues la Corte abstenerse de considerar esta demanda.

C. El recurso del demandado Max Zangen.

En su demanda, este litigante formula contra la sentencia de segundo grado siete cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera de casación, de los cuales la Corte despacha el segundo que a su juicio viene fundado en razones suficientes para quebrar el fallo impugnado, en todo lo que él concierne a este recurrente.

Cargo segundo.

1. Mediante él el impugnador acusa la sentencia de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1668-5, 1746 del Código Civil, y 8º de la Ley 153 de 1887; y por falta de aplicación, los textos 2079 de dicho Código, 831 del Código de Comercio anterior, y 1º de la Ley 124 de 1937, a causa del evidente error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de los documentos "que obran en el cuaderno número 1, folios 48 y siguientes, y cuaderno 2, folios 14 a 16".

2. Desarrollando el cargo el censor asevera, en primer lugar, que según el documento en que se hicieron constar los términos acordados para la proyectada cesión de cuotas o de interés social de la entidad "Industrias Ibo Limitada", el negocio se pactó entre "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)", Saúl Saldarriaga y Alvaro Isaza Gaviria, como presuntos cedentes y Tito Heraldo Bernal Morales, como cesionario; y que, sin embargo de ser ello así el Tribunal, luego de declarar la inexistencia de dicho acto por falta de escritura pública, conde-

nó, como consecuencia, a los demandados en forma solidaria a restituir al demandante la suma de $ 600.000.00 como precio.

"El Tribunal pasó así por alto —expresa la censura— que los demandados no solo fueron los presuntos cedentes, acabado de enunciar, sino también Max Zangen personalmente, Iván Botero Giraldo e Industrias Ibo Limitada, quienes no pretendieron ceder ningún derecho, pues el primero no era socio de Industrias Ibo Limitada; el segundo, como se dijo en el cargo anterior, mantuvo sus derechos sociales en ella y quedó como único socio con Tito Heraldo Bernal Morales, y la tercera era precisamente la sociedad respecto a la cual existían los derechos materia de la cesión, de modo que sería imposible jurídicamente que fuera su propia socia".

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, afirma el recurrente que en la sentencia se condena igualmente a "todos los demandados, entre ellos a Max Zangen personalmente y a Industrias Ibo Limitada", a pagar los desembolsos efectuados por el demandante para cancelar costos, gastos y deudas de esta empresa causados hasta el 11 de marzo de 1970; y que al así decidir tampoco prestó el Tribunal atención a la consideración de que, según el documento que singulariza como indebidamente interpretado, "Max Zangen fue extraño a la proyectada cesión, y en que Fábrica de Sombreros de Fieltro como socia de Industrias Ibo nada tenía que restituir, pues los socios no responden de gastos y costos sociales, ni de las deudas de la sociedad, salvo en caso de liquidación de ella cuando así se disponga en tal liquidación".

Se considera.

1. El proyecto de escritura pública, cuya existencia en la Notaría Segunda de Medellín comprobó el Juez Octavo Civil del Circuito de allí, en la inspección judicial que practicó el 31 de agosto de 1970 y cuya copia se adujo oportuna y legalmente a este proceso, dice que comparecieron en esa oficina notarial "Iván Botero G., Max Zangen, Saúl Saldarriaga G., Alvaro Isaza G. y Tito Heraldo Bernal Morales..., quienes obran en sus propios nombres, con excepción del señor Max Zangen M., quien obra en nombre y representación de la sociedad denominada 'Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)' ... y dijeron: Primero... Que los socios de la sociedad mencionada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de los estatutos sociales, consienten en que algunos de los socios cedan su interés social en la compañía al compareciente Tito Heraldo Bernal Morales; y el ingreso de éste, como nuevo socio de la Compañía. Tercero. Que en vista de la autorización concedida, los socios 'Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)', Saúl Saldarriaga G. y Alvaro Isaza G., ceden a título de venta al señor Tito Heraldo Bernal Morales, las 1.600 acciones o partes de interés social que poseen en la sociedad 'Industrias Ibo Limitada', en la proporción de 800, 600 y 200 acciones, respectivamente, que poseen en la sociedad".

Palmar es entonces, según la objetividad que el referido documento ostenta, que Max Zangen, considerado como persona natural, ni cedió ni pretendió ceder derecho suyo alguno en la sociedad "Industrias Ibo Limitada", entre otras cosas porque no era socio de esta empresa; y que si bien es verdad que intervino en la proyectada cesión, no lo es menos que actuó allí no personalmente sino como representante de "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)". Lo cual significa, *a la luz de los principios regulativos del fenómeno jurídico de la representación (artículo 1505 del C. C.), que los efectos de la negociación se radican en cabeza del representado y no del representante; que es aquél quien, con respecto a la persona que contrató con el representante, se convierte en acreedor o deudor, y el que responde de las culpas en que haya incurrido éste en el cumplimiento o incumplimiento del contrato.*

2. La sentencia, en disposición que no solamente no es impugnada por ninguno de los recurrentes sino que éstos expresamente aceptan, declara la inexistencia de la proyectada cesión de derechos sociales de "Industrias Ibo Limitada", en la que "fueron cedentes o vendedores Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada. Alvaro Isaza Gaviria, Saúl Saldarriaga Flórez e Iván Botero Giraldo, y cesionario o comprador el señor Tito Heraldo Bernal Morales", apoyando esta decisión "en la ausencia de autorización por parte del Notario Segundo de Medellín, de la escritura extendida con miras a ceder el interés social"; omisión debida a que los cedentes no aportaron sus certificados de paz y salvo con el impuesto de renta y complementarios. Consiguientemente condena a todos los demandados, incluyendo a Max Zangen, a restituir al demandante el precio de la dicha cesión y a pagarle todos los desembolsos efectuados por éste para cancelar costas, gastos y deudas de "Industrias Ibo" causados hasta el 11 de marzo de 1970; y además, a pagar los perjuicios ocasionados por su culpa, consistentes en no haber allegado los sobredichos certificados de paz y salvo.

Pero si, como quedó visto, Max Zangen no fue parte en la relación material que la sentencia

declara inexistente, el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar la prueba referida, puesto que alterando la realidad que ella demuestra le atribuyó a aquél la categoría de cedente del interés social a que el documento se refiere. Y como este yerro fue la determinante de que en la sentencia impugnada se impusieran a dicho demandado las condenas a restituir una cuota del precio que éste no recibió, y el pago de unos costos y perjuicios que sí se causaron no fue por culpa suya, desde luego que como tercero en la negociación no estaba obligado a llevar su paz y salvo, debe concluirse afirmando que el error de hecho que el censor le endilga al Tribunal sí se configura con la trascendencia necesaria para casar el fallo impugnado, el cual es violatorio del artículo 1746 del C. C., por aplicación indebida.

V

Sentencia sustitutiva.

Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del cargo segundo que el recurrente Max Zangen le formula a la sentencia recurrida extraordinariamente, ésta debe casarse; pero como su quiebra es solo por el eficaz ataque que dicho litigante le formula al fallo en cuanto impuso a él, siendo tercero en la negociación, las condenas a restituir una cuota del precio de la proyectada cesión, lo mismo que la correspondiente a los desembolsos efectuados por Bernal Morales para cancelar costos, gastos y deudas de "Industrias Ibo Limitada", y los perjuicios causados por culpa de los presuntos cedentes al no haber allegado los paz y salvo fiscales necesarios para perfeccionar la escritura de cesión, la sentencia de reemplazo debe reproducir todas las decisiones relacionadas con los demandados que no recurrieron en casación, y las que habiendo sido impugnadas no alcanzaron éxito.

En tal virtud la sentencia de la Corte debe concretarse a casar el fallo recurrido, en cuanto por él se condenó al demandado Max Zangen, a quien, por tanto debe absolverse por no haber figurado como cedente, ni, por ende, haber recibido parte del precio, y por no haber adquirido de consiguiente la obligación de allegar su paz y salvo para perfeccionar la escritura de cesión, que es la causa determinante de los perjuicios que el demandante reclama; debe asimismo la Corte, por las razones indicadas en la motivación de este fallo, abstenerse de considerar la demanda de casación formulada por la sociedad "Fábrica de Sombreros de Fieltro (Fieltrosa)"; y, finalmente, reproducir las restantes disposiciones del fallo de segundo grado.

VI

Decisión.

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 treinta y uno (31) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando como Tribunal de instancia.

RESUELVE:

Primero. ABSTIÉNESE de estudiar y decidir en el fondo, por falta de interés para recurrir en el impugnante, la demanda de casación presentada en nombre de la sociedad "Fábrica de Sombreros de Fieltro Limitada (Fieltrosa)";

Segundo. CONFÍRMANSE los numerales 1º y 2º de la parte resolutiva de la sentencia de once (11) de febrero del mismo año, proferida en este proceso por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín y complementada por la de fecha diez y nueve (19) de los mismos mes y año;

Tercero. REVÓCANSE las demás resoluciones contenidas en dichos fallos, y en su lugar se dispone lo siguiente:

A) Como consecuencia de la declaración contenida en el numeral segundo anterior, SE CONDENA solidariamente a los demandados, con excepción de Max Zangen a quien por tanto se absuelve de los cargos de la demanda, a restituir al demandante la suma de seiscientos mil pesos ($ 600.000.00) que como precio de la cesión proyectada éste pagó, y al pago de los perjuicios sufridos por Tito Heraldo Bernal Morales, por no haberse perfeccionado el contrato de cesión del interés social de varios de ellos en la sociedad "Industrias Ibo Limitada", por culpa de los mismos, concretados en los gastos personales de transporte y hotel efectuados por aquél hasta el 11 de marzo de 1970, que se liquidarán por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

B) CONDÉNASE, igualmente, a los demandados, con excepción de Max Zangen a quien por tanto se le absuelve de los cargos de la demanda, a restituir al demandante todos los desembolsos efectuados por éste para cancelar costos, gastos y deudas de la empresa "Industrias Ibo Limitada", causados hasta el día 11 de marzo de 1970, cuyo monto debe determinarse por el mismo procedimiento indicado anteriormente, deduciendo

de él la cuantía de los recaudos por créditos a favor de dicha sociedad, percibidos por el citado Bernal Morales;

C) El demandante Tito Heraldo Bernal Morales, a efecto de las restituciones que le corresponde efectuar a los demandados, no tendrá obligación de hacerlo en cuanto a la parte de los equipos y maquinaria que se encuentre trabada en procesos de ejecución, entretanto se hallen sujetos a embargo y secuestro, pues en cuanto a ellos "Industrias Ibo Limitada", como dueña de los mismos, queda sometida a los resultados de los procesos respectivos;

D) DECLÁRASE que las letras de cambio suscritas por el demandante y su esposa Blanca de Bernal a favor de "Fábrica de Sombreros de Fieltro, descritas bajo la letra b-2 de la pretensión B, tienen la misma causa o sustituyeron las obligaciones iniciales del demandante para con la misma fábrica, al suscribirse el 11 de marzo de 1970 la escritura cuestionada, cuya inexistencia ha sido ya declarada";

Cuarto. DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas;

Quinto. CONDÉNASE a los demandados, con excepción de Max Zangen, quien ha resultado absuelto de todos los cargos que contra él se aducen en la demanda, al pago en favor del demandante de la mitad del valor de las costas causadas en las dos instancias del proceso;

Sexto. CONDÉNASE al demandante a pagar al demandado Max Zangen todas las costas que para éste implicó su defensa en las dos instancias del proceso;

Séptimo. SIN COSTAS en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Desarrollo histórico: responsabilidad directa e indirecta; culpa in eligendo **e** in vigilando. **Tesis organicista.**

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Mediante sentencia proferida el 27 de septiembre de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió, en segunda instancia, las demandas con que se iniciaron por Miguel Rendón M. y otros los procesos acumulados contra la entidad "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Jericó".

Contra dicha sentencia recurrió en casación la demandada, recurso que por haber sido legalmente concedido y debidamente tramitado, procede hoy la Corte a resolver.

I

La primera demanda.

1. Mediante libelo de 2 de noviembre de 1970 Miguel Rendón M., Hernán, Gildardo y Miguel Rendón O., Alfonso Orozco, Petronila Ospina, Antonio Loaiza, Fanny Vanegas de Sierra, Arturo Carvajal y Jorge Cano demandaron ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó a la "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero", Sucursal o Agencia de esa ciudad, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que la entidad demandada, por hechos imputables a sus subalternos o empleados, es civilmente responsable de todos los perjuicios causados a los demandantes con motivo del incendio desatado en esa localidad el 3 de junio de 1970;

b) que, consecuencialmente, se condene a la sobredicha entidad a indemnizarles los perjuicios de diverso orden sufridos por ellos como consecuencia directa e inmediata de la referida conflagración, "en la cuantía que se establezca en el plenario, o en el incidente de liquidación posterior al fallo"; y

c) que la indemnización debida debe abrazar, a más del lucro cesante y del daño emergente, "los demás factores que integran los perjuicios según nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia".

En subsidio de la primera súplica principal, los demandantes solicitan en su demanda que la justicia declare que la "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Jericó", por culpa en el desarrollo del servicio confiado a ella, es civilmente responsable de los perjuicios causados a aquéllos con ocasión del incendio a que atrás se hizo referencia.

Y como subsidiaria de la anterior, impetran la declaración de que esa misma entidad está obligada a pagarles todos los perjuicios, "por el solo hecho de haber almacenado en sus dependencias materias inflamables que fueron idóneos agentes comburentes del incendio acaecido en el Municipio de Jericó" en la fecha arriba indicada.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como *causa petendi* de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en los siguientes:

a) la "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero", que es empresa comercial del Estado y cuyo objetivo es el financiamiento y atención crediticia a los agricultores y ganaderos del país, estableció una sucursal o agencia en el Municipio antioqueño de Jericó, en donde, además de sus oficinas y dependencias ordinarias, en un local tomado en arrendamiento a Margarita y Tulia Hurtado, instaló su almacén de productos agrícolas para el expendio de éstos al público;

b) por cuanto en dicho local la entidad demandada tenía depositados muchos productos de

elaboración química y de naturaleza comburente que implicaban riesgo para su propiedad, las arrendadoras, amparadas además en que el término estipulado para la duración del arrendamiento se hallaba vencido a la sazón, habían requerido a aquélla para la restitución del inmueble, sin que sus peticiones hubieran alcanzado éxito;

c) la vigilancia del almacén y oficinas la hacía la entidad demandada por conducto de sus empleados y subalternos; por cuanto el referido local carecía entonces de alumbrado eléctrico, puesto que la Electrificadora de Antioquia le había suspendido a la Caja Agraria dicho servicio, ésta encargó de su cuidado diurno y nocturno a su empleado Fabio Jiménez;

d) en las horas de la mañana del 3 de junio de 1970, cuando las oficinas de dicha entidad crediticia aún no estaban al servicio del público, se originó un incendio de grandes proporciones, precisamente dentro del local o almacén a que se ha hecho alusión; todas las características de esta conflagración hacían presumir que "se debía exclusivamente al fuego generado por la combustión y estallido de los recipientes contentivos de las sustancias inflamables", almacenadas en dicho local;

e) "antes de la iniciación del incendio —expresan los demandantes en el hecho 12 de su libelo incoativo del proceso— estuvo en el local o almacén donde se originó, el subalterno de la Caja, señor Fabio Jiménez, no obstante tratarse de día no laborable, según costumbre de la entidad. Cuando la catástrofe estaba en pleno desarrollo, el mismo individuo, sin ocultar su preocupación, y a modo de explicación de la génesis del insuceso, decía ante terceras personas, que su causa provenía de una 'vela' que él había encendido cuando estuvo en el local y que desapercibidamente había dejado allí";

f) iniciado pues así, el fuego tomó proporciones de tal magnitud que fue impotente el esfuerzo de los habitantes y de las autoridades de la ciudad para extinguirlo; se propaló con gran celeridad abrazando a los inmuebles aledaños a tal punto que, prestamente, tanto éstos como sus dotaciones e implementos fueron consumidos por las llamas; y

g) a consecuencia del incendio referido quedaron inutilizadas, por la extinción que de ellas hizo el fuego, las edificaciones, mercaderías y dotaciones pertenecientes a los demandantes, según la discriminación que para cada uno de éstos se hace en la demanda.

3. En su oportuna contestación a esta demanda la entidad demandada se opuso a las pretensiones de sus demandantes; y en cuanto a los hechos en ella afirmados aceptó algunos pero negó los más.

Sobre la cardinal afirmación de que el incendio se había producido por fuerza mayor o caso fortuito, y no por hechos culposos imputables a su empleado, en esa misma oportunidad, la demandada propuso como "perentorias" las siguientes excepciones:

a) inexistencia de la obligación, "por supuesto engendro bien en el acto culposo, bien en el acto negativo, bien en el exceso o riesgo"; b) la "que desconoce el hecho por defecto de prueba, y declara extinguida una obligación si alguna vez existió"; c) compensación "sicofísica o consensus ad imaginem, basada en la fórmula de la volenti non fit iniuria"; y d) finalmente, la de caso fortuito o fuerza mayor.

II

La segunda demanda.

1. Mediante ésta, que fue presentada el 9 de junio de 1971 al mismo Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, Margarita y Tulia Hurtado Ramírez citaron a proceso ordinario de mayor cuantía a la misma entidad "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero", Sucursal o Agencia de esa ciudad antioqueña, a fin de que la justicia hiciera en favor de aquéllas y en contra de ésta idénticas o similares declaraciones y condenas a las deprecadas en la primera demanda.

2. Trece afirmaciones de hecho constituyen la *causa petendi* de esta segunda demanda; las cuales, en su gran mayoría, son sustancialmente iguales a las que se citaron como fundamento de la primera, por lo cual la Corte da por reproducido aquí el resumen que de ellas se hizo atrás y procede a sintetizar los hechos que son propios de la presente, así:

Que la entidad demandada y las hermanas Hurtado Ramírez ajustaron un contrato de arrendamiento de un local de la casa de propiedad de éstas, ubicada en la carrera 5ª entre calles 7ª y 8ª de la ciudad de Jericó; que sin embargo de haberse estipulado que la arrendataria destinaría el inmueble "únicamente para la venta de herramientas, muestreo de mercancías y en especial artículos livianos", la Caja Agraria, infringiendo lo acordado contractualmente, resolvió depositar en ese local "abonos, fungicidas, insecticidas" y otros productos de elaboración química y de naturaleza comburente; que, por esta razón, las arrendadoras reclamaron "al señor

agente de la Caja", advirtiéndole que no continuarían con el contrato, cuyo término había vencido a la sazón; y que precisamente por el peligro que las sustancias almacenadas en el local implicaba para los habitantes del poblado, se había suspendido el servicio de alumbrado específicamente en dicho inmueble.

3. También oportunamente la demandada contestó esta demanda. Y su respuesta la concibió en los mismos términos en que formuló contestación a la primera, proponiendo, además, las mismas excepciones que a su favor invocó en ella.

III

El trámite procesal.

1. Una vez que las dos demandas fueron replicadas en los términos dichos, los procesos a que ellas dieron lugar se recibieron a pruebas, período dentro del cual las partes adujeron las que estimaron pertinentes para demostrar sus afirmaciones.

Y agotada que fue la etapa probatoria el Juzgado del conocimiento, a instancia de la entidad demandada, por auto de 18 de noviembre de 1971 decretó la acumulación de los dos procesos, los que, por consiguiente, a partir de entonces recibieron trámite conjunto.

2. Surtido que fue, pues, todo el trámite de la primera instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, al que pasaron las causas reunidas por impedimento del Juzgado de Jericó, le puso fin con su sentencia de 18 de febrero de 1974, mediante la cual condenó a la entidad demandada a pagar a todos los demandantes, como indemnización de los perjuicios que éstos sufrieron con motivo del incendio ocurrido el 3 de junio de 1970, la suma de $ 6.083.100.00, suma que distribuyó entre ellos en las cantidades que en su fallo pormenorizadamente discrimina.

3. Por virtud de apelación interpuesta tanto por la demandada como por todos los demandantes contra la sentencia dicha, los procesos reunidos subieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en fallo proferido el 27 de septiembre del mismo año, desató los recursos confirmando las resoluciones contenidas en el apelado, si bien hizo algunas modificaciones en cuanto a la cuantía de las condenas a favor de cada demandante, las cuales redujo.

4. Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación la institución demandada y los demandantes en la primera de las demandas acumuladas. Mas, como estos últimos desistieron del recurso extraordinario y su desistencia fue admitida por la Corte, ésta contrae hoy sus consideraciones a decidir la impugnación de la demandada.

IV

Los fundamentos del fallo de segundo grado.

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de advertir que sí es competente la jurisdicción ordinaria para decidirla, dice el Tribunal que sin embargo de haberse acumulado procesos en los que se deducen pretensiones fincadas en responsabilidad extracontractual, como lo son las deprecadas en la primera de las dos demandas, y otras apoyadas básicamente en responsabilidad contractual, como lo son las súplicas de la segunda, no hay indebida acumulación; y que, por tanto, por este aspecto sí procede el pronunciamiento de sentencia de mérito.

Observa al punto el *ad quem* que siendo "idénticos los efectos de la responsabilidad contractual y la extracontractual y teniendo una y otra, origen en el mismo insuceso generador de los daños y de perjuicios, como a todas luces se trasluce del acervo probatorio aducido al plenario, ningún reparo subsiste para formular a la precitada acumulación de pretensiones".

2. Orientado por este razonamiento, con transcripción de la preceptiva legal contenida en el artículo 2005 del Código Civil el Tribunal acomete el análisis de la obligación de restituir la cosa arrendada que asiste al arrendatario, observando, de paso, que según jurisprudencia al respecto, se presume culpa de éste en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos a la cosa durante su goce; y que por consiguiente para liberarse del deber de indemnizarlos "debe probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios".

Y luego de aseverar que "ya no suscita duda alguna el estar obligadas las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza o calidad, al resarcimiento de perjuicios derivados de responsabilidad contractual o extracontractual", el juzgador de segundo grado acomete el estudio de esta última.

En esta tarea el *ad quem*, después de transcribir la sentencia de 30 de junio de 1962, para acoger y aplicar en el presente caso la doctrina que en ella sentó la Corte, dice que se encuentra frente a un supuesto que se ajusta a la teoría de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, conforme a la cual dichos entes responden

frente a terceros de los actos de quienes actúan en interés de aquéllos como agentes suyos, en ejercicio de sus funciones, y que por lo mismo deben responder por los perjuicios que éstos causen como si fueran ocasionados por la persona moral misma, sin interesar al respecto si el agente autor del daño personifica un órgano al través del cual se expresa la voluntad del ser moral, o apenas de un subalterno suyo.

3. Asentado por él el anterior postulado, el Tribunal acomete el estudio de las pruebas aducidas al proceso, para concluir, con apoyo en ellas, que el incendio ocurrido el 3 de junio de 1970 en el poblado de Jericó se debió exclusivamente a la culpa de Fabio Jiménez; que a la sazón éste era funcionario o empleado de la Caja Agraria de allí, cuyo deber era precisamente el cuidado diurno y nocturno del local en donde la conflagración se generó; que como consecuencia directa del incendio, todos los demandantes sufrieron perjuicios; y que por consiguiente la entidad demandada debe responder directamente.

Para arribar a la conclusión a que en torno a la causa determinante del incendio llega en su fallo, el sentenciador se refiere primeramente a la comunicación de 18 de julio de 1970 dirigida por Fabio Jiménez al subgerente del Instituto demandado, en la que aquél reconoce que ese día estaba en el local cumpliendo las labores a él asignadas y que consistían básicamente en "hacer un reempaque de abonos, y para ello compré una vela, pues la bodega se encontraba bastante oscura y entonces opté por prenderla y colocarla junto a donde yo estaba haciendo dicho trabajo. Más tarde yo salí del almacén, sin darme cuenta clara de que en el interior de la bodega se había quedado la vela prendida"; alude el Tribunal, segundamente, a la carta de 8 de julio del mismo año dirigida por el subgerente de la institución al citado Jiménez, en la cual se le dice que, "además de los cargos anteriores, que resultan graves, se destaca sobre todos ellos el hecho de que por un descuido o negligencia suya se produjeron pérdidas en el Almacén de Provisión Agrícola de Jericó"; y, por último, a los testimonios de Francisco Peláez, Marco Fidel Pérez, Guillermo Uribe, Alberto Ceballos, Bertha y Mireya Cañas.

Respecto al elemento daño, el sentenciador lo da por demostrado "con los instrumentos públicos" allegados por los demandantes, con los cuales, a su juicio, se justifica suficientemente que ellos "eran los dueños de los inmuebles que fueron consumidos por el fuego el 3 de junio de 1970"; con las "pertinentes declaraciones de número plural de testigos, no tachados, ni contrargüidos, que relacionan los artículos, muebles, enseres, víveres, etc., que en esos locales e inmuebles se encontraban"; cuyo valor, dice el Tribunal, se acredita con los dictámenes periciales legalmente rendidos en la primera instancia del proceso.

4. Conclusión de todas sus consideraciones, es, para el Tribunal de Medellín, que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es responsable directa de los perjuicios causados a todos los demandantes por el incendio a que se viene haciendo referencia; pero que la cuantía de las correspondientes condenas debe disminuirse "en cuanto al monto o entidad del daño emergente, atendido el rechazo que se ha hecho del factor 'good will', en cuanto a los señores Rendón, Cano y Orozco; así como reconsiderando el lucro cesante estimado en cuanto a estos mismos señores, por razón del rendimiento de sus negocios y traduciéndolo en el interés legal en lugar de las cifras que los peritos habían estimado como tal".

V

El recurso extraordinario.

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpusieron casación la demandada y los demandantes en el primero de los procesos acumulados; pero como éstos desistieron de su recurso, la Corte contrae su estudio a la impugnación de la entidad demandada.

2. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula un solo cargo a la sentencia del Tribunal.

Mediante él acusa dicho fallo de ser directamente violatorio, por aplicación indebida, del artículo 2341 del Código Civil; y de los textos 2347 y 2349 *ejusdem,* por falta de aplicación.

3. En desenvolvimiento de la censura por el primer concepto, el casacionista, tomando apoyo en doctrinas de la Corte que así lo pregonaban, asevera que el artículo 2341 del C. C., cuya preceptiva ha servido para estructurar la teoría general de la responsabilidad civil por culpa aquiliana, "solo debe ser aplicado en los casos en que el daño ha sido causado por un hecho propio del sujeto de derecho", desde luego que el referido texto legal alude al "que ha *cometido* un delito o culpa", y no en aquellos supuestos relacionados con la responsabilidad por el hecho ajeno. Añade que en las últimas hipótesis es inaplicable la citada norma porque el sujeto "*no ha intervenido directamente en la realización del*

daño sino que, por el contrario, es otra persona o cosa la que inmediata y directamente ha causado el perjuicio''; y que en los supuestos de la responsabilidad por el hecho propio, ''la situación es completamente distinta y se caracteriza, precisamente, porque es el hecho del responsable el que, sin intermediarios, ocasiona directamente el perjuicio''.

Guiado entonces por la tesis que propugna, de cuya muerte se lamenta e invita a la Corte para que la resucite; estima el censor, y así lo asevera en su demanda, que el fallo del Tribunal, al aplicar en el presente caso el precitado artículo 2341, ''deja de lado las tradicionales distinciones entre la responsabilidad por el hecho propio, de una parte, y las responsabilidades complejas (responsabilidad por el hecho ajeno y por actividades peligrosas), de la otra, presupone una irritante distinción, que la ley no hace, entre las personas naturales y jurídicas, pues al paso que para las primeras admite la responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho propio, claramente diferenciadas, endilga a las segundas una responsabilidad siempre directa, con todas las consecuencias que ello acarrea''; y que, como consecuencia, se infringió dicho precepto por aplicación indebida al considerar el Tribunal que el hecho de un dependiente, como era el almacenista Fabio Jiménez, compromete directamente la responsabilidad de la entidad demandada.

4. En desarrollo del cargo por el segundo de los conceptos de violación que denuncia, el impugnador expresa que el artículo 2347 del C. C., luego de consagrar el principio general de la responsabilidad por el hecho ajeno, entre los ejemplos que trae cita la que corresponde a ''los empresarios por el hecho de sus dependientes, *sin hacer distinción de si se trata de personas naturales o morales''*; y que esta norma legal se halla complementada por el artículo 2349 *ibídem,* en cuanto este texto precisa que esa responsabilidad se configura cuando el dependiente cause el perjuicio ''con ocasión del servicio prestado''. Y añade que la presunción de culpa consagrada por estos preceptos se infirma o desvirtúa, según el contenido mismo de ellos, ''probando que con la autoridad y cuidado que al civilmente responsable su respectiva calidad le confería, no tuvo la posibilidad de impedir el hecho o, en otras palabras, dando la denominada prueba de ausencia de culpa''.

Para avalar su aseveración el impugnante, sacando del olvido doctrinas de la Corte que pregonaron, frente a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la teoría organicista, cita en su demanda algunas sentencias según las cuales la responsabilidad dicha es directa solamente cuando el agente del ente moral causante del daño personifica a la institución, o es órgano suyo; e indirecta cuando la persona física productora del daño es un mero dependiente o subordinado.

5. Cree pues el casacionista que la indebida aplicación que el *ad quem* hizo en su fallo del artículo 2341 del C. C., lo condujo a quebrantar además, por inaplicación, los textos 2347 y 2349 *ejusdem,* por las razones que concreta así:

''a) En lo relativo al pilar contenido en el literal a) del aparte A precedente, el de afirmar que, al existir culpa del agente, se considera aquélla como culpa propia de la persona jurídica, obligándola a exonerarse solo si demuestra la causa extraña siendo así que, según lo visto, tratándose de responsabilidad indirecta, le era suficiente la prueba de la ausencia de culpa.

''b) En lo atinente al pilar contenido en el literal b) del aparte A precedente, el de no aplicar las consecuencias jurídicas previstas para el caso en que, por culpa de un dependiente, se cause un perjuicio a un tercero.

''c) En lo tocante al pilar contenido en el literal c) del aparte A precedente, el de aplicar a la responsabilidad extracontractual una de las características salientes de la contractual y que diferencian ésta de aquélla, haciendo a la segunda más estricta, bajo este aspecto, que la primera, cual es la de que 'en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuera responsable', postulado que se adopta sin mencionar el artículo 1738 del Código Civil que lo contiene, principio éste que, obviamente, no puede invocarse en tratándose de responsabilidad extracontractual, sin violar los artículos 2347 y 2349 del mismo Código.

''d) Finalmente, respecto al pilar contenido en el literal d) del aparte A precedente, y no obstante aceptar que las pruebas aportadas por la Caja tiene 'la virtualidad de exonerarla del cargo de negligencia o descuido culpable' y mostrar 'la diligencia y cuidado observada por la institución demandada en las numerosas agencias y dependencias que tiene en el país', —con lo cual está dando por demostrada la prueba de la ausencia de culpa a que se refiere el último inciso del artículo 2347—, exigirle, por no ser esta prueba 'exonerante de la responsabilidad directa que aquí se le imputa a la Caja Agraria', la prueba positiva de la causa extraña, borrando así, de un solo plumazo, el mencionado aparte de dicho artículo y la abundantísima jurisprudencia que, con base en él, ha elaborado esa honorable Corte Suprema de Justicia''.

IV

Consideraciones de la Corte.

1ª Dentro de la teoría general del derecho es hoy verdad inconcusa que las personas jurídicas, así las privadas como las públicas, se hallan abrazadas por los principios legales regulativos de la responsabilidad civil, tanto de orden contractual como extracontractual. Por cuanto equivale a negar la esencia del propio orden jurídico, la teoría de la irresponsabilidad de dichos entes proclamada por algunos tratadistas, especialmente frente al Estado, ha merecido siempre su justo rechazo y es, por tanto, hoy doctrina definitivamente proscrita.

Principio de riguroso derecho y no solamente de equidad es el de que los entes morales, cualquiera que sea su clase, como sujetos de derecho que son, deben asumir y responder por los daños que causen a terceros con sus actos, así como recogen las ventajas que éstos traen para ellos, puesto que, como acertadamente lo observa Francisco Ferrara, "la actividad jurídica no se puede desdoblar en sus cualidades y consecuencias". (Teoría de las Personas Jurídicas, página 821, Editorial Reus).

Orientada la Corte por la analogía jurídica, ya desde el siglo pasado advirtió que sin embargo de que el Título XXXIV *del Libro 4º del Código Civil no se refiere en forma expresa a la responsabilidad por culpa aquiliana de las personas jurídicas, dichas regulaciones sí las comprenden implícitamente. Por lo consiguiente, con fundamento en el principio cardinal que domina la materia, consignado en el precepto objetivo de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño tiene derecho a ser indemnizado, consagró la responsabilidad civil extracontractual para los entes morales, tanto de derecho privado como de derecho público.*

2ª Admitida y consagrada que fue por la jurisprudencia patria la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, prestamente surgió la cuestión atinente específicamente a la forma como éstas se comprometen por los actos culposos que, causantes de daños a terceros, ejecutan sus agentes o sus dependientes en el ejercicio de actividades que a ellas corresponden.

La dilucidación del problema a fin de resolverlo, es tarea que ha ocupado la atención de la Corte Suprema durante ya casi una centuria; y en este largo devenir histórico-jurisprudencial la corporación ha sentado en el punto las tesis que, si bien son diversas y en principio se presentaron vacilantes, corresponden en esencia a las que ha estimado ajustadas a la necesidad de adaptar los textos legales a la realidad social que cada época presenta.

3ª En la trayectoria seguida por la jurisprudencia de la Corte claramente se divisan, con singular relievancia, tres períodos históricos, en los cuales han predominado tres doctrinas bien diferentes en su contenido y alcance, como disímiles son los fundamentos en que ellas vienen edificadas. Tales doctrinas, cuya esencia no sobra recordar, son:

a) Responsabilidad indirecta. *Fue esta la teoría que frente a las personas jurídicas de derecho privado y público, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios de todo orden o nivel, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, acogió inicialmente la jurisprudencia de la Corte y a la que le dio absoluto predominio hasta bien avanzado el presente siglo. Fundada en los conceptos de culpa "in eligendo" e "in vigilando", estimó la corporación que ora la mala elección o ya la falta de vigilancia del empresario, permitía proyectar en la persona moral la actividad incuriosa o negligente de sus dependientes o subordinados.*

A la luz de esta doctrina la responsabilidad aquiliana de tales entes jurídicos debe gobernarse siempre por la preceptiva legal contenida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, pues que, en tal supuesto, no es la persona moral la que actúa, sino sus empleados o funcionarios, "del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física".

Consecuencias obvias de esta forma de responsabilidad indirecta son, en primer lugar, que la presunción establecida en contra de la persona moral puede ser infirmada o desvirtuada por ésta demostrando ausencia de culpa; en segundo, que el damnificado puede reclamar la indemnización frente a la persona jurídica o frente al autor del daño, en caso de exigirla de la primera a éste, le asiste, dado el carácter solidario de la obligación, derecho a ser reembolsada por el último; y, finalmente, que la acción indemnizatoria prescribe en plazos diferentes, según sea la una o el otro el sujeto pasivo del proceso correspondiente.

b) Responsabilidad directa. *Con el pronunciamiento de su sentencia de casación civil de 21 de agosto de 1939 la Corte, al considerar insuficientes los fundamentos de la doctrina anterior, inició la revaluación de los soportes de la responsabilidad indirecta aplicada a las personas jurídicas; por el quebranto patrimonial que a terce-*

ros causen culposamente sus agentes, y abrió la puerta de la jurisprudencia para el ingreso a ella de la responsabilidad directa. Comenzó pues allí, si bien no en forma absoluta, puesto que a la parte con la nueva proyección doctrinaria continuó reconociendo la responsabilidad indirecta, el desplazamiento del problema de la preceptiva legal de los artículos 2347 y 2349 del C. C. a la contenida en el 2341 ejusdem.

En el citado fallo dijo en efecto la Corte que la "teoría basada en la culpa 'in eligendo' y en la 'in vigilando' ha situado esta especie de responsabilidad del Estado por causa de funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión" (G. J., t. XLVIII, *656 y 657).*

Recibida que fue la doctrina de la responsabilidad directa por la jurisprudencia, ésta hizo a ella dos modificaciones que repercutieron en trascendentales consecuencias de orden práctico.

*Consistió la primera en la adopción de la tesis llamada "*organicista*", según la cual la persona jurídica incurre en responsabilidad* directa *cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o agentes, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad; y en responsabilidad* indirecta *en los demás casos. Se estableció, pues, en punto de responsabilidad aquiliana de los entes jurídicos colectivos, una dualidad, fundada en la relación existente entre la persona moral y la física autora del hecho culposo.*

Y consistió la segunda modalidad de la responsabilidad directa, aplicable exclusivamente a las personas jurídicas de derecho público, en la tesis conocida con la expresión "fallas del servicio", según la cual es deber del Estado "reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial" (sentencia de casación civil atrás citada);

c) La doctrina actual. *Finalmente la Corte, en sus dos sentencias de 30 de junio de 1962, proferidas por las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, que en su orden aparecen publicadas en las páginas 88 y siguientes y 655 y siguientes del tomo* XCIX *de la Gaceta Judicial, reavaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, al punto de considerarla* directa *y no* indirecta, *por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquéllos dentro de la entidad jurídica.*

4ª Las consideraciones que, después de detenido análisis de la cuestión, hizo la Corte para adoptar su flamante doctrina, son las siguientes:

a) según el primero de dichos fallos: Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la ley.

"Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

"a) De las relaciones de familia, y por ello 'el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habiten en la misma casa';

"b) De las relaciones de guarda, y así 'el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado';

"c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas 'responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado', y

"d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden 'los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices y dependientes', 'mientras están bajo su cuidado'; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos 'con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos'.

"De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la 'dependencia', ni tampoco al 'cuidado' de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, al aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la 'autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe', se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo *e* in vigilando, *la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los 'hechos ajenos'".*

Y agrega esta sentencia: "La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la 'incorporación' de éstos en aquéllos —apelando a un vocablo en uso— constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación".

b) A más de otras, en el referido fallo la Sala de Negocios Generales consignó como razón del cambio jurisprudencial en la materia, la siguiente: "Por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los artículos 2347 y 2349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo *e* in vigilando, *o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del* eventus damni *con la* in eligendo *o* in vigilando *que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones".*

5ª La doctrina de la responsabilidad directa sustentada en los dos fallos a que se ha hecho alusión, ha venido siendo mantenida por la Corte en forma constante y sin vacilación alguna desde entonces, como puede verse, entre otras, en las siguientes sentencias: 20 de febrero de 1964, (CVI, 130 y 131); 16 de marzo de 1964 (CVI, 192); 17 de junio del mismo año (CVII, 807); 9 de diciembre de 1969 (CXXXII, 209); y 5 de julio de 1971 (CXXXIX, 18).

Dada la profunda solidez jurídica que estructura los pilares en que dicha doctrina se apoya, a tal punto que comparativamente obvio resulta que es ella la que mejor permite la eficaz tutela del derecho a la indemnización que asiste a quien resulte damnificado por el hecho culposo de los funcionarios de una persona jurídica, ni por asomo le sería dado a esta Sala incinerarla hoy para, en su lugar, resucitar la tesis de la responsabilidad indirecta, tal cual lo pretende el recurrente, sin que en pos de su intento esgrima razón legal con virtualidad suficiente que justifique el retroceso jurisprudencial que anhela.

6ª Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar, pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño.

Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del C. C., y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem. Y como así lo hizo en el presente caso el Tribunal de Medellín, se impone concluir que no hubo en la sentencia impugnada aplicación indebida de la primera de dichas normas; ni, por ende, inaplicación de las dos últimas.

El cargo resulta pues infundado.

VII

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la demandada. Tásense.

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, Alfonso Peláez Ocampo, Fernando Uribe Restrepo, Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REVISION DE SENTENCIA DE PREGON Y REMATE

Subrogación de crédito.—1. Técnica de casación, proposición jurídica completa. — 2. Error de hecho: ha de singularizarse la prueba acusada.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 18 de diciembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Lucía Gouffray viuda de García y otros, frente a Belisario Clavijo Novoa.

I

Antecedentes.

1. Mediante escritura pública número 4340 de 14 de octubre de 1961, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá y debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, Lucía Gouffray viuda de García, actuando en su nombre y en el de sus menores hijos María del Socorro, Margarita, Angela y Alejandro García Gouffray, constituyó hipoteca a favor del Banco Central Hipotecario para garantizar a éste el pago de la suma de $ 41.000.00 que había recibido a título de mutuo por el plazo de 20 años, pagadera en cuotas mensuales de $ 423.20, comprometiéndose, además, a reconocer intereses del 11% anual durante el plazo y del 13% en caso de mora.

El referido gravamen hipotecario se constituyó sobre el siguiente inmueble: "...un bloque de dos (2) casas, una alta y otra baja junto con el lote de terreno en que están edificadas, marcadas con los números ocho cuarenta (8-40) y ocho cuarenta y ocho (8-48) de la calle cuarenta y tres (43) de esta ciudad y comprendidas dentro de los siguientes linderos: "Norte, con propiedad de Daniel Rivas, pared medianera de ladrillo de por medio; Occidente, con la plaza Ricaurte; Oriente, con la casa número cuarenta y tres diez y siete (43-17) de la carrera octava (8ª), que es o fue de Antonio, Luciano, Alfonso y Arturo Moreno Uribe y María Moreno de García, y Sur, con propiedad que fue de Miguel Chaljud, después de Julia Montaña, hoy de Luis Zacour".

2. En libelo de 8 de noviembre de 1965 y que en repartimiento correspondió al entonces Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, el Banco acreedor, apoyado jurídicamente en las disposiciones del Título XLII del Libro 2º del Código Judicial anterior y que a la sazón regía, demandó a los deudores atrás mencionados a fin de que con su citación se decretase la venta en pública subasta del inmueble alindado antes y se le pagase, con el producto de la subasta, la suma de $ 38.655.54 a que ascendía el saldo del crédito y además los intereses debidos a la rata estipulada.

La demanda fue admitida en auto de 11 de enero de 1966, providencia en la cual el Juzgado decretó el embargo del inmueble hipotecado, medida ésta que se hizo efectiva el 16 de febrero siguiente mediante inscripción que de ella hizo el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

3. Atendiendo la comunicación que entonces le había dirigido el Juez Quince Civil Municipal de Bogotá, en la cual le decía que en el proceso ejecutivo allí seguido por Belisario Clavijo contra Lucía Gouffray de García se había decretado "el embargo y retención del remanente que pueda quedar a la ejecutada" en el proceso con acción real, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal, mediante auto de 25 de marzo, dispuso tener en cuenta el embargo del remanente decretado y comunicado a él.

4. En este estado el proceso hipotecario, a él compareció Belisario Clavijo y manifestó que

siendo acreedor de Lucía Gouffray de García estaba en condiciones de solucionar al Banco demandante su crédito, y por tanto, solicitó que se le autorizara "ese pago con subrogación".

Esta petición tuvo las siguientes incidencias y resultados:

a) ordenada la liquidación del crédito y las costas, ésta se practicó dando un total de $ 54.097.82 que, por no haber sido objetada, el Juzgado aprobó el 5 de mayo de 1967; b) por auto de 21 de junio siguiente se autorizó a Clavijo "para cancelar el crédito que se cobra por medio de este juicio"; c) éste consignó el 13 de julio la suma a que ascendió la liquidación; y d) finalmente el Juzgado, en auto del día siguiente, reconoció al consignante "como subrogatario del crédito hipotecario que cobra el Banco Central Hipotecario".

Realizado lo anterior, el 30 de agosto siguiente se notificó a Lucía Gouffray viuda de García, "en su nombre y en representación legal de sus menores hijos demandados", el auto admisorio de la demanda en el proceso con acción real y a la vez se le corrió el traslado, sin manifestación alguna de su parte.

5. Así las cosas, mediante escrito de 16 de octubre, Belisario Clavijo, por conducto de su apoderado, corrigió la demanda inicialmente presentada por el Banco acreedor, en el sentido de incluir como demandada "a la *sucesión de Angela García Gouffray,* representada por Lucía Gouffray viuda de García", corrección que el Juzgado de la causa admitió.

Y luego de algunos incidentes, el 31 de enero de 1968 el Juzgado del conocimiento profirió su sentencia mediante la cual decretó la venta en pública subasta del inmueble objeto del gravamen hipotecario; y ordenó que con el producto del remate se pagara "al subrogatario señor Belisario Clavijo, la suma de $ 54.097.82, más los intereses vencidos y que se venzan, a la tasa del 13% anual...".

6. Después de haberse declarado desierta en la primera oportunidad la subasta decretada, se señaló el 14 de enero de 1969 para realizarla.

Llegado el día del remate, abierta la licitación se presentó Germán Abondano Castaño quien, previa la consignación del porcentaje legal, ofreció por el bien materia de remate $ 150.000.00, suma que por equivaler al 60% del avalúo pericial condujo al Juzgado a admitir la postura; en seguida Belisario Clavijo, por cuenta de su crédito, ofreció $ 155.000.00 la que fue aceptada; Sory de Tester, previa consignación del porcentaje legal, ofreció $ 165.000.00; vinieron luego pujas y repujas hasta llegar a la suma de $ 203.700.00, que ofreció el citado Clavijo, oferta que le fue aceptada.

Y así, a las cinco y media de la tarde el Juzgado resolvió suspender la diligencia de remate "aplazándola hasta las dos de la tarde del día de mañana", puesto que, dijo, tenía "urgencia de trasladarse a un lugar fuera de su despacho para la práctica de una medida preventiva en otro juicio y en vista del interés de los postores en mejorar las ofertas". Suspendida que fue la diligencia, Sory de Tester manifestó ofrecer la suma de $ 205.000.00 por el inmueble materia del remate, oferta que no se admitió por esa causa, pero a la oferente se le hizo saber "la hiciera a primera hora de continuada la diligencia señalada para el día de mañana, como antes se indicó y al efecto se anunció a los postores interesados que deberían presentarse a las dos de la tarde del día de mañana para seguir con la subasta".

7. Llegado el "día siguiente", es decir, el 15 de enero 1969, a las dos de la tarde el Juzgado declaró abierta "la audiencia para continuar con el remate"; entonces Clavijo ratificó su oferta de $ 203.700.00, y como ese día no se presentó otra, se le adjudicó el inmueble por ese valor. Luego de la adjudicación se presentó Sory de Tester y expresó, de lo cual quedó constancia en el acta, "que con el fin de respaldar su memorial que fue presentado a la hora de las diez de la mañana del día de hoy personalmente y dentro del cual hace ofrecimiento del pago del crédito y pide su liquidación, pide al señor Secretario se sirva comprobar que presenta para que se tome nota del cheque de gerencia procedente del Banco Popular, Sucursal Bogotá, carrera 8ª número 11-73, número 579782 de enero 15 de 1969... a favor de Sory de Tester, por la suma de setenta mil pesos ($ 70.000.00) moneda corriente".

8. Finalmente el Juzgado, mediante auto de 28 de marzo de 1969, aprobó el remate verificado.

II

El litigio.

1. Mediante libelo de 18 de julio de 1970 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, la citada Lucía Gouffray viuda de García, actuando en su nombre y como representante legal de sus menores hijos Marcela Margarita, Alejandro y María del Socorro García Gouffray, y además a

nombre de la sucesión ilíquida de Angela García Guoffray, demandó al mentado Belisario Clavijo Novoa, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes o similares declaraciones y condenas:

a) que "no existe, ni existió subrogación legal" a favor de Belisario Clavijo del crédito hipotecario adeudado por los demandantes al Banco Central Hipotecario, y que consta en la escritura pública número 4340 de 14 de octubre de 1961, otorgada en la Notaría Tercera de esta ciudad, acreencia que dio lugar al proceso de venta seguido por éste en el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá;

b) que "la subrogación legal, dentro de un juicio de venta", solo puede ser aceptada por la justicia cuando se le presente la prueba de la existencia de un crédito a favor del que pretende la subrogación;

c) que el sobredicho Juzgado Dieciocho Civil Municipal "no tenía, ni tiene competencia, ni facultad jurídica alguna" para autorizar la subrogación, ni menos para declarar a Belisario Clavijo como subrogatario del crédito que generó el proceso hipotecario referido, y que por consiguiente los autos proferidos por aquél el 21 de junio y el 14 de julio de 1967, "carecen en absoluto de fuerza legal, son nulos y sin eficacia de ninguna naturaleza";

d) que el pago que hizo Belisario Clavijo en el referido proceso, por cuenta de los menores Marcela Margarita, Alejandro, María del Socorro y Angela García Gouffray, "se halla gobernado por la regla del artículo 1631 del Código Civil, y que por consiguiente, no constituye, ni puede constituir un caso de subrogación legal";

e) que en el referido proceso y frente a los demandados citados en el literal anterior, Clavijo Novoa "no podía, ni puede" ser sustituto procesal del Banco Central Hipotecario, y que por consiguiente "carece de personería para ello";

f) que el mismo Clavijo "no tenía, ni tiene legitimación substancial, ni adjetiva, ni personería de ninguna naturaleza" para corregir la demanda introducida por la referida entidad bancaria;

g) que la sentencia de 31 de enero de 1968, proferida por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá en el proceso hipotecario referido, y mediante la cual se decretó el remate del bien gravado, "debe revisarse y declararse sin valor ni eficacia jurídica de ninguna naturaleza, nula y sin efectos legales";

h) que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga "que el juicio de venta materia de esta demanda, debe quedar en el estado en que se hallaba antes de aceptar la ilegal intervención" de Clavijo Novoa;

i) que la diligencia del remate del inmueble números 8-40 y 8-48 de la calle 43 de Bogotá, realizada en el referido proceso hipotecario los días 14 y 15 de enero de 1969, no tiene "efectos jurídicos de ninguna naturaleza" y que por tanto se ordene cancelar su inscripción en el registro; y

j) que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir a los demandantes, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo decida, el sobredicho inmueble, junto con los frutos naturales y civiles producidos por él "desde la fecha en que lo recibió"; y, finalmente, al pago de las costas procesales.

2. Además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los demandantes invocaron como hechos constitutivos de la *causa petendi* de sus pretensiones, los siguientes:

que Belisario Clavijo, sin presentar "prueba alguna" de su afirmada calidad de acreedor de Lucía Gouffray viuda de García, se presentó al proceso que con acción real inició el Banco Central contra ésta y otros, cuando aún no se había trabado la relación procesal, pues no se había notificado a los demandados el auto admisorio de esa demanda; que el Juzgado que conocía de esa causa autorizó la intervención en ella de aquél, sin embargo, de la absoluta ausencia de prueba de su interés; que reconoció al interviniente como subrogatario del crédito que allí se cobraba, sin "percatarse que esa situación jurídica no podía presentarse con los menores demandados"; que al notificarse a los demandados en el proceso de venta el auto admisorio, no se les hizo saber que Clavijo estaba reconocido como subrogatario del crédito debido por ellos al mentado Banco; que el día de la continuación de la diligencia de remate, el Juzgado "se negó a aceptar el pago del crédito por un tercero"; y que no obstante que el rematador no pagó oportunamente el saldo de la subasta, ésta fue aprobada judicialmente.

3. Con oposición del demandado se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento, Segundo Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin con su sentencia de 4 de agosto de 1973, mediante la cual resolvió inhibirse de decidir en el fondo la controversia planteada.

4. Por apelación interpuesta por la parte demandante contra lo así resuelto el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, mediante sentencia de 18 de diciembre del año siguiente, luego de infirmar la apelada, hizo las declaraciones deprecadas en la demanda introductoria del proceso, imponiendo al demandado las costas causadas en la primera instancia.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado.

1. Tras advertir, en la parte considerativa de su sentencia, que en el presente caso es pertinente el pronunciamiento de fallo de mérito por concurrir en él todos los presupuestos procesales, incluso el atinente a la capacidad para ser parte que el juzgador *a quo* echó de menos, acomete el Tribunal de Bogotá el estudio de las pretensiones deducidas en la demanda.

Observa, al punto, que según ésta los demandantes acumulan en ella "la acción de revisión de la sentencia de pregón y remate", proferida en el "juicio de venta" adelantado por el Banco Central Hipotecario contra Lucía Gouffray vda. de García y otros, y la de "anulabilidad de la diligencia de remate" practicado en dicho proceso; pretensiones éstas que, dice, por no ser opuestas entre sí son susceptibles de acumulación en el mismo procedimiento de demanda.

2. Concretando sus razonamientos a la primera de las dos pretensiones dichas, el *ad quem*, luego de transcribir los artículos 1030 y 1197 del Código Judicial de 1931, en los cuales hace estribar su fundamento jurídico, deduce su viabilidad en razón de que, nota, "el presente proceso se inició en vigencia" de dicha codificación.

Asentado por él el anterior postulado, asevera el Tribunal que "dicha acción presupone el examen de cuestiones sustanciales, al derecho mismo sin que haya que entrar al análisis de cuestiones procedimentales; solamente aquí se examinará, no solo el contenido de la sentencia, sino todos y cada uno de los fundamentos que sirvieron para dictarla".

3. Orientado pues por dicho razonamiento, el sentenciador, previa transcripción que hace del texto de los artículos 1630 y 1631 del C. C., expresa que, según el primero de estos dos preceptos, la obligación debida puede pagarse por cualquiera persona a nombre del deudor aun sin su conocimiento o contra su voluntad; y que, de acuerdo con el segundo, quien en tal supuesto paga una deuda ajena no tiene acción sino para que el deudor le reembolse lo pagado, pero que "no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que lo subrogue".

Y después de aludir, con cita de los artículos 1666 y 1667 *ibídem*, al concepto de la subrogación y a sus clases, expresa que según el artículo 1668, ordinal 1º, dicho fenómeno jurídico se efectúa por ministerio de la ley en el caso "del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca".

Estima el sentenciador y así lo asevera en su fallo, luego de historiar las principales incidencias ocurridas en el proceso de venta del bien hipotecado instaurado por el Banco Central Hipotecario, que como Belisario Clavijo "era acreedor quirografario de la señora Lucía Gouffray de García solamente, y no de sus menores hijos Marcela Margarita, Alejandro, María del Socorro y Angela García Gouffray", "no podía tomar el título subrogatario por ministerio de la ley contra todos ellos, porque le faltaba un requisito cual era, ser acreedor del deudor".

Conclusión de esta consideración suya, es, para el Tribunal, la de que en el referido proceso de venta no podía operar a favor de Clavijo la subrogación legal; que ésta solamente se daba "con relación a la madre de los menores, quien era deudora a título personal de Belisario Clavijo; en cuanto a los menores, se operó el pago hecho por un tercero al tenor del artículo 1631 del Código Civil".

3. En torno a la súplica atinente a la nulidad del remate practicado por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá en el comentado proceso de venta, el Tribunal, después de estimar, con apoyo en la preceptiva contenida en los artículos 1042 y 1043 del Código Judicial anterior, que tal diligencia no podía suspenderse sin causa justificativa, como no se hizo en este caso pues la invocada por el Juzgado es ilegal, considera que esa irregularidad no genera sin embargo nulidad de la subasta, "puesto que quienes hacían postura por el bien sometido a remate, fueron notificados para el día siguiente y ellos concurrieron para continuarlo".

No obstante lo anterior, asevera el *ad quem* y así lo resuelve, que como no se estructuró la subrogación legal es pertinente, como consecuencia, "dejar sin valor y efecto la sentencia de pregón y remate, dictada en el juicio de venta" y el remate mismo practicado en él los días 14 y 15 de enero de 1969.

IV

El recurso extraordinario.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra dicho fallo tres cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en conjunto por adolecer todos ellos de deficiencias técnicas que les son comunes.

Cargo primero.

1. Con él se acusa el fallo del Tribunal de quebrantar indirectamente, por inaplicación, el artículo 1668 del Código Civil, "concretamente en su inciso primero y en su ordinal 5º", a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al no haber apreciado la confesión presunta de la parte demandante, contenida en el interrogatorio a ella solicitado en el proceso por el demandado.

2. En desarrollo de la censura el recurrente, después de transcribir la norma legal cuya violación denuncia y todo el contenido del interrogatorio que a petición del demandado debían absolver los demandantes, recuerda que ante la no comparecencia de la representante de éstos para contestarlo, el Juzgado, en diligencia de 7 de diciembre de 1972, decidió "presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión mencionados en las correspondientes trece preguntas", asevera que "ante prueba tan fehaciente y palmaria como la confesión de la demandada", no podía el Tribunal, como lo expresa el fallo, afirmar que Clavijo no pagó con el conocimiento y consentimiento de Lucía Gouffray viuda de García.

Concretando el yerro que denuncia y su incidencia en el fallo que impugna, dice el censor que si el Tribunal hubiera visto y apreciado dicha prueba, necesariamente habría "aplicado la norma que invoco como violada y habría absuelto al demandado de los cargos del libelo".

Cargo segundo.

1. Mediante éste el impugnador acusa la sentencia de infringir directamente, por falta de aplicación, el artículo 1668 del Código Civil, "concretamente en su inciso primero y en su ordinal 1º".

2. En desenvolvimiento del cargo el impugnante, luego de transcribir la norma que estima quebrantada con la sentencia, expresa que al afirmar el Tribunal en ésta que no "aparece acreditado que Clavijo fuese acreedor de los menores hijos de Lucía Gouffray viuda de García con anterioridad al pago que el primero hizo del crédito hipotecario cobrado por el Banco", no advirtió que en virtud de la solidaridad pactada por los obligados en la hipoteca y la indivisibilidad de esta obligación, la citada Gouffray viuda de García, "o cualquiera de sus hijos, o una y otros conjuntamente, podían ser obligados a pagarla".

Rematando esta censura dice el casacionista: "Así las cosas, si Clavijo era acreedor de la señora Gouffray y la misma debía al Banco la totalidad del crédito garantizado con hipoteca, obligación que fue solucionada por Clavijo, ¿cómo puede, entonces, discutirse que no se operó el fenómeno jurídico de la subrogación sancionada por el ordinal 1º del artículo 1668 del C. C.? Subrogación que opera *ipso jure*, de pleno derecho, independientemente de que exista o no traba procesal, 'por ministerio de la ley', a términos de la norma sustancial violada".

Cargo tercero.

1. En éste el impugnador acusa el fallo de segundo grado de ser violatorio, por falta de aplicación, del artículo 1669 del Código Civil, a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal por no haberse ocupado "parcialmente de la prueba documental que conforma el cuaderno 1º".

2. A intento de fundar el cargo, refiriéndose abstractamente a "la prueba documental que conforma el cuaderno 1º", dice el censor que de ella aparece que cuando se corrió traslado de la demanda corregida por Clavijo en el proceso de venta "constaba de autos toda la tramitación tendiente a la subrogación; luego aparece plenamente establecido que, desde el momento en que se estableció la relación procesal, la parte demandada tuvo conocimiento de tal tramitación". Y añade que "las fotocopias que obran en el cuaderno 1º son un documento público" que, por presumirse auténtico, hace fe de su contenido, de conformidad con la preceptiva establecida en el artículo 264 del C. de P. C.".

Concretando el yerro de hecho que denuncia, asevera el impugnante que "de las fotocopias que obran al cuaderno 1º", se infiere que los demandados en el proceso de venta sí tuvieron co-

nocimiento del pago que por ellos hizo Clavijo; que esos "son los folios mismos donde aparece fotocopiado el expediente contentivo del proceso que ahora se revisa"; y que al ignorarlas el Tribunal incurrió en evidente error fáctico.

V

Consideraciones de la Corte.

1ª Al proceder la Sala a decidir los tres cargos que con apoyo en la causal primera de casación le formula en su demanda el recurrente a la sentencia que ahora impugna, se advierte, al primer golpe de vista, que todos ellos adolecen ostensiblemente del mismo defecto de técnica que los hace necesariamente imprósperos, cual es el de no estructurar la indispensable proposición jurídica completa.

En fallos que son muchedumbre ha dicho insistentemente la Corte, en efecto, que "cuando la sentencia del Tribunal ad quem *decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano". (Sentencia de 16 de noviembre de 1967 aún no publicada).*

2ª En el caso de este proceso es palmar que el Tribunal, como inequívocamente se infiere del extracto que de su sentencia se ha hecho, estimó que la pretensión revisoria principalmente deducida en la demanda inicial es, según lo que establecían los artículos 1030 y 1197 del Código Judicial derogado, procedente; y en congruencia con su pensamiento dedujo que como Clavijo no tenía en la época que hizo el pago del crédito hipotecario, el carácter de acreedor de todos los demandados en el proceso correspondiente, tal pago debía gobernarse por la preceptiva contenida en el artículo 1631 del C. C. y no por el texto 1668 ejusdem.

Lo cual significa que por haber encontrado demostrados los supuestos fácticos previstos en las primeras tres normas, para decidir la controversia las hizo actuar en ella al aplicarlas. Y siendo ello así, como en realidad lo es, era deber inexcusable del recurrente denunciar como quebrantados, por aplicación indebida, dichos tres textos legales sustanciales que son los que constituyen el fundamento jurídico cardinal del fallo y cuya aplicación en él, por absoluta ausencia de impugnación en el punto, sigue amparada por la presunción de acierto.

Resultan así todos los tres cargos incompletos en su formulación y por ende ineficaces, sin que le sea dado a la Corte, como Tribunal de casación, considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente, pues se lo veda el carácter eminentemente dispositivo del recurso extraordinario.

3ª A más del anterior al cargo segundo cabe apuntarle otro defecto de técnica. En efecto:

De su lectura aparece que, a pesar de venir formulado por violación directa de la ley sustancial, su sustentación arranca de que el censor estima que el sentenciador no dio por demostrada, estándolo en el proceso según el contenido de la cláusula cuarta de la escritura número 4340 de 14 de octubre de 1961, la calidad de deudora que Lucía Gouffray tenía "de la totalidad del crédito cobrado por el Banco" en razón a la solidaridad estipulada y a la indivisibilidad de la obligación hipotecaria. Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores que habría cometido el Tribunal en la apreciación del material probatorio; y por ello la sustentación del cargo no corresponde a la naturaleza del ataque formulado.

Si para arribar a la conclusión a que llegó en su sentencia, el *ad quem* hubiere desconocido o alterado la realidad objetiva de la precitada escritura pública y más concretamente su cláusula cuarta, ese presunto yerro del Tribunal constituye un aspecto que, por referirse a la situación fáctica, solo lo podría considerar la Corte a través de un cargo formulado por error de hecho o de derecho, pero no por la vía directa, la que supone esencialmente la absoluta conformidad del recurrente con las conclusiones a que en el ámbito de los hechos llegó el sentenciador.

4ª Frente al cargo tercero procede advertir que él ostenta otro defecto de técnica. En efecto:

Formulado como viene *él por error de hecho, consistente en que el Tribunal "no se ocupó parcialmente de la prueba documental que conforma el cuaderno 1º... donde aparece fotocopiado el expediente contentivo del proceso que ahora se revisa", de su postulación y desarrollo resulta que el censor omite determinar, singularizándolos, los medios de prueba que el* ad quem *habría dejado de apreciar, tal cual lo indica paladina y perentoriamente el artículo 374 del C. de P. C., en su última parte.*

Ha sido doctrina constante e invariable de la Corte, que a la luz de lo preceptuado por dicha

norma conserva hoy toda su vigencia, la de que no es de recibo en casación hacer referencia genérica e indeterminada al conjunto de unas pruebas, o a todas ellas; que siendo improcedente acusar la sentencia a través del planteamiento global del problema probatorio, es deber inexcusable del recurrente singularizar cada uno de los medios que se pretenden no considerados o erróneamente apreciados por el sentenciador.

Por lo dicho, se desestiman los cargos.

VI

Decisión.

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 ocho (18) de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

BIBLIOTECA

NULIDAD DE LA VENTA DEL BIEN EMBARGADO

Contrato de venta y enajenación de inmuebles. — Tesis diversas de la Corte.

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

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

El proceso.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva puso fin a la segunda instancia del proceso ordinario instaurado por Alicia Cadena de Vargas contra Rosa Inés Parra de Trujillo, mediante sentencia del 13 de febrero del año en curso, confirmatoria del fallo de primer grado que había negado las súplicas de la demanda y absuelto a la demandada de los cargos formulados. Contra aquella providencia interpuso la demandante el recurso de casación que ahora se decide.

Pidió la demandante que se declarase la nulidad absoluta del contrato de que da cuenta la escritura 245 otorgada el 10 de marzo de 1973 en la Notaría de Garzón, mediante la cual su causante, Luis Agustín Cadena Montealegre, vendió a Rosa Inés la finca "San Pedro", ubicada en la vereda de "Majo" del Municipio de Garzón, cuyas cabida y linderos se indican tanto en el libelo como en el mencionado instrumento.

Esa súplica se funda en que cuando el contrato impugnado se celebró, la hacienda "San Pedro" se encontraba judicialmente embargada, como aparece del certificado del Registrador de Instrumentos de Garzón anexo al libelo, en proceso promovido por María Antonia Fernández de Cadena contra Luis Agustín Cadena Montealegre.

Opúsose la demandada a lo pedido por Alicia, manifestando que si bien era cierto que cuando la escritura de compraventa se otorgó estaba vigente el embargo de la finca vendida, éste fue levantado poco después, lo que permitió el registro de aquélla.

El Juzgado del conocimiento desató el primer grado de jurisdicción, por sentencia del 2 de octubre de 1974, en forma desfavorable a la parte actora, la que inconforme con esa decisión la recurrió en alzada ante el Tribunal de Neiva, el cual la confirmó íntegramente por las razones que a continuación se resumen:

El sentenciador procede en primer término a estudiar la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de bienes raíces, las formalidades a que está sujeto, su carácter solemne, los elementos esenciales que lo integran y las normas legales que lo gobiernan, tales como los artículos 1857, numeral 2º, 1880, 1605, 1886 y 756 del Código Civil. Estudia en seguida cómo se perfecciona el embargo de un bien raíz, hasta cuándo dura su vigencia y la nulidad de que adolece cualquier enajenación de dicho bien, al tenor del artículo 1521 *ibídem*.

Luego de expresar que el contrato de compraventa, por sí solo no produce la enajenación o transferencia del dominio del bien raíz objeto del mismo, la cual solo se cumple con la competente inscripción de la escritura respectiva, dice: "En este orden de ideas queda claro que la enajenación de los bienes inmuebles que solo se opera por la tradición o sea la inscripción del título escriturario en donde aparece la venta celebrada (artículo 756 C. Civil), no puede quedar afectada por la nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 1521 del C. C., por el hecho de que la escritura respectiva se haya suscrito u otorgado por los contratantes en la fecha en que estaba vigente el embargo, por cuanto tal acto o solemnidad... no tiene alcance o mérito legal suficiente de perfeccionar o consumar la tradición de que habla el legislador en los artículos 756 y 1880 del C. C.".

"Ciertamente —agrega— si como hemos dejado observado la sola escritura de venta no produce el efecto legal de desplazar del patrimonio del vendedor al del comprador el inmueble objeto del contrato, es decir efectuar la tradición

del mismo con todas las consecuencias jurídicas que una convención de esta clase tiene dentro de la ley positiva para los contratantes y los terceros, es lógico concluir que mientras no se produzca el registro o inscripción de ese título, el inmueble continúa en cabeza del vendedor y en consecuencia, sus acreedores están facultados para perseguirlo válidamente, a tal extremo que pueden hacer nugatoria esa venta con la inscripción del embargo respectivo''.

Aplicando esos conceptos a la situación concreta sobre la cual versa el caso *sub júdice,* el sentenciador advierte que el embargo de la finca ''San Pedro'' se decretó en dos procesos distintos, a saber: el 2 de diciembre de 1971 en el proceso de separación de bienes de María Antonia Fernández de Cadena contra Luis Agustín Cadena Montealegre y el 21 de febrero de 1973 en el proceso ejecutivo suscitado entre las mismas partes; pero que uno y otro, según certificado del Registrador de Instrumentos de Garzón y copias auténticas tomadas de los mencionados procesos, ya habían sido levantados cuando se registró la escritura impugnada el día 8 de mayo de 1973.

''En este orden de ideas —concluye el sentenciador— queda claro que el contrato protocolizado a través de la escritura número 215 de 10 de marzo de 1973 corrida ante el Notario Unico del Círculo de Garzón quedó perfeccionado a la luz de las normas sustantivas que reglan la compraventa, el día 8 de mayo de 1973, fecha ésta en que se produjo el registro o inscripción del dicho título escriturario, esto es cuando ya no pesaba sobre la finca 'San Pedro' objeto del acuerdo de voluntades y de la tradición, ningún gravamen que impidiera o prohibiera su enajenación''.

El recurso de casación.

''Con base en la causal primera... —dice el recurrente— acuso la sentencia... por violación directa de los artículos 6º, 740, 745, 756, 765, 1501, 1502, 1504, 1618, 1521, 1523, 1603, 1740, 1741, 1849, 1857 y 1880 del Código Civil, 681 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 22 a 29, 30, 39 y 44 del Decreto 1250 de 1970...''. A lo largo de su escrito, la censura puntualiza en lo que denomina ''cargos y acusaciones particulares'' el concepto en que a su juicio fueron quebrantadas por el Tribunal las mencionadas normas, así:

a) Por interpretación errónea los indicados artículos del Decreto 1250 y los artículos 740, 745, 756, 1521, 1857 y 1886 del C. C.;

b) Los artículos 6º, 1501, 1502, 1504, 1518, 1523, 1603, 1740, 1741 y 1886 del mismo Código y el 44 del Decreto 1250, por falta de aplicación indebida;

c) Los artículos 756 y 1880 del C. C., por aplicación indebida.

Se procede a resumir la impugnación en el mismo orden señalado por el recurrente:

a) Luego de transcribir varios párrafos del fallo, el impugnante afirma que éste interpretó erróneamente las normas legales referentes al embargo, a la oportunidad en que se consuma y a los efectos que produce. Dice también que es equivocado pretender ''como lo hace la sentencia acusada, que el simple registro de un título tiene la virtud de transferir el dominio de bienes inmuebles, sin consideración al título...''; y que ''erró el sentenciador al haber olvidado que el contrato de compraventa es perfecto ante los ojos de la ley cuando cumple los requisitos del artículo 1857 del C. C., y perfecto *erga omnes* cuando concurren el título y el registro''.

Agrega en seguida que ''el excesivo valor que el Tribunal concede al artículo 756 del Código Civil hace que le desconozca el valor que la ley le confiere al artículo 1857 según el cual la venta de bienes raíces se reputa perfecta ante la ley desde que las partes han convenido en la cosa, en el precio y han otorgado la escritura pública... Título y modo son inseparables para los efectos de la validez de un contrato de compraventa de bienes raíces. Sin título traslaticio de dominio no se concibe la tradición... Si es nulo el título, el registro será también nulo'', y a manera de conclusión de esa aseveración, para respaldar la cual transcribe fragmentariamente doctrinas de la Corte, dice que el sentenciador interpretó erróneamente los artículos 740 y 756 ''al darles un sentido excesivo al que tienen y desconociendo el sentido natural y lógico de los artículos 745 y 1857 del C. C.'', puesto que consideró el registro y ''la tradición como un ente, como un hecho independiente y autónomo, cuando se trata simplemente de un efecto, de una obligación derivada del contrato. El Tribunal separó indebidamente el título y el modo como si se tratara de dos entidades distintas y separadas''.

A continuación la censura hace largas transcripciones de los considerandos de la sentencia impugnada relativos al artículo 1521 del Código Civil y de doctrinas de esta corporación sobre el alcance del mencionado texto legal, para concluir que el Tribunal erró al interpretarlo, puesto que habiéndose demostrado que la finca ''San Pedro'' estaba embargada cuando se otorgó la escritura de compraventa, ha debido decretar la nulidad impetrada.

b) Terminado este primer aspecto de la acusación, el recurrente pasa a ocuparse de la falta de aplicación de los textos legales arriba mencionados en que a su parecer incurrió el sentenciador. En esta tarea transcribe también un acápite del fallo acusado y agrega que "por tratarse de un contrato de compraventa de un inmueble, el fallador debía cerciorarse de la existencia del contrato y para ello debía aplicar las normas que lo regulan y las que de conformidad con los artículos 1501 y 1603 del Código Civil son de su esencia y se entienden incorporados en el contrato sin necesidad de cláusula especial. Era necesario establecer si la persona que se obligó como vendedora... era legalmente capaz; si la declaración de la voluntad de los contratantes recayó sobre objeto y causa ilícito; si el contrato estaba prohibido por las leyes y si la enajenación estaba también prohibida.

"Si el Tribunal hubiera aplicado los artículos 1501, 1502, 1504, 1518, 1521 y 1885 del Código Civil, habría encontrado que por estar embargada con embargo registrado la finca denominada 'San Pedro' el 10 de marzo de 1973, cuando se otorgó la escritura de venta, el bien no constituía objeto lícito (artículo 1502), estaba fuera del comercio para los efectos de los artículos 1518 y 1521... el vendedor Luis Augusto Cadena Montealegre está incapacitado con incapacidad particular (artículo 1504, inciso final); finalmente habría encontrado el Tribunal que por estar embargado el bien materia de la venta su enajenación estaba prohibida por los artículos 1523 y 1886 del Código Civil".

Insiste, pues, el recurrente en que el sentenciador habría decretado la nulidad impetrada, si hubiese aplicado los artículos 6º, 1523, 1740, 1741 y 1886 del C. C., ya que el bien objeto de la compraventa estaba embargado cuando la escritura respectiva se otorgó y por consiguiente fuera del comercio, y que por tanto, el contrato, por adolecer de objeto ilícito, estaba prohibido por la ley.

Más adelante copia doctrinas de esta corporación referentes a que el registro, respecto de las partes, se retrotrae a la fecha de la escritura, pero que en cuanto a terceros solo opera desde cuando se cumple, como hoy lo estatuye el artículo 44 del Decreto 1250 de 1970, y que por virtud de ese efecto retroactivo "el contrato de compraventa consignado en la escritura 245 del 10 de marzo de 1973 y registrado el 8 de mayo de 1973 quedó perfeccionado, no el 8 de mayo, fecha del registro sino el 10 de marzo de 1973, fecha del otorgamiento de la escritura... entre las partes contratantes".

La no aplicación de los artículos arriba citados, dice el recurrente, "hizo que el Tribunal no advirtiera que el vendedor Luis Augusto Cadena estaba incapacitado transitoriamente para vender; que el bien materia de la venta no estaba en el comercio y que por estar embargado, su enajenación constituía objeto ilícito y la venta estaba prohibida";

c) Finalmente, en cuanto a la acusación por indebida aplicación de los artículos 756 y 1880 del C. C., arguye el censor que compraventa y tradición están regulados por disposiciones legales propias; que "lo que la ley declara nulo no es el acto o contrato que es la causa y los efectos o las obligaciones como lo son la tradición y el saneamiento. El artículo 1866 del Código Civil dice que es nula la venta de bienes cuya enajenación está prohibida por la ley. El objeto y la causa ilícitos son causales de nulidad absoluta según el artículo 1741 del Código Civil y hay objeto ilícito en la enajenación de bienes que están fuera del comercio y los que se hallan embargados por decreto judicial".

Y como remate de sus argumentos expresa: "lo que se pide en este proceso es la nulidad de un contrato de compraventa, no la nulidad del registro o tradición... Erró el Tribunal al no establecer la diferencia entre el hecho específico legal (la tradición, artículo 756), con el hecho específico concreto (el contrato, artículos 1849 y 1857 C. C.). No distinguió el Tribunal la diferencia entre el contrato y sus obligaciones, ni entre el título y el modo, por lo que aplicó al contrato normas que son propias de las obligaciones. El Tribunal aplicó al contrato cuya nulidad se pide normas que le son extrañas y con ello se aplicaron indebidamente los artículos 756 y 1880 del Código Civil".

La Corte considera.

El contrato de compraventa de un bien raíz es solemne, por disponerlo así el artículo 1857-2 del Código Civil. La solemnidad consiste en que se haga constar por escritura pública, cuyo mero otorgamiento con las formalidades legales lo perfecciona, es decir, lo hace nacer a la vida jurídica. Y si los contratos están destinados a producir obligaciones, es obvio que las que son propias de la compraventa, como la tradición o entrega de la cosa, el saneamiento (artículo 1880) y el pago de precio (artículo 1928) se generan cuando el respectivo contrato se ha perfeccionado.

Al perfeccionarse la venta surge para el vendedor una obligación de dar, que está integrada así: 1. por la de transferir al comprador el dominio de la cosa vendida (entrega jurídica) y

2. por la de ponerla materialmente a su disposición (entrega material). Esa transferencia, tratándose de bienes raíces, solo puede surtirse con el competente registro de la escritura mediante la cual se celebró el contrato (artículo 756), y su cumplimiento es el que comporta el fenómeno jurídico de la enajenación. El comprador adquiere, pues, la propiedad del objeto materia del contrato, cuando concurren el título (escritura de compraventa) y el modo (registro de la misma); el solo otorgamiento de dicha escritura, en derecho colombiano, no confiere dominio al comprador, apenas lo hace acreedor de la correspondiente obligación; si ésta no se cumple, no ha habido enajenación del bien, apenas ha surgido el deber legal de hacerla.

Y esa enajenación es la que está legalmente prohibida, cuando el bien sobre el cual debe recaer está embargado judicialmente, a menos que el acreedor que solicitó y obtuvo el embargo o el juez que lo decretó la autoricen (artículo 1521 Código Civil).

Es muy copiosa la jurisprudencia de la Corte sobre el alcance y los efectos que tienen esas normas legales que sancionan con nulidad la enajenación de bienes embargados, la cual, sin embargo, justo es reconocerlo, no ha sido siempre uniforme. Vale la pena resumir las tesis que al respecto se han expuesto:

a) La nulidad en cuestión no se produce cuando la enajenación se ha verificado con permiso del juez que decretó el embargo (abril 20/949 LXV, *pág. 70); cuando ha mediado el consentimiento expreso del acreedor que pidió y obtuvo que se ordenara aquél (Oct. 12/944,* LVIII, *pág. 181; Nov. 21/967 no publicada aún); y cuando se ha verificado por remate judical o es consecuencia del fallo que decide una acción constitutiva, es decir, sin la intervención voluntaria del dueño (Nov. 28/893,* IX *pág. 114; agosto 23 1946,* LXII, *pág. 62 y septiembre 22/966,* CXVII, *pág. 320).*

b) Cualquier persona distinta del acreedor que solicitó el embargo judicial y en cuyo favor éste fue decretado carece, en principio, de legitimación para pedir que se declare la nulidad de la enajenación del bien sujeto a la traba (junio 30/894, VIII, *página 340; julio 4, 1932,* XL, *pág. 179; diciembre 12/944,* LVIII, *página 179).*

c) El embargo se levanta y cesa en sus efectos con la ejecutoria de la decisión judicial que lo decreta, así no haya sido registrada (agosto 25 914, XXIV, *página 194 y mayo 26/964,* XVII, *págs. 220/230);*

d) Según lo disponen los artículos 6º, 1502, 1521, numeral 3º, 1740 y 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, la nulidad proveniente de una enajenación de bienes embargados es declarable de oficio, como todas las nulidades absolutas (junio 26/899, III, *pág. 316).*

e) La nulidad absoluta que se comenta, tratándose de bienes raíces, abarca tanto el registro del título como la escritura mediante la cual se celebró el contrato que constituye dicho título (diciembre 13/941, LII, *página 23; agosto 23/946,* LXIII, *página 62; mayo 3/952,* LXXII, *páginas 11 a 14, y junio 15/959,* XC, *página 642).*

Todas estas doctrinas y algunas otras que se omiten para que esta providencia no resulte innecesariamente extensa, fueron reseñadas, transcritas y analizadas en la sentencia del 13 de mayo de 1968 (aún no publicada), en la que se hace exhaustivo análisis acerca de la enajenación de cosas judicialmente embargadas y a la cual pertenecen los siguientes párrafos:

"Y como se desprende de las transcripciones jurisprudenciales que *in extenso* se hicieron, en lo que toca con la enajenación de objetos embargados por orden judicial, el problema se inicia con el señalamiento del sentido preciso en que haya de entenderse la voz 'enajenación' para estos efectos, continúa con el tratamiento de las salvedades legales, y llega a la máxima dificultad cuando ha de resolverse lo atinente a la titularidad de la acción impugnativa.

"...nuestra jurisprudencia, mirando a la función que cumple la medida judicial de cercenamiento transitorio del poder dispositivo del titular deudor o demandado, y el hecho de que solo su cumplimiento comporta la atribución patrimonial (C. C. 740 y siguientes 1633), y con apoyo en el requerimiento para la venta (1866) y la hipoteca (2439) de versar sobre bienes cuya enajenación no esté vedada por la ley, ha entendido por enajenación prohibida respecto de bienes embargados o en litigio, no solamente la tradición, acto final y definitivo de un proceso que se inicia en el título traslaticio, sino también el contrato mismo cuyo desarrollo ha de conducir al traslado del derecho o que potencialmente lleva a él, como acontece con la hipoteca.

"Ciertamente el artículo 1521 C. C., al referirse a los bienes embargados o en litigio consagra una prohibición; o, mejor quizá, una restricción, que se dirige exclusivamente al dueño de las cosas sometidas a la traba judicial (Ley 95 de 1890, artículo 42), y que no se funda en una prescripción general, como ocurre respecto de ciertos actos (v. gr. C. C. 1023, 1262, 1522, 1867, 1942), o en la irrelevancia de los objetos para el tráfico, como en materia de bienes de uso común, o en su arraigo absoluto a su titular, como en los derechos personalísimos (C. C. 1521 1º y 2º

1856), o en que se proyecten sobre cosas cuyo comercio sea contrario a la salud, la moral o la seguridad pública (1518 *in fine)*. Por lo cual se ha llegado a sostener, por algunos doctrinantes, que allí media una mera prohibición relativa, pensando más que todo en que se puede sortear con licencia del juez que ordenó el embargo, el secuestro o la inscripción de la demanda, o con la autorización del acreedor o los acreedores a cuya seguridad tiende la medida".

Más adelante expone la Corte las razones que la llevan a ratificar las doctrinas señaladas con las letras a) y b), y a rectificar la señalada con la letra d), en el sentido de que por tratarse de la violación de una prohibición relativa, "la ineficacia de enajenación de bienes embargados no deriva del negocio en sí considerado, como tampoco de una eventual orientación fraudulenta, sino de virtualidad nociva al acreedor...". Y agrega más adelante: "Así que la enajenación de bienes embargados vincula a quienes participan en ella, que no pueden fundarse en la traba como pretensión contra su valor, y es impugnable en principio, solo por el acreedor para cuya seguridad se proveyó el embargo, siempre que la enajenación no haya sido aprobada por el mismo o autorizada por el juez y que el acto le sea lesivo y esa lesión subsista... esa tutela no puede rebasar el ámbito de su justificación, ni beneficiar a quienes no son sujetos del amparo". En estos términos se ratifica también la doctrina que figura bajo la letra c).

En lo que se refiere a la tesis jurisprudencial marcada con la letra e) y a manera de remate de todos los razonamientos jurídicos allí expuestos, se lee: "En conclusión: para la Corte la enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título traslaticio, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. En consecuencia, el dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto de embargo judicial, en nada afecta la situación creada por éste. Por el contrario, la tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraria al mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados con él. Tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del artículo 1521 del C. C. y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla. Lo cual no quita la naturaleza de absoluta que tiene la nulidad consiguiente, dentro de las limitaciones impuestas por la función concreta que está llamada a desempeñar en esta coyuntura, ni obsta a que las condiciones de prescripción sean las propias de la invalidez de esta especie".

Posteriormente en sentencia del 7 de mayo de 1969 (CXXX, páginas 91 y 92) reiteró la doctrina anterior, al expresar que "el artículo 1521 en su inciso 3º, solo habla de haber objeto ilícito 'en la enajenación' de las cosas embargadas por decreto judicial. Mas, la *enajenación* de las cosas por acto entre vivos, es decir su traslado de un patrimonio a otro, no se produce sino por el modo de la tradición; y, tratándose de inmuebles, ésta no se consuma sino mediante la inscripción del título correspondiente en el registro de instrumentos públicos (artículos 756, 759 y 2637, inciso 1º del C. C.). Así que, en definitiva, lo que realiza la enajenación de un inmueble por acto *inter vivos* es el registro del instrumento que la estipula. Entonces, en el caso concreto de la venta de un inmueble embargado, mientras no se verifique la inscripción del título —lo que no podría hacerse sino cuando el embargo se haya cancelado o el acreedor consienta en ello— por el solo otorgamiento de la escritura de venta, el bien no habrá cambiado de dueño, permaneciendo en cabeza del ejecutado, sin detrimento de ninguno de los derechos del acreedor embargante. Vale decir que hasta ese momento no habrá ocurrido 'enajenación' alguna que caiga bajo la prohibición literal del precepto que se contempla".

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

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

Por último, la Corte reiteró, como lo hace ahora nuevamente, la doctrina sostenida en las dos sentencias últimamente mencionadas, en cuanto a que el mero otorgamiento de la escritura de compraventa de un bien raíz no comporta la enajenación del mismo y que por tanto no está afectado de la nulidad que establece el numeral

3º del artículo 1521 del C. C., en fallos del 27 de junio de 1970 (CXXXIX, páginas 229 a 231) y 22 de enero de 1971 (CXXXVIII, págs. 49 y 50).

De todo lo anteriormente expuesto forzoso es concluir que la acusación está llamada al fracaso, pues tanto el Juzgado de primera instancia como el Tribunal al confirmar su sentencia, aplicaron el artículo 1521 del C. C. y demás normas pertinentes, según la doctrina actual de la Corte sobre el tema debatido y por consiguiente no hubo quebranto alguno de los preceptos que indica el recurrente.

Por consiguiente, 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 impugnada.

Las costas del recurso de casación son de cargo de la parte que lo interpuso.

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

Humberto Murcia Ballén, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, con salvamento de voto; *Alfonso Peláez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Salvamento de voto.

La reflexión, que no siempre reafirma los viejos conocimientos, sino que, en veces, torna en arena movediza el que se creyó firme suelo, me ha hecho regresar a la primera tesis que, en el punto controvertido en este litigio, fue doctrina de la Corte hasta el año de 1968.

La dificultad que plantea el artículo 1521 del C. Civil al estatuir que hay objeto ilícito en la *"enajenación"* de cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez la autorice o el acreedor consienta en ella, se disipa según sea el entendimiento que se dé a la palabra *"enajenación"*. Todo gira y céntrase en descubrir el verdadero sentido en que esta palabra se haya empleado en el texto legal, pues esa voz puede entenderse ya como acto por el cual se transfiere a otro el dominio u otro derecho sobre una cosa, ora como el acuerdo de voluntades de cual nace la obligación de transferirlo. Y según se tome partido en una u otra dirección, se acogerá la tesis que la Corte sostuvo hasta 1968 a la que últimamente ha venido pregonando.

He vuelto a meditar sobre la doctrina expuesta de manera subyugante en la sentencia de 13 de mayo de 1968 y he decidido separarme de ella por las razones que expongo a continuación de modo sumero:

Cuando en sus artículos 303 y 483 del Código Civil usa el verbo "enajenar" y cuando lo empleaba en el 1810, es indiscutible que el sentido del verbo enajenar no podía ser otro que el de celebrar contrato de aquellos que normalmente sirven para generar obligación de transferir el dominio. Cuando en las dos primeras disposiciones se prohibía "enajenar" a quien ejercía la patria potestad o desempeñaba la guarda los bienes raíces del hijo de familia o del pupilo, no se discute que, con tal expresión, la ley quería negar al tutor o curador o al padre o madre de familia la facultad de celebrar contrato, a nombre del respectivo representado, por medio del cual naciera para éste la obligación de hacer tradición del derecho. El mismo alcance se dio a la prohibición que pesaba relativamente a la enajenación de los bienes raíces de la mujer que el marido pudiera estar obligado a restituir en especie (artículo 1810).

Ahora bien, como la prohibición impuesta a los padres de familia y a los guardadores para esa enajenación deja de regir si se obtiene la previa autorización judicial, no podría afirmarse, sin errar gravemente, que la obtención de la licencia judicial previa está dirigida a permitir que se haga la tradición solamente, es decir, para que el registro de la diligencia de remate pueda hacerse. Afirmación tal sería sostener que pueden los guardadores o los padres de familia celebrar libremente contratos de los que surja para el hijo o para el pupilo la obligación de hacer tradición de derechos inmuebles y que la licencia judicial a que aluden los artículos 303 y 483 del C. Civil solo se requiere para cumplir la obligación de dar que se satisface con la tradición. Lo anterior indica que la enajenación no puede equipararse a la tradición. Además, en la partida séptima, Título XXXIII, Ley 10, se dice: "Enagenar es una palabra que pusimos en muchas leyes deste nuestro libro, e usamos poner en los privillejos de nuestras donaciones. E por ende queremos aquí demostrar, qué quiere dezir; e dezimos que aquel a quien es defendido de non enagenar la cosa que la non puede vender, nin camiar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, nin darla a censo a ninguna de aquellas personas a quien es defendido de la enagenar". Lo cual también se basa para concluir que la voz "enajenación" utilizada en el artículo 1521 del C. Civil debe entenderse como acuerdo de voluntades del cual dimana la obligación de tradir.

Si el dicho artículo 1521 hace parte del Título II del Libro 4º del C. Civil, título que trata, no de la tradición o del registro, sino de los actos o declaraciones de voluntad, la voz "enajenación" no debe entenderse en el sentido que acoge la sentencia, sino en el de contrato que constituye título traslaticio de dominio, como el de compraventa.

Lo anterior me lleva a prohijar las siguientes razones que expuso la Corte en sentencia de 3 de mayo de 1952 (G. J., LXXII, páginas 11 y 12).

"El artículo 1521 del Código Civil, que el recurrente acusa como violado dice en su ordinal 3º: 'Hay un objeto ilícito en la enajenación: 3º de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello'.

"Según el recurrente, al aplicar el Tribunal este texto, ha dado a entender que 'la venta de un bien raíz entraña la enajenación del mismo', porque la nulidad está en la enajenación y no en la venta, al tenor del transcrito ordinal 3º.

"La sustancia y síntesis del argumento del recurrente consiste en diferenciar el alcance jurídico y legal de los términos 'vender' y 'enajenar'. El último, según él, significa transferir realmente el dominio, mientras que el primero, en nuestro sistema positivo únicamente significa otorgar el título traslaticio del dominio sin que éste por sí solo conlleve la tradición, la cual se realiza con la inscripción respectiva en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. De esto concluye diciendo que el contrato de compraventa celebrado por los demandados no es nulo, porque la nulidad opera únicamente sobre la enajenación, o sea la transferencia del dominio, que con el solo contrato no se verifica cuando se trata de inmuebles.

"Es indiscutible que en Colombia el contrato de compraventa no es modo de transferir el dominio y que en este punto se diferencia sustancialmente nuestro derecho del francés. Sobra toda explicación o comentario al respecto, por ser algo elemental. Sin embargo, de que nuestro Código Civil no le dé al contrato de compraventa el efecto de transferir por sí solo el dominio, no se deduce que la prohibición de enajenar un bien no comprenda la de venderlo simplemente.

"En efecto enajenar un bien es transferir su propiedad por el titular a otra persona, bien sea a título oneroso o gratuito. Es decir, dentro del concepto jurídico de enajenación se comprenden todos aquellos actos en virtud de los cuales se realiza la transferencia del dominio de una persona a otra, por un acto de voluntad, llámese éste donación, venta, permuta. Por tanto enajenar es el género y estos últimos son las diversas especies o formas en que puede presentarse el propósito o la intención de enajenar.

"Es cierto que tanto en el diccionario de la Real Academia de la Lengua como en los de carácter jurídico, entre éstos el de Escriche y el modernísimo 'Diccionario de Derecho Privado', de la Editorial Labor (1950), redactado por un grupo de eminentes jurisconsultos españoles, se define la enajenación como el acto de transferir el dominio de una persona a otra. Mas no significa esto que porque en Colombia la venta por sí sola no produzca tales efectos, no esté comprendida dentro de la genérica prohibición de enajenar el bien embargado, que consagra el artículo 1521 del Código Civil.

"Para la Sala no existe la menor duda de que el sentido y el alcance del citado texto, son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña. Ahora bien: la transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta se verifica con el concurso de los dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud en el caso de que se realicen sobre un bien embargado. De lo contrario, sería necesario admitir que el registro es completamente independiente del contrato, lo que no es posible, ya que para llevar a cabo aquél es indispensable haber celebrado éste mediante escritura pública.

"Como la Corte ha dicho, no cabe sostener 'que lo prohibido es solo la enajenación y que en el presente juicio lo demandado es la nulidad de la venta, porque el artículo 1866 del Código Civil solo permite la venta de las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley, y el 1523 de la misma obra establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Mientras la permanencia del embargo registrado el 2 de julio de 1930 hiciera de las cosas embargadas un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición terminante de hacer la tradición de lo vendido y era de estricta aplicación para el Registrador el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros que no derivan su título del ejecutado o demandado, caso en el cual el registro podía hacerse por virtud del artículo 42 de la Ley 95 de 1890'. (Casación 27 de marzo de 1936 G. J., número 1911, página 735).

"En resumen al tenor del artículo 1521 del Código Civil, ordinal 3º, hay un objeto ilícito tanto en el otorgamiento de la escritura pública de venta como en su registro; o dicho de otra manera, lo hay en la enajenación que comprende, en este caso, el otorgamiento del título y su registro, los dos actos que concurren a producir la transferencia del dominio.

"En materia de enajenación de bienes muebles vemos que la tradición del dominio a título de venta se realiza mediante el contrato y la entrega de la cosa por alguno de los medios que señala el artículo 754. De ser cierta la tesis del recurrente tendríase que solamente sería nula la tradición, es decir, la entrega material o la simbólica de la cosa. Pero salta a la vista que tal conclusión es inaceptable, ya que fundamentalmente hay que considerar como afectado de tal nulidad el contrato de venta a cuyo título se verificó esa tradición.

"Precisamente, la diferencia que existe entre el Código de Napoleón y el de Bello en materia de efectos del contrato de compraventa, sirve para acabar de entender el porqué no puede aceptarse tesis distinta de la acogida por el Tribunal, o sea, que la ilicitud comprende tanto el contrato como la tradición de la cosa. En efecto, como en el Código francés la venta es título y modo al mismo tiempo y por tanto, transfiere por sí sola el dominio, el artículo 152 de nuestro Código, dentro de ese sistema afectaría de nulidad simplemente el contrato (título y modo) de venta de las cosas embargadas. Se comprendería así tanto al título como al modo, que allí están identificados en el solo acto del contrato. Nuestro Código Civil se separó del francés, como ya se ha dicho en cuanto no le da al contrato de venta valor de modo para transferir por sí solo el dominio, y exige que se proceda, si se trata de inmuebles, al registro como tradición *sui géneris*, o al empleo de algunos de los medios indicados en el artículo 754, si de muebles. La nulidad 'de la enajenación' ya no comprende pues entre nosotros la del solo contrato.

"La conclusión que de tales diferencia y similitudes se desprende, es, en el sentir de la Sala, que en Colombia como en Francia el legislador ha querido sancionar con nulidad por ilicitud en su objeto, tanto el título como el modo para cualquiera enajenación de cosas embargadas. Lo que sucede es que en Francia únicamente se necesita decretar la nulidad del contrato, por encontrarse en él refundidos título y modo; al paso que en Colombia se necesita aplicar tal nulidad tanto al contrato como a su tradición, por estar separado el título y el modo".

Bogotá, noviembre 6 de 1975.

Germán Giraldo Zuluaga.

IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO DE TRIBUNAL

La Corte carece de competencia para conocer del impedimento manifestado por Magistrado de Tribunal Superior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y nueve de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Procede hoy la Corte a decidir lo que corresponda en torno al impedimento que, para conocer de este negocio, manifestó el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, doctor Reynaldo Caicedo Durán.

I

Antecedentes.

1. Al citado Magistrado le fue repartida la demanda de 4 de junio de 1975, mediante la cual Harold y Ary José Vivas López solicitan la revisión de la sentencia de 12 de julio de 1973, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán en el proceso ordinario que contra los recurrentes promovió Manuel Antonio Cerqueira.

2. Por auto de 22 de julio el mentado doctor Reynaldo Caicedo Durán, como ponente, se declaró impedido para conocer del negocio, porque, dijo, el apoderado de los demandados en aquel proceso había presentado contra él "memorial de queja de carácter disciplinario que se asimila a un asunto penal", circunstancia que, a juicio del funcionario excusado, estructura la causal de recusación "que contempla el numeral 7 del artículo 142 del C. de P. C.".

No aceptaron sin embargo los restantes Magistrados integrantes de la correspondiente Sala de Decisión la excusación alegada por su colega, pues estimaron infundada la causal. Por tanto, en auto de 5 de agosto siguiente dispusieron devolver el expediente al Magistrado ponente "para que continúe su trámite normal".

3. Respetuoso de lo así decidido, dicho funcionario inició el trámite del recurso; empero, después de haber admitido la demanda, sorpresivamente se declaró "nuevamente impedido", invocando la misma causal e idénticos hechos a los que la Sala Dual había rechazado anteriormente.

Por lo consiguiente, regresó el proceso a los Magistrados de dicha Sala quienes, por auto de 15 de octubre del presente año, una vez más declararon infundado el impedimento y ordenaron remitir el expediente a la Corte Suprema, para "decidir lo concerniente al impedimento que aquí se cuestiona".

II

Consideraciones.

1ª Los impedimentos y las recusaciones, como lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, consisten en precisas situaciones personales del juez o Magistrado, que la ley contempla como motivo suficiente para que éstos se abstengan de administrar justicia en un caso determinado.

Y esto en razón de que cuando se da uno de tales supuestos, se presume una especie de inhabilidad subjetiva del juez para cumplir rectamente su misión señera; entonces, en garantía de la imparcialidad indispensable para que la sociedad y las partes tengan confianza en la justicia, la misma ley autoriza la separación de un juez en el caso concreto en que dicha situación se presenta.

Mas, dado su indiscutible carácter de orden público y su razón de ser, *las causales de recusación, que son las mismas que justifican la excusación del fallador, deben tener y en efecto tienen índole claramente taxativa o restringida: consiguientemente, a un juez o a un Magistrado*

no le es permitido abstenerse de cumplir los deberes que la ley le asigna, alegando circunstancias fácticas que según ésta no tipifican motivo de impedimento; como no le es dado a las partes, por la misma razón, escoger libremente el juez, mediante el recurso soslayado de recusaciones fundadas en motivos distintos de los establecidos por la ley al efecto.

2ª Apoyado en la gran trascendencia que los impedimentos y las recusaciones tienen en el ejercicio de la función jurisdiccional, el legislador colombiano los tiene claramente reglamentados, no solamente en lo que dice relación con las causales que los estructuran, sino también en lo atinente al procedimiento que corresponde seguir cuando se invocan los unos o las otras.

3ª Y si se ha de respetar, como debe serlo por ser norma de orden público y por tanto de obligado cumplimiento, la preceptiva contenida en el artículo 141 del C. de P. C., hoy vigente, fuerza es aceptar que el procedimiento a seguir para resolver sobre la legalidad del impedimento manifestado por un juez singular, bien distinto es del que corresponde tramitar cuando la excusación proviene de un juez integrante de una corporación.

En el primer caso, en efecto, el juez *impedido pasa el expediente al que deba reemplazarlo, "quien si estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de recusación, remitirá el expediente al superior"; en el segundo, en cambio, el discernimiento del problema corresponde exclusivamente a "la respectiva Sala", la que "resuelve sobre el impedimento" del Magistrado para que, "en caso de aceptarlo pase el negocio a otro Magistrado o fije fecha y hora para el sorteo de conjuez, cuando a ello hubiere lugar".*

Lo cual significa, según lo impera la norma legal en comento, que cuando al calificar el impedimento de un juez *la abstención no es aceptada por el fallador único que deba reemplazar a aquél, nace entre estos dos jueces singulares un conflicto de competencia que, por eso, debe ser dirimido por el superior: se trata en tal hipótesis de que ninguno de los dos se considera competente para conocer del negocio. Cuando, en cambio, al resolver el impedimento de un* Magistrado *"la respectiva Sala" lo encuentra infundado, tal decisión, que en rigor jurídico no implica conflicto de competencia, no requiere enviarse a revisión por "el superior", pues a más de que ha sido proferida por un juez plural, ese "superior" puede no existir, como acontece en el caso de los Magistrados de la Corte Suprema.*

4ª La disimilitud de estos trámites la reitera el artículo 144 ibídem, *de cuyo texto palmariamente resulta que en el caso de no aceptarse la recusación formulada contra un* juez, *es "el superior" quien decide en últimas; al paso que, tratándose de la recusación de un* Magistrado, *ella se resuelve "por la Sala respectiva, con exclusión del recusado".*

5ª Obvia conclusión de las anteriores consideraciones, es la de que la no aceptación por la "respectiva Sala" del Tribunal del impedimento manifestado por uno de los Magistrado integrantes de ella, es cuestión que queda excluida del campo de las atribuciones que la ley le señala a la Corte Suprema.

Como las normas regulativas de la competencia de los funcionarios judiciales son de orden público, su interpretación es restricta y por lo mismo de imposible aplicación por vía analógica; entonces, cabe concluir que la Corte no puede proferir la decisión requerida por el Tribunal Superior de Popayán, por no tener, según la ley, competencia funcional para hacerlo.

III

Decisión.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SE ABSTIENE de pronunciarse en el fondo en torno al impedimento manifestado en este negocio por el doctor Reynaldo Caicedo Durán, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

FILIACION NATURAL

Cosa juzgada, desistimiento.—Nulidad del nuevo proceso; oportunidad para alegarla. — Pruebas: alcance del sistema de la libre apreciación razonada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

Antecedentes.

1. Delia Lemos de Neira demandó a Blanca López de Cadena, Luis Edgardo Cadena López, María Lucy Cadena de Durán, Aydé Cadena de Díaz y María Victoria Cadena de Villalta, la primera como cónyuge sobreviviente y los demás como herederos de Luis María Cadena Alvarez, fallecido el 5 de marzo de 1969, para que se declarase que la demandante tiene la calidad de hija natural y por tanto de heredera del causante, con derecho a que los demandados le entreguen la cuota de los bienes herenciales que le corresponden, con sus accesorios y frutos, en la proporción que establece la ley.

2. Como presunciones de paternidad natural invocó las que señalan los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

3. Con oposición de los demandados se adelantó el proceso ante el Juez Once Civil del Circuito de Cali. Durante la exageradamente larga tramitación a que fue sometido, y antes de que se corriese traslado para alegar de conclusión, la parte demandada presentó copia auténtica de un proceso de filiación natural promovido por la misma demandante contra Luis María Cadena en el Juzgado Segundo Civil del mismo Circuito, el que concluyó por auto proferido el 6 de agosto de 1955, mediante el cual se aceptó el desistimiento que "en forma simple e incondicional y a perpetuidad hace la señora Delia Lemos de Neira, mayor y vecina de Palmira, del juicio ordinario de filiación natural por ella propuesto contra el señor Luis María Cadena".

4. Inicialmente el Juzgado del conocimiento rechazó el escrito en cuestión, en auto del 14 de septiembre de 1972, porque estimó que en él se habían propuesto extemporáneamente "las excepciones perentorias" de cosa juzgada y transacción; sin embargo, en providencia del 24 de octubre siguiente, dispuso: "Aclárase la providencia del 14 de septiembre de este año en el sentido de que (el apoderado de la parte demandada) no propuso las excepciones de cosa juzgada y transacción, sino que alertó al Juzgado sobre la posible existencia de las mismas en el proceso ordinario de filiación natural que hoy se encuentra archivado en el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cali". A renglón seguido agregó: "Consecuencialmente, y si el suscrito lo estima pertinente y procedente, hará uso dentro de este proceso, del mandato del artículo 180 del C. de P. Civil, solicitando la remisión del juicio de que habla el recurrente".

5. Concluyó la primera instancia con sentencia de fecha 24 de junio de 1974 en la cual el Juzgado despachó favorablemente todas las súplicas de la demanda. En la parte motiva expuso que no siendo susceptible de desistimiento la acción de filiación natural y no habiéndose propuesto oportunamente la excepción de fondo de cosa juzgada, no era del caso de tenerla en cuenta.

6. Por apelación que contra dicha sentencia interpuso la parte demandada, subió el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual, una vez concluida la tramitación de segundo grado, en su fallo del 16 de diciembre de 1974 confirmó el apelado.

7. Compete a la Corte decidir ahora el recurso de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia del *ad quem*.

8. Conviene poner de presente de antemano, que la parte demandada no propuso excepciones, a pesar de haberlas enunciado en la contestación de la demanda; que durante las instancias

no pidió que se invalidase este proceso por algunas de las causales de nulidad que indica el artículo 152 del C. de P. C.; que ante el Juzgado no alegó de conclusión y que en el que presentó ante el Tribunal, en cuanto al desistimiento de la demandante del primer proceso de filiación promovido contra Cadena Alvarez, se limitó a decir lo siguiente: "a mí no me interesa mayormente que la señora de Neira sea hija legítima o natural del señor Cadena Alvarez y eventualmente podría aceptar el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia pero los resultados económicos (puntos segundo y siguientes) sí son inaceptables".

Motivación del fallo impugnado.

El sentenciador, luego de minucioso análisis de las pruebas allegadas al proceso, llegó a la convicción plena acerca de que en el presente caso se configuran las tres presunciones de filiación natural invocadas en la demanda. En efecto, dice la sentencia acusada: "Por sí sola cada una de las causales establece el hecho de la paternidad, de acuerdo con las pruebas examinadas. Más aún, si se considera la prueba en su conjunto, es decir, de los testimonios que versan sobre la posesión notoria, aunados al mérito que prestan las deponencias sobre las relaciones sexuales y los documentos auténticos que constituyen una confesión inequívoca de paternidad, situación que no deja lugar a duda alguna y estructura la plena certeza de la filiación pretendida. Concurren armónicamente tres de las presunciones establecidas por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 suficientemente probadas, en forma que llevan al ánimo del juzgador en esta instancia, como lo hicieron en el de la primera, la seguridad y certeza de la paternidad invocada. Se impone por tanto confirmar la sentencia apelada".

Continúa luego expresando que no es óbice para la prosperidad de las pretensiones de la demandante, la circunstancia de que algunos de los hijos legítimos demandados como herederos del causante, hubiesen nacido antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, por cuanto Cadena Alvarez falleció después de entrar en vigor la Ley 75 de 1968, la cual modificó esa restricción que establecía la Ley de 1936.

Por último, en cuanto al desistimiento presentado en el anterior proceso de filiación natural, el Tribunal textualmente expone lo que sigue:

"Igualmente considera la Sala que es pertinente tratar el punto sobre la existencia de un proceso anterior sobre filiación natural propuesto por la señora Delia de Neira contra el señor Luis Cadena A. y en el cual la actora desistió incondicionalmente y a perpetuidad 'de la demanda o juicio que con acción de filiación natural había propuesto... contra el señor Luis Cadena A.'. Desde luego, por los términos en que se redactó y concibió la desistencia del proceso, no aparece que fuera el resultado de una transacción en la que la demandante percibiese un beneficio patrimonial. La demanda se propuso directamente contra el presunto padre, señor Luis Cadena A. y se dirigía, por lo tanto, a obtener únicamente la declaración de hija natural, sin acumularle, como es obvio, pretensiones de índole económica.

"Se desistió exclusivamente del proceso, pero no al derecho a reclamar la filiación. Si bien el acto de desistir tuvo eficacia en cuanto dio por terminado el proceso, no extinguió el derecho a la filiación, comoquiera que el estado civil no es materia susceptible de ser transigida (artículo 2473 del C. C.). No obstante que el señor Juez Segundo Civil del Circuito no debió admitir el desistimiento en la forma como le fue presentado, debe reconocerse que tal acto no comporta la imposibilidad de promover un nuevo proceso de filiación, como en efecto lo ha hecho la demandante".

Por último, agrega el sentenciador, refiriéndose a la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, que en ella se hizo un pronunciamiento implícito sobre la restitución (de la cuota de los bienes herenciales), toda vez que sería incongruente decretar pago de frutos delante de bienes cuya restitución no se ha dispuesto. Y en lo que atañe a tales frutos, reformó la decisión del *a quo* en el sentido de que el pago respectivo debía hacerse a partir de la fecha del fallecimiento del padre natural, señor Luis Cadena A.

El recurso de casación.

Cuatro cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal quinta y los tres últimos por la primera, que se estudian en seguida en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo. "La sentencia incurrió en la causal tercera de nulidad del artículo 152 Código de Procedimiento Civil".

Dice el recurrente que "como aparece a folios 122 vuelto a 132 vuelto del C. 1º y lo reconocen Juzgado y Tribunal, lo mismo que la actora en sus alegaciones, Delia Lemos demandó el 9 de marzo de 1948 a Luis María Cadena A., en acción de filiación natural, pretensión de la cual desistió con anterioridad a cualquier pronuncia-

miento en memorial del 4 de septiembre de 1962. Ese desistimiento de la acción de estado fue acogido por el juez en auto del 6 de agosto de 1955, que está en firme y no ha sido impugnado ni invalidado".

Agrega en seguida que los procesos terminan normalmente por sentencia ejecutoriada y extraordinariamente por transacción, desistimiento y perención y que conforme el artículo 342 del C. de P. C., "el desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada" y que el "auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia". De lo anterior, concluye el impugnante que hay cosa juzgada acerca de las pretensiones de filiación natural de la demandante respecto de Luis María Cadena y que al no haberlo reconocido así el sentenciador, violó el numeral 3 del artículo 152 *ibídem,* que consagra como causal de nulidad revivir procesos legalmente concluidos como lo estaba el de filiación por virtud del mencionado desistimiento.

Expresa también la censura que el desistimiento en cuestión no fue fruto de transacción alguna celebrada entre quienes fueron partes en el proceso en que se produjo, porque de ello no hay prueba en los autos, y que por tanto el Tribunal aplicó impertinentemente el artículo 2473 del C. C.; y que es más descabellado aún, pretender que el desistimiento mencionado se refirió exclusivamente al proceso y no al derecho a la filiación, ya que al respecto en el memorial respectivo no se hizo salvedad de ninguna clase.

"Cualquiera que sea el concepto que se tenga sobre el desistimiento de una demanda de estado civil —continúa el impugnante— y así se le pudiera considerar inadmisible o contrario a derecho, y, por ende nulo, lo cierto es que los hechos cumplidos y firmes se mantienen en tanto no sean impugnados adecuadamente y no sean privados de su valor propio por sentencia. De suerte que un desistimiento de la demanda de filiación natural, presentado oportunamente y admitido por el juez, mantiene sus efectos de extinción del proceso y de imposibilidad de replantear la pretensión respecto del mismo presunto padre, hasta cuando sea invalidado judicialmente en virtud de impugnación a propósito. De aquí se observa con toda nitidez cómo Delia Lemos repitió su demanda para que se le declare hija del mismo varón a quien habiendo demandado 21 años atrás, dejó definitivamente absuelto de tales imputaciones por su desistimiento, de modo que, sin lugar a duda alguna, revivió un proceso legalmente concluido, sin facultad legal para ello, toda vez que el desistimiento estaba en pie y con íntegros sus defectos inhibitorios ya mencionados, y que dentro de sus pretensiones tampoco incluyó la descalificación del acto por el cual este proceso feneció".

El opositor, por su parte, arguye en primer término que sería ingenuo pretender que el desistimiento de que se trata no obedeció a un acuerdo transaccional celebrado entre Delia y su presunto padre, por lo cual sí era pertinente la cita del artículo 2473 del Código Civil que hizo el Tribunal. De otro lado alega que la presentación de la prueba de tal desistimiento fue sorpresiva para la parte demandante, quien dado el largo espacio que medió entre los dos procesos no recordaba haber desistido del primero, y por tal motivo estuvo en imposibilidad de incluir dentro de las súplicas de su demanda que se declarase la nulidad tanto del desistimiento como de la transacción que lo motivó. Insiste también, que por la etapa procesal en que se adujo la copia del escrito de desistimiento, ya no le era legalmente posible corregir su demanda para incluir en ella la pretensión que echa de menos el recurrente.

Ambas partes transcriben fragmentos de algunas decisiones de la Corte referentes al alcance y a los efectos que tienen el desistimiento de una acción de estado civil y el citado artículo 2473 del Código Civil.

La Corte considera.

La cosa juzgada, como lo ha dicho la Corte, tiene como fin "hacer efectiva la sanción con que la ley protege las sentencias firmes, sanción consistente en considerar el fallo de tal manera decisivo que excluye por completo toda posibilidad de examinarse de nuevo el negocio e igualmente cualquiera nueva decisión sobre la misma relación jurídica, frente a los que han sido partes, sea por la misma autoridad judicial que dictó el primer fallo, sea por otra diferente. Son dos los fundamentos de esa excepción, ambos prácticos y negativos: finalizar definitivamente los procesos y evitar contradicciones entre las sentencias". (Casación civil, 27 de octubre de 1938 - XLVII, *páginas 329 y 330). Y más recientemente agregó: "Consecuente con la consagración positiva del fenómeno de la cosa juzgada y para alcanzar su eficacia propia, el Código de Procedimiento Civil no solo autoriza al demandado para proponer la* exceptio rei judicata *(artículo 97), sino que además eleva a la categoría de nulidad general el hecho de proceder contra providencia ejecutoriada para revivir 'procesos legalmente concluidos' (artículo 152, 3)". (Casación civil, 20 de febrero de 1975, aún sin publicar).*

El artículo 332 del C. de P. C. estatuye que "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que en ambos procesos haya identidad jurídica de parte". Esa fuerza a que alude el artículo transcrito es la que tiene, según el segundo inciso del artículo 342 ibídem, *el auto que acepta un desistimiento, lo cual impide, por consiguiente, que entre las mismas partes pueda suscitarse posteriormente un proceso en que se ventilen idénticas pretensiones a las que contenía la demanda que dio origen a la primera litis que fue objeto de desistimiento la que no puede revivirse posteriormente, pues ya quedó decidida en esa forma de manera definitiva.*

Con el fin de que se cumplan esos efectos que el legislador le asigna a la cosa juzgada, vale decir, para impedir la iniciación de nuevos procesos o debatir cuestiones ya decididas definitivamente, ora por sentencia ejecutoriada, ya por desistimiento judicialmente admitido, el Código de Procedimiento Civil consagra la llamada excepción de cosa juzgada, que no obstante ser de fondo, puede proponerse como previa (art. 97, inciso final), sobre la base de que una y otra se aleguen dentro del término que tiene la parte demandada para contestar el libelo (artículo 92, numeral 8). Vencido dicho término, por ser éste de carácter preclusivo, ya no es posible proponer la excepción.

Con todo, la ley consagra un medio adicional el que se deja indicado, al erigir en causal de nulidad del proceso con que se pretenda revivir uno anterior legalmente terminado por una sentencia ejecutoriada, desistimiento o perención, ocurridos en el primero o de transacción acordada por las partes litigantes. Cualquiera de los eventos que se dejan indicados pone fin al proceso, se repite, lo cual significa que cualquiera otro que se promueva posteriormente sobre el mismo objeto, con la misma causa y entre las mismas partes, estará afectado de nulidad, porque tiende a revivir la litis anterior y porque atenta contra el principio de la cosa juzgada.

Las partes están facultadas para alegar todo motivo de nulidad de que adolezca un proceso, "en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia"; el juez a su turno, durante la misma oportunidad, podrá declarar las que observe y que no hayan sido saneadas (artículos 154 y 157).

Tanto la excepción de cosa juzgada como la de nulidad que se funda en el atentado contra ésta, o lo que es lo mismo, cuando se intenta revivir un proceso legalmente concluido, están sometidas a una tramitación incidental, en la que la parte que propone la excepción o que solicita la declaratoria de nulidad, tendrá que demostrarlas en todo caso y en forma plena, sujetándose a las normas atinentes a la presentación, solicitud y práctica de las pruebas que establece la ley. Estas normas buscan que la prueba respectiva sea pública y que haya podido ser contradicha por la parte contra la cual se aduce. Ambos incidentes fracasarán inexorablemente, si el proponente no aduce en forma legal y oportuna la plena prueba del hecho en que hace consistir la excepción o la nulidad que invoca. En este sentido el artículo 183 del C. de P. C., estatuye como regla general que las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades que para ello señala la ley, pues de lo contrario no podrán ser apreciadas por el juez, y si no pueden serlo, es como si no existieran en el proceso a pesar de que físicamente forman parte del mismo.

Aplicando lo expuesto al caso *sub júdice*, se tiene lo siguiente:

a) La parte demandada no propuso la excepción de cosa juzgada dentro del término que tenía para contestar la demanda (artículos 92 - 3, 97, 332 y 342 C. de P. C.), ni pidió tampoco dentro de la amplia oportunidad de que al efecto disponía, como hubiera podido hacerlo, que con base en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 152 *ibídem* se decretase la nulidad de lo actuado.

b) Los sentenciadores de instancia no hicieron uso de las facultades oficiosas que les asistían (artículo 180) para decretar que se tuvieran como prueba del desistimiento las copias auténticas tomadas del proceso en que éste se produjo, ni para declarar oficiosamente la mencionada nulidad (artículo 157).

c) Las copias en cuestión no se allegaron a los autos en las oportunidades que al efecto señala la ley, vale decir, junto con la demanda o con la respuesta respectiva, o con el escrito que da origen a un incidente o la contestación del mismo (artículos 77-6, 92-4, 137-1 y 2). Tales copias las presentó la parte demandada junto con un memorial que llegó a los autos 10 meses después de la fecha de la providencia que decretó la apertura del proceso a prueba para que se practicasen las que habían sido pedidas y decretadas oportunamente, y el juez se abstuvo también de hacer el pronunciamiento expreso que en cuanto a pruebas oportunamente allegadas a los autos exige el segundo inciso *in fine*, del artículo 183, entre otros motivos, para los efectos que indica el

artículo 178, y omitió igualmente decretar de oficio que tales copias se tuviesen como elementos de convicción en este proceso (artículo 180).

Es forzosa conclusión de todo lo anterior, que en este proceso no se ha demostrado en forma legal que Delia Lemos de Neira hubiese promovido contra Luis A. Cadena Alvarez una acción de filiación natural, idéntica a la presente, y que hubiera desistido de ella, porque la prueba que al respecto adujo la parte demandada, según lo dispone el artículo 183 del C. de P. C., no puede ser apreciada como tal.

Resultan, pues, supérfluas las consideraciones que hizo el Tribunal acerca de los efectos del desistimiento de una acción de estado y del alcance que debe darse al artículo 2473 del C. C., y por el mismo motivo la Corte estima innecesario referirse a la argumentación que al respecto hace el recurrente.

En estas condiciones, la causal en estudio no puede prosperar.

Segundo cargo.

"La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: de los artículos 332 y 342 del C. de P. C., por falta de aplicación y de los artículos 6º de la Ley 75 de 1968, 8º y 18 de la Ley 45 de 1936 y 1321 a 1324-96k (sic) a 970 C. C., por aplicación indebida".

Para sustentar su acusación dice el recurrente que "el Tribunal desconoció el valor y el alcance del desistimiento, y más concretamente del desistimiento de la demanda de filiación natural (estado civil). Aceptó su mérito de terminación del proceso, pero le negó el de renuncia de las pretensiones de la demanda, con respecto de sentencia absolutoria, o sea de cosa juzgada, que impide proponer entre las mismas partes el mismo objeto por la misma causa. Dejó, pues, de aplicar los artículos 342 y 332 C. P. C., que son normas de derecho sustancial en cuanto consagran prerrogativas fundamentales, derechos subjetivos particulares; en este caso el derecho del demanado y de sus sucesores a la incolumidad, a quedar definitivamente a salvo de cualquier demanda y pronunciamiento sobre aquello ya decidido legalmente".

Y a renglón seguido continúa: "La distinción entre desistimiento del proceso y desistimiento de la acción (pretensión), no es admisible y es violatoria de la ley (artículo 342 del C. P. C.). Si hubo desistimiento de por sí incondicional y aquí declarado absoluto y sin atenuantes por la interesada (artículo 342, inc. 6 C. P. C.), lo debido era acogerlo en su fuerza perentoria, propia de la cosa juzgada respecto del proceso y de las pretensiones de la demanda. Y de ahí el reproche del quebranto por falta de aplicación. Mas si se considerara que lo ocurrido fue una interpretación retorcida del precepto y que el Tribunal lo entendió de modo de poder configurar un desistimiento *sui generis*, ese engendro suyo, contrario a la ley, habría constituido una violación de la norma por interpretación errónea. La actuación judicial objeto del cargo no tiene salida, violó ese derecho sustancial que consagra la firmeza de los varios modos de terminación del proceso que llevan anejo el fenecimiento de la pretensión".

Esa omisión —según el recurrente— permitió que el fallador entrara a considerar de nuevo y favorablemente las peticiones de la demanda, y por tanto fue la oportunidad de que aplicara indebidamente las normas sobre filiación natural, sobre el derecho de herencia del hijo natural en concurrencia con los hijos legítimos y sobre petición de herencia, con sus secuelas de la entrega y el pago de frutos y el abono de expensas y mejoras.

Tercer cargo.

"La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial, de los artículos 2473, 1740, 1741, 6º y 1518, 1746 C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, *por aplicación indebida; de los artículos 332 y 342 C. P. C., por falta de aplicación y de los artículos 6º de la Ley 75 de 1968, 8º y 18 de la Ley 45 de 1936, 1321 a 1324 y 961 a 970 C. C., por aplicación indebida".*

Censura el impugnante que el Tribunal hubiese considerado "que el desistimiento tuvo eficacia en cuanto al proceso, pero no extinguió el derecho a la filiación, comoquiera que el estado civil no es materia susceptible de ser transigida y que por tanto el juez que conoció del primer proceso no ha debido admitir tal desistimiento, el cual no fue fruto de transacción alguna y que no comporta la imposibilidad de promover directamente un nuevo proceso de filiación respecto del mismo varón.

"A ello cabe anotar:

"El desistimiento de marras fue simple, incondicionado y definitivo, de la acción de filiación natural... entonces, si no fue condicional, si no hubo circunscripción ni reserva alguna de derecho, ¿cómo se pueden limitar sus alcances sin violar, por falta de aplicación, los preceptos que establecen su valor de renuncia de las pretensiones, su fuerza de cosa juzgada, o sea, su poder impeditivo de cualquiera renovación del proceso, so pena de nulidad?".

Agrega en seguida que ese desistimiento no provino de transacción y que así lo reconoció el Tribunal. "Tampoco hubo entonces pretensiones de índole económica. Así las cosas, —se pregunta el recurrente— cómo aplicarle a un acto extraño a la transacción las reglas propias de ésta, sin incurrir en violación de ellas por aplicación indebida... El Tribunal confundió el desistimiento con la transacción que desemboca en desistimiento o tomó la invalidez de la transacción como predicable del desistimiento y aplicable a él; en fin, consideró que el desistimiento de la acción de estado no impide reanudar operaciones en otro proceso igual o análogo contra el mismo presunto padre y dio como razón de ello la nulidad de la transacción sobre el estado civil resultante de su prohibición legal. Ejemplo flagrante de conculcación de una norma por aplicación indebida: a un desistimiento a secas, que no admite vínculos con transacción y así se lo toma y acepta, se le aplicó la disciplina legal de la transacción".

Y finalmente agrega: "Se intuye entonces la ruta del juzgador: luego de extender la prohibición de la transacción a un desistimiento ajeno a ella, el Tribunal procede con desconocimiento de la existencia y valor de éste. O sea que actúa como si fuera nulo de pleno derecho. Declaró una nulidad sin pronunciar su nombre, a pesar de que el acto cuyos defectos fueron suprimidos por invalidez era legítimo y válido, no contrariaban ninguna prohibición legal: aplicación indebida de los artículos 1740 y 1741 del C. C., y por mayor abundamiento, de los artículos 6º y 1518 *ibídem*. Y obró en consecuencia; dispuso el retorno de las partes al *statu quo ante*, como si el acto del desistimiento no hubiera existido: la actora puede volver a demandar su filiación del mismo varón demandado anteriormente en proceso del que había desistido. Aplicación indebida del artículo 1746 C. C.".

Se tiene en cuenta:

Los dos cargos que ahora se consideran, como se desprende fácilmente tanto de su planteamiento como de los fundamentos que se exponen para sustentarlos, parten de la base indispensable de que en este proceso se demostró en forma oportuna, plena y completa, que en uno anterior también de filiación natural promovido por la demandante contra su presunto padre, en vista de éste, terminó por desistimiento incondicional que aquélla presentó y de que no está demostrado que tal desistimiento hubiese obedecido a una transacción celebrada entre las partes del primer proceso. La acusación se basa así mismo, en que el desistimiento en cuestión y la providencia que lo admitió tienen todo su valor legal mientras no se declare judicialmente la nulidad de tales actos y que semejante pretensión no aparece en la demanda con que se inició esta litis. Sin esas bases, como es obvio, dichas acusaciones carecen de trascendencia para quebrar el fallo impugnado.

Como se expuso al despachar el primer cargo, en este proceso *no está legalmente demostrado* que aquél a que se refiere el recurrente hubiese existido en realidad ni que hubiese terminado por desistimiento incondicional presentado por la demandante.

El sistema de apreciación probatoria de la sana crítica o de la libre apreciación razonada que hoy predomina en el proceso civil, no tiene el desmesurado alcance de autorizar que se tengan en cuenta pruebas ilegal, indebida o inoportunamente agregadas a los autos. Ello implicaría violar el derecho de defensa y el principio de publicidad y posibilidad de contradicción de los medios probatorios, los cuales son de orden público y por tanto de obligatorio cumplimiento. Es verdad que en el expediente (C. 1, fls. 122 a 132 v.) obran copias auténticas tomadas del primer proceso de filiación y que comprenden tanto la demanda en la cual se pidió la misma declaración de filiación natural que se ha impetrado en éste, como el escrito de desistimiento presentado por la demandante y la providencia que lo admitió, pero tales copias no pueden producir convicción jurídica en el juzgador, porque la ley no permite apreciarlas como prueba, *en vista de que se allegaron a los autos con franca transgresión de lo que dispone el primer inciso del artículo 183 del C. de P. C.*

No habiendo, pues, prueba alguna de que en esta litis se configuren ora la cosa juzgada de que trata el artículo 342 ibídem, *ya la nulidad a que se refiere el numeral 3 del artículo 152, es un imposible jurídico considerar si se produjo o no el quebranto de las normas legales que indica el recurrente.* Por otra parte, conviene recordar lo que atrás se expuso, acerca de que los demandados no propusieron, habiendo podido hacerlo, ninguno de los medios de defensa que tenían a su favor, vale decir, las excepciones del caso o el incidente de nulidad.

En vista de lo expuesto, los dos cargos en estudio resultan inanes.

Cuarto cargo.

"La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial; de los artículos 10 de la Ley 75 de 1968 y 306 C. P. C., por falta de aplicación,

y de los artículos 18 de la Ley 45 de 1936 y 1321 a 1324 y 961 a 971 C. C., por aplicación indebida".

"Examinado el fallo desde el solo ángulo de su manejo del derecho sustancial —dice el recurrente—, encuentro un yerro adicional a los ya señalados, que aduzco acá marginalmente, quizás más para resaltar sus defectos que pensando en que llegue a ser considerado, comoquiera que los tres anteriores dan base sólida para el cercenamiento de raíz de la sentencia".

Arguye en efecto, que el Tribunal no vio que Luis María Cadena Alvarez falleció el 5 de marzo de 1969; que el auto admisorio de la demanda se notificó a la demandada Haydé Cadena de Díaz el 25 de junio de 1971; que de una a otra fechas transcurrieron más de dos años; que, por tanto, la sentencia de filiación natural no puede producir efectos patrimoniales respecto de esa demandada al tenor de lo que estatuye el artículo 10; y que al no haberlo declarado así el sentenciador, incurrió en el quebranto de los preceptos legales mencionados.

Se considera.

Estos efectos son indudables, en el presente caso, puesto que la parte demandante formuló como súplica consecuencial a la de filiación natural, la de petición de herencia dirigida contra los demandados, como cónyuge y herederos del presunto padre. En estas condiciones, tales efectos patrimoniales no pueden producirse respecto de la demandada Cadena de Díaz y por ese único aspecto debe prosperar la demanda de casación. Cabe recordar que la Corte ha expuesto reiteradamente que el término de dos años que consagra el citado artículo 10 de la Ley 75, comporta una caducidad, la cual puede ser declarada oficiosamente con el juzgador, aunque la parte favorecida con ella no haga observación alguna a ese respecto, norma ésta que, en consecuencia, fue quebrantada por el Tribunal al no haberla aplicado en el caso de Haydé, como ha debido hacerlo.

En tal virtud, como los tres primeros cargos no prosperaron y los pronunciamientos de la sentencia impugnada no fueron atacados en cuanto a la declaración de filiación natural, a la prosperidad de la petición de herencia y a sus efectos consecuenciales, tales pronunciamientos habrán de ser reproducidos en la sentencia de instancia que profiera la Corte, con la única salvedad apuntada en cuanto a los efectos patrimoniales de esa decisión respecto de la demandada Haydé Cadena de Díaz. Además, como la parte actora no recurrió en casación, resulta intocable también la reforma que hizo el Tribunal en cuanto a la fecha a partir de la cual deberán pagarse los frutos de los bienes herenciales que corresponden a aquélla.

Como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia impugnada y actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1º Refórmase la sentencia apelada proferida el 25 de junio de 1974 por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, en el sentido "de que el pago de los frutos a que se refiere el punto 3º deberá hacerse a partir de la fecha de la contestación de la demanda y no a partir de la fecha del fallecimiento del padre natural señor Luis Cadena Alvarez", y de que las declaraciones y condenas de que tratan los puntos 2º y 3º de aquélla, no producen sus efectos patrimoniales respecto de la demandada Haydé Cadena de Díaz.

2º Confírmase en todo lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

3º Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Alfonso Guarín Ariza Secretario.

SIMULACION

Nulidades procesales.—Saneamiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper).

Bernabé Fuentes Cortés demandó por la vía ordinaria a Carlos Eduardo Alvarez Prieto y Olga Sofía Alvarez de Celis para que se declarase simulado el contrato de venta celebrado entre ellos mediante la escritura 405 otorgada el 25 de marzo de 1966 en la Notaría Primera de Ibagué, en atención a que lo verdaderamente acordado fue una donación, y como consecuencia, se decretase su nulidad en cuanto excedió de dos mil pesos y además la restitución del bien objeto de la misma, con sus frutos civiles y naturales, deducidos los gastos realizados para producirlos.

Los demandados se opusieron a tales pretensiones y así mismo formularon demanda de reconvención, tendiente a que se los declarase dueños del inmueble objeto del litigio y a que Bernabé, como poseedor del mismo, fuera condenado a entregárselo. Ambas partes propusieron excepciones previas; la del demandado, basada en la incompetencia del juez municipal, por razón de la cuantía recibió despacho favorable; no prosperaron, en cambio, las del contrademandado, que fueron tramitadas y decididas por el Juez Civil del Circuito de Espinal (una de ellas consistente también en la incompetencia de éste, por razón de la cuantía) y la providencia que así lo declaró quedó ejecutoriada.

Tramitóse luego el proceso ante el juez últimamente mencionado, de acuerdo con las normas de los artículos 398 a 406 del C. de P. C.; fue decidido en primera instancia en fallo que acogió las súplicas de la demanda y denegó las de reconvención. La apelación interpuesta por los demandados la desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en sentencia del 15 de marzo de 1975, confirmatoria del fallo de primer grado, en la que analizó razonadamente la prueba incidiaria aducida por la parte actora en el proceso y llegó a la conclusión de que estaba plenamente demostrada la simulación relativa de la venta que Bernabé dijo haber hecho a Carlos Eduardo y de la de éste a Olga Sofía, puesto que lo verdaderamente acordado entre las partes era una donación, la cual por no haber sido insinuada, debía ser acumulada en cuanto excediera de dos mil pesos.

La parte demandada interpuso entonces el recurso de casación que ahora se decide.

El impugnante formuló tres cargos contra dicho fallo, pero el recurso de dos de ellos fue declarado desierto en auto del 14 de julio del corriente año, por no estar ajustados a los requisitos de forma que establece el artículo 373 del C. de P. C. De esta suerte, compete ahora a la Corte pronunciarse sobre la tercera de tales acusaciones, comprendida dentro del campo de la causal quinta y formulada así:

Tercer cargo.

A juicio del recurrente, en este proceso se incurrió en la causal de nulidad que establece el numeral 6º del artículo 152 del C. de P. C., al haberse recortado "el término de traslado a la parte demandada, ya que tratándose de una demanda ordinaria de mayor cuantía... (dicho término) es de 20 días" y en el presente caso solo fue de diez.

"También se incurrió en la causal de nulidad número 4 del mismo artículo 152 —continúa la demanda— porque al efectuarse un traslado de 10 días y seguirse la demanda por el procedimiento abreviado, se le dio un trámite distinto al que legalmente le correspondía... esto condujo a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio ordinario de

mayor cuantía, pues se recortó el término de traslado de la demanda; es decir, que se incurrió en una nulidad de tipo constitucional".

La Corte considera.

Las causales de nulidad de que puede adolecer un proceso están enumeradas en forma taxativa por el artículo 152 del C. de P. C., a las cuales cabe agregar, en los procesos de ejecución y en aquéllos en que haya remate de bienes, las que indica el artículo 153 ibídem. *Para el caso en estudio basta con recordar las que alega el recurrente. La cuarta que se produce "cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponda" y la sexta que está constituida por la omisión de "los términos u oportunidad para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión".*

Para que una nulidad procesal configure el quinto motivo de casación, se requiere además que no haya sido saneada. Este saneamiento, cuando tiene cabida según la ley, puede provenir ora de manifestación expresa de las partes, que en esa forma convalidan la actuación defectuosa, ya de actitudes u omisiones de las mismas que según el artículo 156 hacen presumir tal convalidación. Tal ocurre, por ejemplo, cuando "a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa" (ibídem *numeral 4º). Tampoco se configura dicha causal si el hecho que la constituye fue alegado como excepción previa y ésta fue decidida en forma adversa al proponente en providencia ejecutoriada (artículo 155-4) o si habiendo sido invocada como nulidad, el incidente respectivo recibió fallo desfavorable a quien la propuso.*

En principio, todas las causales de nulidad son saneables, en cuanto los hechos que las constituyen miren al interés personal de los litigantes; no lo es la que obedece a intereses superiores, en los que va envuelto el orden público, tal como la carencia de jurisdicción que vicia por completo todo lo actuado. En cambio, la falta de competencia del juez, aunque saneable, impone la remisión "del expediente a quien deba continuar tramitándolo, salvo cuando se originó en factor territorial". (Artículo 156-6 ibídem).

Sentadas estas bases, conviene estudiar lo ocurrido en el proceso.

No obstante que el actor estimó la cuantía de la acción en la cantidad de ciento cincuenta mil pesos, la demanda se promovió ante el Juez Promiscuo Municipal de Coello, el cual inicialmente le dio la tramitación propia de los procesos abreviados, que es la que corresponde a los ordinarios de menor cuantía (artículo 397-2). De consiguiente, el término del traslado fue de diez días, dentro del cual los demandados no solo contestaron la demanda, opiniéndose a las súplicas en ella formuladas, sino que presentaron demanda de reconvención y propusieron la excepción previa que denominaron "incompetencia de jurisdicción", basada precisamente en lo anteriormente expuesto: que se trataba de un proceso de mayor cuantía.

El Juzgado Municipal desató el referido incidente de excepciones en providencia del 24 de mayo de 1972, la cual no fue recurrida por ninguna de las partes, en la que declaró su incompetencia para conocer del proceso, por razón del valor de las pretensiones de las partes, y dispuso remitir la actuación al Juzgado Civil del Circuito de Espinal, funcionario éste que asumió el conocimiento y continuó el trámite de la litis de conformidad con todas las normas aplicables a los procesos ordinarios de mayor cuantía. Habiendo encontrado, cuando recibió el expediente, que el término del traslado de la demanda se hallaba vencido, previos trámites y decisión de las excepciones previas propuestas por el contrademandado, dispuso la apertura a prueba por el término de cuarenta días, mediante auto del 24 de julio de 1973 que no mereció reparo alguno de las partes, como no lo habían merecido tampoco la providencia mediante la cual el Juez de Circuito avocó el conocimiento del proceso.

Según el numeral 3º del artículo 99 del C. de P. C., la "providencia que declare probada la excepción de incompetencia, ordenará la remisión del proceso al juez competente para que continúe su tramitación, sin que haya lugar a nuevo traslado de la demanda..." *(se subraya). Esta norma, en la parte que se ha destacado, tiene un claro fundamento: si el demandado propuso excepciones que fueron consideradas y falladas, indudablemente no solo tuvo noticia de la iniciación del proceso que contra él se propuso sino que pudo ser oída y ejercer su derecho de defensa. De ahí que un nuevo traslado de la demanda sea innecesario.*

Tal fue exactamente lo que ocurrió en el presente caso. El abogado de la parte demandante, inexplicablemente, a pesar de haber estimado la cuantía de la acción para efectos de la competencia en ciento cincuenta mil pesos, presentó su demanda ante el juez municipal; éste la admitió sin percatarse de la aludida estimación y dispuso correrla en traslado a la parte demandada, la que utilizó dicho traslado, entre otras cosas, para proponer la excepción de falta de competencia

que el juez despachó favorablemente. Dicha parte, pues, fue notificada del auto admisorio, recibió el traslado del libelo y pudo ejercitar como en efecto lo hizo, su derecho de defensa; de otro lado, de ahí en adelante el proceso se adelantó ante el juez competente y con la plenitud de las formas que la ley señala para los ordinarios de mayor cuantía.

En estas condiciones, es indudable que no se configura ninguna de las causales de nulidad que solo hasta ahora alega el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la causal de casación en estudio no puede prosperar y, por tanto, 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 impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

BIBLIOTECA

SIMULACION

Nulidad por indebida representación.—Inconsonancia.—Confesión calificada

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de noviembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario instaurado por Camilo Antonio Giraldo Arango frente a Amelia y Gabriela Giraldo Arango.

I

Antecedentes.

1. Antonio María Giraldo Jaramillo y Rosalía Arango contrajeron matrimonio católico el 13 de noviembre de 1901, en la Iglesia Parroquial de Circasia.

Dentro de esta unión connubial los contrayentes procrearon los siguientes doce hijos: Primitiva, Francisca, Inés, Camilo, María Isaura, Luis Tomás, Amelia, Arturo, León, Gabriel, Daniel y José Oscar, cuyos nacimientos ocurrieron, en su orden, el 5 de octubre de 1903, el 17 de noviembre de 1904, el 15 de marzo de 1906, el 17 de julio de 1907, el 21 de diciembre de 1908, el 26 de noviembre de 1910, el 1º de noviembre de 1914, el 28 de noviembre de 1918, el 13 de julio de 1922, el 12 de noviembre de 1923, el 1º de agosto de 1925 y el 9 de agosto de 1927.

2. Ocurrido el óbito del citado Giraldo Jaramillo, el Juzgado Civil del Circuito de Armenia abrió el correspondiente proceso sucesorio que terminó con la sentencia de 29 de octubre de 1955, mediante la cual aprobó la partición de bienes practicada en él.

En dicha partición se adjudicaron a Rosalía Arago vda. de Giraldo, cónyuge sobreviviente del causante y por concepto de gananciales, entre otros los siguientes bienes:

a) "doce veinticuatroavas partes del solar situado en el paraje de La Zulia, jurisdicción de Armenia, consta de doce varas de frente, por sesenta varas más o menos de centro, mejorado de café y plátano, alinderado así: por el frente con la carretera que de Armenia conduce a Pereira (Avenida Bolívar); por un costado, con predio de la señora Benilda Jiménez v. de Nicholls; por el centro y otro costado, con propiedad de Gabriel Jaramillo"; y

b) "doce veinticuatroavas partes de un solar con casa de habitación, ubicado en el punto denominado Corocito, de esta jurisdicción, constante de quince varas de frente, por centro hasta encontrar el lindero con predio de Matilde Muñoz de Barrera, en extensión de cincuenta varas más o menos y que linda: por el frente, con el camino que va de Armenia a Circasia —hoy Avenida Bolívar—; por un costado, con predio de Amelia Muñoz de Barrera, y por el otro costado, con predio de Rosalía Arango de Giraldo".

3. El 28 de mayo de 1963, mediante escritura pública número 619 que en esa fecha se otorgó en la Notaría Primera de Armenia, y que se inscribió el 30 siguiente en la Oficina de Registro de allí, se ajustó entre la mentada Rosalía Arango vda. de Giraldo y Rafael Márquez Giraldo, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) la primera expresó vender al segundo, y éste comprar a aquélla, el "derecho de dominio y la posesión que tiene sobre" los dos inmuebles que se han alindado y especificado en el numeral precedente, enajenación que hizo la vendedora "sin hacer para sí ninguna reserva";

b) acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), que en ese acto la vendedora de-

claró "tener recibida en dinero de contado a satisfacción";

c) expresó la enajenante que los derechos que transfería los había adquirido "por adjudicación que se le hizo en la sucesión del señor Antonio Giraldo Jaramillo, cuyo juicio sucesorio se halla protocolizado por escritura número 1178, de 2 de noviembre de 1956, otorgada en la Notaría Tercera de este Circuito"; y

d) mediante la cláusula tercera de dicho pacto, manifestó la vendedora que "desde hoy pone al comprador en posesión y dominio de los inmuebles que le vende"; y éste los dio por recibidos.

4. El 5 de junio de ese mismo año de 1963, mediante la escritura pública número 652 que en esa fecha se otorgó en la misma Notaría Primera de Armenia, se celebró entre el mentado Rafael Márquez Giraldo, por una parte, y las hermanas Primitiva, Amelia y Gabriela Giraldo Arango, por la otra, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) el primero expresó vender a las segundas, y éstas comprar a aquél, "el derecho de dominio y posesión que tiene sobre" dos inmuebles, los que por sus especificaciones y linderos que en ese título escriturario se consignan, corresponden a los que él había comprado ocho días antes a Rosalía Arango vda. de Giraldo;

b) acordaron los contratantes como precio de los bienes objeto de la compraventa la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), que en ese acto el vendedor declaró "tener recibida en dinero de contado a satisfacción";

c) expresó el tradente que los inmuebles que él enajenaba, los había adquirido "por compra hecha a la señora Rosalía Arango viuda de Giraldo, de conformidad con las voces de la escritura pública número 619, otorgada en esta misma Notaría, la cual cursa en la Oficina de de Registro para su inscripción correspondiente"; y

d) mediante la cláusula tercera de dicho pacto, manifestó el vendedor "que desde hoy pone a las compradoras en posesión y dominio de lo que les vende"; y éstas afirmaron haber recibido la tenencia de los inmuebles.

5. Rosalía Arango viuda de Giraldo murió en Armenia el 12 de junio de 1970.

Una vez ocurrido este óbito el Juzgado Tercero Civil del Circuito de dicha ciudad, mediante auto de 13 de agosto siguiente, abrió el correspondiente proceso sucesorio, en el cual se han reconocido como herederos de la causante a los once hijos legítimos suyos que le sobrevivieron; y, además, por derecho de representación de su madre María Francisca Giraldo, a Marina, Beatriz e Isabel Castaño Giraldo.

II

El litigio.

1. Mediante escrito de 24 de febrero de 1971, reformado por el de 10 de mayo siguiente, el citado Camilo Antonio Giraldo Arango demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia a Amalia y Gabriela Giraldo Arango, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) que los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 619 y 662 de 28 de mayo y 5 de junio de 1963, otorgadas ambas en la Notaría Primera de Armenia, "ocultan un contrato de donación entre vivos, por el cual la señora Rosalía Arango de Giraldo transfirió el dominio de los derechos que poseía en los inmuebles, por mediación del señor Rafael Márquez Giraldo como testaferro, a sus hijas Primitiva, Gabriela y Amelia Giraldo";

b) que dicho acto de donación es absolutamente nulo e ineficaz, por falta de insinuación y de "los requisitos de solemnidad y fiscales que la ley establece", y que "por consiguiente es la sucesión de Rosalía Arango de Giraldo la dueña de los derechos incorporados en dichos bienes";

c) que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se condene a las demandadas a restituir "a la sucesión testada y en curso de la causante Rosalía Arango de Giraldo" los inmuebles atrás alindados y especificados, junto con los frutos naturales y civiles por éstos producidos, y no solamente los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

d) que se decrete la cancelación del registro de las dos escrituras referidas; y

e) que si las demandadas "afrontaren el pleito", se les condene a pagar las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los que sustancialmente quedan sintetizados en los siguientes:

a) no obstante que en la sucesión de Antonio Giraldo Jaramillo, según se desprende claramente de la hijuela de la cónyuge sobreviviente con-

tenida en la escritura 1178 de 2 de noviembre de 1956, solamente se adjudicaron a ésta "las doce veinticuatroavas partes de cada uno de estos inmuebles, o sea la mitad de cada uno de ellos", la adjudicataria Rosalía Arango vda. de Giraldo aparece después vendiéndole a Rafael Márquez Giraldo el dominio sobre la totalidad de los dos predios;

b) las compraventas a que aluden las precitadas escrituras 619 y 662 son apenas aparentes; el móvil determinante de tales actos "no fue otro que el de efectuar una donación de los bienes en ella determinados" por parte de Rosalía a sus tres hijas, "valiéndose de un testaferro", para lo cual se eligió a Rafael Márquez Giraldo, quien es pariente cercano de los contratantes y por ello hombre "de confianza" de donante y donatarias;

c) muy a pesar de que dichos inmuebles tenían entonces un avalúo catastral y comercial superior, en las dos referidas escrituras se hizo figurar como precio de ellos la suma de $ 10.000, precio éste que, sin embargo, de haberse expresado en ambas lo contrario, Márquez Giraldo no pagó a Rosalía Arango viuda de Giraldo; pero ni menos aquél recibió de sus aparentes compradoras las hermanas Giraldo Arango, pues no hubo de parte de los dos primeros intención de enajenar, ni de las otras intención de comprar;

d) expresa el demandante en el hecho 10 de su libelo demandador, que las donatarias Amelia y Gabriela, beneficiarias en el acto de donación cuestionado, "al absolver posiciones extrajudiciales, rendidas en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, han manifestado que en el acto de la escritura no hubo pago en dinero porque sus padres, don Antonio y la señora Rosalía les adeudaban una suma de dinero que ellas no recuerdan a cuánto ascendía; sin embargo, en los años fiscales del 60 al 63 y anteriores, ni éstas denunciaron a la Nación, para los efectos de liquidación de impuestos, dicho crédito a su favor y en contra de sus nombrados padres, como tampoco la señora Rosalía, pues en varias de estas declaraciones dice no tener deudas de ninguna clase";

e) la donación, que es el verdadero acto que contienen las citadas escrituras públicas, "fuera de ser nulo e ilícito por fraude de la ley, ocasionó notorio perjuicio a mi mandante, porque lo priva de recibir lo que le corresponde de acuerdo con la ley, en la sucesión" de su madre; y

f) asevera finalmente la demandante en su demanda, que como Primitiva Giraldo "celebró acto jurídico en relación con lo adquirido en esta donación, que debe ser motivo de otro juicio distinto, *no se hace figurar como co-demandada en este proceso*".

3. En su contestación al libelo incoativo del proceso las demandadas, luego de negar los hechos invocados por el demandante, salvo los referentes a la muerte de sus padres, el trámite de sus sucesiones y al otorgamiento de las escrituras, los cuales aceptaron, se opusieron a todas las súplicas impetradas.

Afirmaron además que las dos compraventas que el demandante califica de simuladas son reales, que en ellas sí concurren todos los requisitos esenciales para su existencia jurídica; y que nunca existió el ánimo de gratuidad a que alude el actor. Propusieron las excepciones de cosa juzgada y prescripción.

4. Luego de surtido en la primera instancia el trámite del proceso, cuando éste se hallaba en estado de recibir fallo, el Juzgado del conocimiento, diciendo apoyarse para ello en lo estatuido por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, dispuso citar, y tenerlos como litis-consortes necesarios, a Primitiva Giraldo Arango y a Rafael Márquez Giraldo.

Estos, una vez que fueron notificados de la anterior decisión, advinieron al proceso tomando en él las siguientes posiciones: la primera, reconociendo ser ciertos todos los hechos afirmados por el demandante en la demanda inicial; y el segundo, negando los que en ésta aseveraban la simulación de las compraventas contenidas en las escrituras 619 y 662 antecitadas.

5. Puso fin el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia al primer grado de jurisdicción, con su sentencia de 6 de julio de 1974 mediante la cual denegó todas las peticiones del demandante; absolvió a los demandados, entre los cuales incluyó a los litisconsortes, de los cargos que en la demanda se hacen, y finalmente impuso a aquél las costas procesales.

6. Como efecto de la apelación interpuesta contra esta providencia por el demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el que, en sentencia de 25 de noviembre del mismo año, después de revocar la apelada, decidió el litigio así:

a) declaró la simulación de los contratos de compraventa contenidos en las escrituras 619 y 662 de 28 de mayo y 5 de junio de 1963, otorgadas ambas en la Notaría Primera de esa ciudad, "ya que lo que tales contratos ocultan realmente es un acto de donación irrevocable realizado por la presunta vendedora, por intermedio de Rafael Márquez Giraldo a favor de Amelia, Gabriela

y Primitiva Giraldo Arango, donación que solo se refiere a la mitad de los inmuebles especificados'';

b) decretó la nulidad de tal donación, en cuanto ella exceda el valor de $ 2.000.00, y por tanto dispuso que las donatarias ''conserven un derecho de propiedad sobre una cuota de dos mil pesos sobre la mitad de los inmuebles a que se refieren las escrituras citadas, en proporción a los diez mil pesos del precio que en ellas se hizo figurar''; y que la cuota restante continuaría siendo propiedad ''de la causante Rosalía Arango viuda de Giraldo'';

c) condenó a las dos demandadas iniciales a restituir ''a la sucesión'' de la sobredicha Rosalía ''sendas cuotas por valor de $ 2.666.66 cada una sobre un precio total de $ 8.000.00 que fue el valor a las tres donantes'', condenación ésta que hizo extensiva a ''frutos civiles de las respectivas cuotas y en la proporción dicha desde el momento en que se celebró la escritura 662 de 5 de junio de 1963'';

d) declaró que no procede imponer idénticas condenaciones ''a la donataria Primitiva Giral-Arango, porque ella la trasladó mediante negocio jurídico que no ha sido objeto de impugnación'';

e) ordenó comunicar su decisión al notario y al registrador de esa ciudad, ''para que se verifique la cancelación registratural de las escrituras en forma tal que los contratos impugnados conserven su validez hasta la suma de dos mil pesos que será cuota de propiedad de las donatarias... y también respecto de las dos cuotas por $ 2.666.66 cada una que quedan a favor de la sucesión de Rosalía Arango viuda de Giraldo por concepto de la restitución aquí ordenada'';

f) declaró no probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción propuestas; y

g) finalmente condenó a ''los demandados Amelia, Gabriela, Primitiva Giraldo Arango y Rafael Márquez Giraldo'' a pagar al demandante las costas causadas en las dos instancias del proceso.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado.

1. Después de referirse, con transcripción de piezas fundamentales del proceso, a los antecedentes de la cuestión litigada, advierte el sentenciador que es pertinente el pronunciamiento de sentencia de mérito por concurrencia de todos los presupuestos procesales; y porque, además, dice el fallador *ad quem*, el demandante, dada su calidad de heredero legitimario de la finada Rosalía Arango de Giraldo, sí tiene interés para demandar la simulación de los actos jurídicos en que ésta intervino como parte.

Y luego de hacer abundantes consideraciones de orden general en torno a diferentes aspectos de la teoría de la simulación de los actos jurídicos, dice el Tribunal, apoyando su aserto tanto en el *petitum* como en la *causa petendi* expresados en la demanda, que la súplica principalmente deducida en ésta se contrae a la declaración de simulación relativa, o simulación prevalencia, de los contratos contenidos en las escrituras 619 y 662 de 28 de mayo y 5 de junio de 1963, otorgadas ambas en la Notaría Primera de Armenia.

2. Acomete en seguida el juzgador de segundo grado el examen del acervo probatorio practicado a instancia del demandante.

En esta tarea se refiere primeramente a los interrogatorios que a instancia del demandante absolvieron extraprocesalmente Gabriela, Amelia y Primitiva Giraldo Arango y Rafael Márquez Giraldo, para aseverar, con apoyo en ellos y después de transcribirlos en su contenido, que existe ''confesión inequívoca de carácter judicial sobre los hechos de que por los contratos de compraventa que figuran en las escrituras públicas 619 de 28 de mayo de 1963 y 662 de 5 de junio de 1963 no hubo pago efectivo del precio en ellas estipulado, y por otra parte, el papel que desempeñó el señor Rafael Márquez Giraldo en tales negociaciones fue el de simple intermediario, o, con palabras del mismo, 'mediador', como pariente y amigo de la familia, de que se valió la señora Rosalía para traspasar la propiedad de los inmuebles a las señoritas Gabriela, Amelia y Primitiva Giraldo Arango''.

Estima el sentenciador *ad quem*, y así lo asevera en su fallo, que sin embargo de que los interrogados, después de reconocer que no habían pagado en efectivo el precio de las compraventas, agregaron que ese pago se había verificado con anterioridad ''dado que las adquirentes eran acreedoras de su señora madre Rosalía Arango, en virtud de préstamos que le habían hecho tanto a ella como a su esposo Antonio Giraldo Jaramillo'', el hecho agregado en su confesión no podía tenerse como cierto por encontrarse huérfano de prueba.

Califica pues esta confesión de compuesta y por ende divisible, ya que, dice el Tribunal, el hecho constitutivo de la aclaración, que a juicio suyo implica una dación en pago, ''es fenómeno jurídico tan distinto del pago efectivo que automáticamente queda excluida su existencia si en la escritura referida se habla de pago en efectivo

y como tal es el caso que se contempla en autos", corría a cargo de los confesantes el deber de probarlo, lo que considera que éstos no hicieron.

Estima el *ad quem,* refiriéndose precisamente a los interrogatorios absueltos por Primitiva Giraldo Arango y Rafael Márquez Giraldo, que no obstante que fueron aducidos al proceso con la demanda que no los comprendía, pues que solo mucho tiempo después fueron citados como litisconsortes necesarios, es procedente evaluarlos en su mérito demostrativo, desde luego que fueron parte en las relaciones materiales que son objeto de este litigio y que, como tal, podían ser llamados a absolver posiciones según lo establecía el artículo 610 del Código Judicial derogado; y que, de otra parte, dichos interrogatorios fueron pedidos y decretados oportunamente como pruebas en este proceso.

3. Como razón corroborativa de la conclusión a que llega, afirma la sentencia que la simulación de los contratos contenidos en las dos precitadas escrituras públicas puede inferirse de los indicios que cree encontrar en los siguientes hechos: a) La relación materno-filial existente entre la vendedora Rosalía Arango de Giraldo y las compradoras Gabriela, Amelia y Primitiva Giraldo Arango; y b) "la cercanía temporal de las negociaciones" ajustadas entre la citada Rosalía y Rafael Márquez Giraldo, y entre éste y las hermanas Giraldo Arango.

Conclusión de esta primera parte de su estudio es, pues, para el Tribunal de Armenia, la de que debe prosperar la pretensión simulatoria deprecada, "toda vez que en el debate probatorio se ha dado a la Sala la convicción razonada de la inexistencia del contrato aparente de compraventa por un lado, mientras que por el otro la de que el contrato realmente celebrado por la presunta vendedora, por medio de testaferro, a sus hijas, fue el de una donación, donación que en criterio de la Sala solo se refirió a la mitad de los inmuebles especificados en las escrituras 619 y 662, porque a esa mitad se limitaba su derecho según la adjudicación que se le hizo".

4. A continuación emprende el Tribunal el análisis de la donación que encuentra oculta en las compraventas simuladas. Al efecto, con cita de los artículos 1457, 1458, 1740 y 1741 del Código Civil, dice que ella, por carecer del requisito de la insinuación judicial que le era legalmente indispensable, "es nula de nulidad absoluta en cuanto excede de la suma de dos mil pesos".

Añade, proyectando su pensamiento a la correspondiente súplica de la demanda, que ella debe acogerse pero no en su totalidad sino únicamente en lo que supera a la suma indicada, por lo que, dice, "Rosalía Arango viuda de Giraldo conservará en la mitad de los inmuebles una cuota por valor de ocho mil pesos sobre los diez mil, o sea un derecho de las cuatro quintas partes".

5. Refiriéndose a la restitución de los inmuebles y de sus frutos que el demandante solicita, afirma el Tribunal que, como consecuencia del acogimiento de las súplicas precedentes, tal pretensión debe prosperar, pero solamente en relación con las demandadas Amelia y Gabriela Giraldo Arango y no en frente de su hermana Primitiva, pues que, explica, ésta "*celebró acto jurídico en relación con lo adquirido en la donación, que debe ser motivo de otro juicio distinto, y por ello no se hace figurar como co-demandada en este proceso*".

Agrega que la aludida restitución solo la decreta en la cuota de $ 8.000.00, "en relación con el precio total de $ 10.000.00 en que se estima la mitad de los inmuebles a la época de los actos denunciados como perjudiciales de los derechos del heredero demandante"; y que para el pago de frutos dichas dos demandadas deben considerarse como poseedoras de mala fe, "puesto que su título originado en un acto simulatorio es de todas maneras un título de carácter fraudulento".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación las demandadas Amelia y Gabriela Giraldo Arango. En la demanda respectiva y apoyándose en las causales primera, segunda, tercera y quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formulan cuatro cargos.

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

Cargo cuarto.

1. Estima el censor que el proceso se halla viciado de nulidad, según lo previsto en el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, puesto que, dice, hay "falta de representación o indebida representación del actor en el proceso cuando su apoderado sin poder asistirlo en este juicio con relación a los litisconsortes...

continúa gestionando y actuando contra éstos sin haberle sido concedida dicha personería para accionar en su contra".

2. En desarrollo del cargo, advierte el impugnante que el demandante Camilo Antonio Giraldo constituyó apoderado para demandar únicamente a Amelia y Gabriela Giraldo; que más tarde fueron oficiosamente citados al proceso, como litisconsortes necesarios, Rafael Márquez Giraldo y Primitiva Giraldo Arango, y que el procurador del demandante continuó actuando contra éstos, no obstante carecer de poder para hacerlo, pues que su mandato estaba limitado a las dos demandadas iniciales.

"En estas condiciones —dice la censura— el actor careció de legítima representación porque el poder de su apoderado únicamente continuó paralelo a la controversia, pero gestionando sin legitimación, ya que con un poder en las condiciones dichas y sin facultades con respecto a los nuevos litisconsortes necesarios no permitía como no tiene recibo para cumplir una misión en la controversia capaz de asegurar con legalidad y aptitud procesal el mandato que por reflejo continuó asistiendo el apoderado del actor".

Se considera.

1. Apoyada en el principio de la protección *que es dominante en materia de nulidades procesales, desde vieja data viene sosteniendo la Corte que la indebida representación de las partes en el proceso, como causal de nulidad, no puede ser invocada en casación sino por el litigante que no estuvo debidamente representado. Y esta doctrina no solo ha perdido vigencia sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, solo podrá alegarse por la persona afectada".*

2. Como las aquí recurrentes en casación no son la persona que en su demanda dicen estuvo mal representada en el proceso, el ordenamiento legal a que corresponde la doctrina antes citada proporciona fundamento suficiente para rechazar el cargo.

Por lo consiguiente, se desestima la censura.

Cargo segundo.

1. Mediante éste las recurrentes acusan la sentencia de ser incongruente con las pretensiones deducidas en la demanda.

2. En su desenvolvimiento, dice la censura que "mientras el actor pide para sí y prueba según el Tribunal como tercero, con lo cual sigue invocando para su beneficio individual, con todo, le concede para la entidad sucesión, ubicándolo entonces como parte en el proceso en acción heredada de su causante y al actuar así y decidir del mismo modo, desarmoniza el pedido de la prueba y otorga contra dérecho invocado".

Dice también la censura que "el actor consideró en su demanda y así pidió nulidad de los contratos por falta de insinuación, pero en parte alguna le reconoció validez a dichos contratos y en beneficio de mis mandantes en la cuota que de ley se autoriza la supuesta donación, fallando entonces el Tribunal en forma ultra petita, porque sobre las súplicas algo que no invocó. Tampoco pidió el demandante el respeto por cuotas de ninguna índole en favor de mis mandantes y menos que las escrituras que contienen los citados contratos en impugnación se anularan parcialmente, sino que simplemente pidió su nulidad y al ordenar el Tribunal que conservaban dichos contratos validez con relación a un valor de dos mil pesos ($ 2.000.00) no acogió las súplicas de la demanda en su tenor literal y de sentido consentido y ese acto parcial así considerado, le impuso al actor un fallo extra petita que mengua su aspiración".

Se considera.

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

No es por tanto de recibo el cargo de inconsonancia cuando se fundamenta en la falta de correspondencia entre la parte motiva y la dispositiva del fallo, ni tampoco cuando se hace descansar en la falta de armonía entre ésta y la conclusión a que el sentenciador llega del análisis de las pruebas.

Si la inconsonancia se hace consistir primeramente, como parece inferirse del cargo, que no es ciertamente dechado de claridad, en que el Tribunal, para efectos de la prueba de la simulación, consideró al demandante "como parte en el proceso en acción heredada de su causante", por lo atrás expuesto debe seguirse que la censura es improcedente. Cotejadas las peticiones de la demanda, en la que Camilo Antonio Giraldo *pide para la sucesión de Rosalía Arango de Giraldo,* con las decisiones de la sentencia que así lo resuelve, se impone aceptar que entre ellas no solo no hay disconformidad alguna sino que guardan ostensible consonancia.

2. Por un segundo aspecto la censura le endilga inconsonancia al fallo del Tribunal porque, dice, en la demanda se pidió la nulidad de unos contratos y en la sentencia solo se declara en parte, conservando su valor en cuantía de $ 2.000.00, lo que implica "un fallo *extra petita,* que mengua su aspiración".

Si, pues, la incongruencia se hace consistir aquí en que la sentencia otorgó al demandante menos de lo suplicado por él, para rechazar la censura bastaría advertir que las demandadas carecen de interés jurídico para impugnar el fallo con ese fundamento. "Es vano el cargo por inconsonancia —ha dicho la Corte— cuando aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (LXXIX, 855).

El cargo es pues ineficaz.

Cargo tercero.

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

2. Al desarrollarlo, dice el casacionista que el fallo "resolvió disponiendo en forma contradictoria, cuando de sostener en todo el proceso para concluir que sí hubo pago en el precio de los contratos, impone como condena a mis mandantes la restitución por reembolso de cuotas a la sucesión de Rosalía Arango de G., cuando de no haber pagado dicho valor en los contratos —como precio— sobre dicho precio dispone por condena que mis mandantes así deben proceder a reembolsar tales sumas, lo cual es muy diciente para relievar su contradicción al resolver"; y añade que si los contratos, "como dice el Tribunal, fueron a título gratuito entonces consecuente con esta conclusión y posición de fallador nada como condena ha debido disponer que deben devolver mis mandantes, porque si nada pagaron y solamente fue gratuito el traspaso de los inmuebles, simplemente ha debido decir en su resolución, se consagra en favor de Amelia y Gabriela Giraldo Arango un valor de $ 2.000 en relación con los bienes consagrados por dichos contratos y quedando la demás proporción de ellos en el patrimonio de la sucesión de Rosalía Arango, como si no hubiera salido de él", el Tribunal mismo reconoce que entonces los bienes por virtud de estos contratos sí salieron de dicho patrimonio, cosa que es diferente cuando se consagra la existencia de una simulación de dichos contratos, porque al hacerlo o declararlo así, se tiene que partir de la base de que los contratos no existieron en relidad, pero cuando ordena un reembolso es porque consagra la validez de dichos contratos".

Agrega el casacionista que también es contradictorio el fallo de segundo grado, "porque absuelve a quien también fue demandada en iguales circunstancias en este proceso, como mis mandantes, que no obstante que Primitiva Giraldo Arango llegó a proceso a petición de la justicia, su igualdad de condiciones procesales y de derecho al tenor de las normas sustanciales según el fallo del Tribunal, han debido hacerla correr iguales secuelas que a mis mandantes de condena, pero nunca de absolución".

Se considera.

1. Tiene dicho la doctrina de la Corte que como es la propia razón natural la que no permite ejecutar coetáneamente las decisiones incompatibles contenidas en la misma sentencia, cuando las resoluciones de un fallo sean contradictorias entre sí, tal yerro in procedendo *puede repararse, a más del remedio de la aclaración, con el recurso extraordinario de casación.*

Al efecto, el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil consagró como causal tercera de casación el supuesto consistente en "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". El fundamento jurídico o razón de ser de esta causal se encuentra en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas; solo en este supuesto la causal referida tiene virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado.

2. En el caso de este proceso la sentencia que lo decidió declaró simulados relativamente los contratos a que aluden las escrituras 619 y 662

de 28 de mayo y 5 de junio de 1963, los cuales, dice, "ocultan realmente es un acto de donación irrevocable"; decretó la nulidad de ésta en el excedente de $ 2.000.00, por haberse pretermitido el requisito de la insinuación al ejecutarla; consecuencialmente condenó a las demandadas Amelia y Gabriela Giraldo Arango a restituir a la sucesión de su madre los bienes materia de donación en la parte o cuotas que superen el valor de ella que es válido; y finalmente dispuso que la otra donataria, Primitiva Giraldo Arango, no podía ser condenada a dicha restitución de cuota, porque encontró prueba de que dispuso de ésta y porque la simulación no produce efectos contra terceros de buena fe.

En todas estas disposiciones no encuentra la Corte contradicción alguna; todas ellas son perfectamente compatibles y por ende nada impide su ejecución simultánea. Por lo consiguiente el cargo no puede prosperar.

Si los contratos de compraventa relativamente simulados ocultan una donación afectada de invalidez por falta de insinuación, es claro que al declarar esa simulación y reconocer la nulidad de la donación, las demandadas que conservan sus cuotas, o sea Amelia y Gabriela Giraldo, deben restituir tales cuotas en cuanto sean superiores a dos mil pesos.

Por lo dicho, se rechaza esta censura.

Cargo primero.

1. Con éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1766 y 1934 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en "la interpretación de la demanda".

2. En el inicio del desarrollo de este cargo, dice el acusador que el Tribunal llegó a la conclusión de que los contratos objeto del litigio son simulados, "sin que para ello la prueba de los autos le respalden en este aserto"; que la simulación debe probarse plenamente, y que una declaración de dicho contenido no debe obedecer "en manera alguna, a las simple sospecha, la duda o juicio deductivo del juez".

Expresa luego que Camilo Giraldo, en su demanda, pidió la declaración de simulación para la sucesión de Rosalía Arango "y en el curso del *petitum gime* porque el acto redunda en su perjuicio al estimar menguado su derecho herencial por causa de dichos contratos", que el fallo lo considera como un tercero, incurriendo así en un error de hecho y otorgándole un tratamiento que no lo habilita para pedir para la sucesión. Sostiene que el citado demandante no puede considerarse jurídicamente como tercero, sino que se lo debe situar en el lugar que tenía la causante al celebrar los contratos que se dicen simulados, y que así no puede comprobar la simulación sino mediante el empleo de una prueba de igual categoría a la en que constan dichos contratos.

"Luego —dice el censor— el Tribunal al proferir la sentencia incurrió en error de hecho al acoplar su juicio al querer simple afirmativo del actor —porque— la presunta simulación declarada en el fallo, nace como secuela de la interpretación errónea de la demanda pues, el actor en parte alguna del litigio exaltó la prueba para acreditar dicha simulación, lo que le resulta muy difícil, cuando mis mandantes en el debate tienen la condición de terceros en relación con los contratos protestados en este proceso y, contra los cuales no pueden las partes probar sino con el medio probatorio solemne que en jerarquía guarda la dimensión legal impuesta para esta clase de actos, cuando de desconocerles su validez se trata. Pero acontece —agrega— que para el sentenciador llegar a la conclusión con que edificó su sentencia apoyó su juicio, sencillamente, en que no hubo pago del precio del contrato, con lo cual está haciendo relación a la acción de nulidad de dichos contratos, porque en manera alguna ha extractado del proceso con prueba y menos idónea que los contratos precitados que se dicen por su fallo —simulados— lo son realmente —puesto que en el mismo proceso en parte alguna se ha demostrado que los bienes materia de los mismos nunca han salido del patrimonio de Rosalía Arango— que fue lo que debió haber acreditado el actor para invocar la simulación pedida, pues, ni la ley, ni la doctrina y menos la jurisprudencia han determinado que siempre que en un contrato se acredite que no se canceló el precio acordado para que el mismo a cambio de lo entregado a la compraventa —necesariamente tenga que resultar la acción de prevalencia con causa en una donación, porque, una cosa es que se pruebe no haberse pagado y otra muy diferente— que el contrato real y de fondo lo sea una donación cuando ha podido ser una dación en pago, permuta".

3. Prosigue el recurrente haciendo referencia a los interrogatorios de parte que a instancia del demandante absolvieron Primitiva Giraldo Arango y Rafael Márquez Giraldo, para sostener que fueron irregularmente aducidos a este proceso, porque los absolventes no eran parte en éste cuando las respuestas de aquéllos se adujeron. Dice también que de otra parte cuando las de-

mandadas expresaron que no había habido precio en dinero de la compraventa, sino que correspondía a deudas anteriores, hicieron una confesión indivisible y que al dividirla el Tribunal quebrantó el artículo 200 del C. de P. C.

"Lo confesado por Gabriela y Amelia Giraldo de que el contrato fue real y verdadero aunque el precio estaba adelantado no es otra cosa que probar la licitud de la causa del contrato —conducta que aunque la litisconsorte necesario no las compromete con su confesión sin valor alguno en este proceso en cabeza de Primitiva Giraldo Arango... Pero nótese cómo el Tribunal fallador al examinar las pruebas de estudio en forma superficial, determina, por su conclusión ligera y a base de impresión que le infunde la confesión de los litisconsortes de que en todas ellas se prueba relievando la susodicha simulación de los contratos materia de esta controversia, pues que los confesantes hayan admitido que al momento de la escritura no se entregó dinero como pago del precio acordado para ellos, no quiere ello significar y menos probar que no haya habido contrato porque es costumbre en la vida de los negocios que este caso ocurra y ocurre diario. Luego, cuando confiesen diciendo que en tal momento no hubo pago porque, éste había sido anticipado, no estaban configurando una confesión divisible porque no se refieren en sus declaraciones a hechos distintos sino que por el contrario están confirmando el mismo para manifestar que el pago fue de otro modo".

Dice además el recurrente que "las pruebas de confesión extrajuicio emanadas de los litisconsortes necesarios Márquez Giraldo y Primitiva Giraldo, no fueron legalmente producidas, porque, si al comienzo del litigio, no tenían la calidad de pruebas, porque se adoptaron por el demandante contra nadie en los autos y menos contra la parte o partes contra quien las querían hacer producir sus efectos, menos puede habilitarlas el procedimiento como medio de realizarlas admitiendo en su etapa las legalmente pedidas y para practicar aquellas que por su origen y fuente deben aprovechar para su constitución, el pedido previo, su calificación por el juez como conducentes y que tengan la categoría de medio probatorio apto legalmente para crear convicción".

4. Concluyendo la formulación del cargo, dice el impugnante que hubo error del sentenciador al permitir que Camilo Antonio Giraldo, "contra lo dispuesto por el artículo 232 del C. de P. C. aduzca en su defensa una prueba diferente como la que exige el artículo 1934 del C. C. para contraprobar la realidad de las compraventas...".

Añade que "entonces Camilo Antonio Giraldo con su posición de tercero con que lo presenta el Tribunal, no puede sino con la contraescritura demostrar la inexistencia que debió haber sido nulidad de las compraventas que protesta por este proceso si al aducirla a los autos prueba que dichos contratos no son reales, ya si la ley prevé en defensa de terceros que lo que el instrumento reza debe permanecer y anularse por un acto o contrato de igual categoría, del mismo modo lo que hace en su favor también se lo exige cuando es él quien pretende desconocer el acto como tal, o sea, con prueba solemne, ya que no lo habilita con privilegio la ley en tal sentido".

Se considera.

1. Al contrario de lo que el recurrente expresa, el fallo del Tribunal de Armenia consideró al demandante no como tercero en relación con los contratos simulados sino como parte en ellos. Dice en efecto la sentencia: "Siguiendo el criterio esbozado de que se trata de un proceso de simulación entre las partes contratantes del acto simulado toda vez que el demandante Camilo Antonio Giraldo Arango es heredero y continuador de la persona de la causante Rosalía Arango viuda de Giraldo".

Siendo ello así, como en realidad lo es, el cargo por error de hecho en la interpretación de la demanda cae al vacío y es por ende inaceptable.

2. Pero aun en el supuesto de que la sentencia hubiere dicho que el demandante era tercero y que como tal podía probar libremente la simulación, ese presunto yerro resultaría intrascendente puesto que la Corte ha revaluado su anterior doctrina que pregonaba la restricción de la prueba de la simulación.

Así, en sentencia de 25 de septiembre de 1973, proferida en el proceso de Gregorio Ladino frente a Inés Ladino de Prieto, reiterada en otras posteriores, después de detenido estudio de la cuestión dijo: "Fluye de todo lo anterior la consecuencia de que, cuando a pesar de expresarse en el documento la causa del acto o contrato, una de las partes alega que ésta no existe o que es otra, en lo cual se concreta la acción de simulación, puede acudir a la prueba de testigos, o a la de indicios fundada en aquéllos, y en forma general a todos los medios que le permitan llevar al convencimiento del juzgador la verdadera y real voluntad de los contratantes, para que éste la haga prevalecer sobre la externa que ostenta el acto público. Al simulante se le deben admitir las pruebas de testigos y de indicios, pues de no ser así, de tener él que exhibir únicamente la

contraescritura, o la confesión, o el principio de prueba emanado de la otra parte, se le colocaría dentro de la regla consistente en que el escrito prevalece sobre el testimonio oral, la que, como ha quedado visto, a la luz de la nueva ley probatoria ha perdido en principio su vigencia" (no publicada aún).

3. Al estatuir el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil que la confesión debe aceptarse "con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado" sienta como regla general su indivisibilidad; pero al agregar luego ese mismo precepto que si "la declaración de parte comprende hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente", consagra, como excepción al principio, la divisibilidad de la confesión.

Distintivo de la confesión calificada es el de que las explicaciones dadas por el confesante guarden íntima relación con el hecho reconocido como cierto, no solo por su naturaleza sino también por el tiempo de su ocurrencia, hasta el punto de integrar una unidad jurídica que el principio de la lealtad procesal impide dividir, a fin de que quien la provocó no pueda prevalerse únicamente de lo que de ella le beneficia. Se caracteriza la confesión compuesta, en cambio, por la ausencia de íntima conexidad entre lo que se confiesa y lo que se agrega: como el hecho agregado es aquí distinto y separado del reconocido, la falta de relación íntima permite dividirlos, ya que el primero tiene origen distinto al segundo, en frente del cual el confesante asume el deber de probar su defensa.

El agregado que las demandadas hicieron al hecho de no pago del precio por ellas reconocido, y consistente en que el precio de la compraventa estaba representado en créditos anteriores que a favor suyo existían en contra de sus padres, es indiscutible que es distinto y separado del confesado, sin relación íntima con éste, por lo que se trata de una confesión divisible. Y como tal, para aceptar como cierto el hecho agregado era deber del confesante probarlo, lo que aquí no hizo.

No hubo pues error alguno en la apreciación de la confesión de las demandadas.

4. En cuanto dice a la censura que por *error de hecho* se le imputa al Tribunal en la apreciación de las declaraciones de Primitiva Giraldo Arango y Rafael Márquez Giraldo, consistente en que las apreció sin embargo de haberse aducido irregularmente al proceso, sería bastante recordar que este aspecto de la cuestión, por referirse a la fidelidad jurídica de la prueba y no a su fidelidad objetiva, debió plantearse en casación con base en error de derecho y no de hecho.

El cargo resulta pues ineficaz.

V

Decisión.

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 noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

Costas del recurso a cargo de las recurrentes. Tásense.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

MATRIMONIO CIVIL

Régimen de nulidades matrimoniales.—Modo especial de saneamiento.—Domicilio del extranjero transeúnte.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante Ruth Elsy Anderson de Barrios contra la sentencia de 5 de abril de este año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, para desatar la apelación que originó la segunda instancia del proceso ordinario suscitado por aquélla frente a Enoc Barrios Roa.

I

El litigio.

1. En demanda, oportunamente corregida, que admitió el Juez Cuarto Civil del Circuito de Armenia el 21 de mayo de 1974, Ruth Elsy pidió que, con citación de Enoc, se declarase inexistente o subsidiariamente nulo el matrimonio civil que celebrara con éste ante el Juez Cuarto Civil Municipal de Armenia el 10 de mayo de 1967.

2. La causa para pedir la integran los siguientes hechos que se compendian:

Ruth Elsy Anderson, ciudadana norteamericana, quien vino a Colombia con visa de turista, el 16 de marzo de 1967, contrajo el matrimonio civil antes dicho, teniendo a la sazón su domicilio en el Distrito de Los Angeles, del Estado de California, en los Estados Unidos de Norteamérica, pues "en su calidad de turista, en visita a Colombia, nunca tuvo ánimo de domiciliarse en ninguna ciudad del país, ni de renunciar a su vecindad en Los Angeles...". Como el único juez competente para asistir a la celebración del matrimonio, lo era el Municipal Civil del vecindario de la esposa, resulta que por cuanto la demandante no estaba domiciliada en el Distrito de Armenia, su matrimonio es nulo por no haberse celebrado ante el juez competente.

3. Las normas de derecho sustancial invocadas como fundamento de la demanda fueron los artículos 115, 126, 130, 132, 133, 135 y 140 del C. Civil, y el artículo 13 de la Ley 57 de 1887.

4. Con expresa oposición del demandado, quien pide no se destruya el vínculo matrimonial que lo une a Ruth Elsy, se adelantó la primera instancia, la cual culminó con sentencia en que se niegan las peticiones de la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, al desatar la apelación interpuesta por la parte demandante, confirmó el fallo del *a quo*, por medio de su sentencia de 5 de abril del año en curso, contra la que la misma Ruth Elsy interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

II

Fundamentos de la sentencia del Tribunal.

En síntesis expresa éste que, al momento de celebrarse el matrimonio debatido, Ruth Elsy Anderson no era vecina del Municipio de Armenia, sino de Los Angeles, por lo cual su matrimonio habría sido nulo por incompetencia del funcionario que lo presenció; pero que, como el hecho consistente en que la mujer no esté domiciliada en la sede del Juez Civil Municipal ante quien se celebra el matrimonio, constituye una nulidad, mas "nulidad saneable por voluntad de las partes o por el mero transcurso del tiempo", y no inexistencia del mismo, no podrá declararse que no haya existido el matrimonio, ni podrá acogerse la nulidad subsidiariamente pedida,

pues el artículo 15 de la Ley 57 de 1887 tácitamente expresa que es saneable la nulidad originada en incompetencia del Juez Civil Municipal que presenció el matrimonio.

La argumentación del *ad quem* es la siguiente:

"Aceptando que el artículo 146 del C. C. fue derogado, no puede decirse que con ello desapareció la distinción entre nulidades absolutas y relativas, pues está vigente la norma del artículo 15 de la Ley 57 de 1887, aparentemente olvidado por el apoderado apelante, que dice: "Las nulidades a que se contraen los numerales 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del artículo 140 del Código y el número 2º del artículo 13 de esta ley, no son subsanables, y el juez deberá declarar, aun de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a aquellas disposiciones prohibitivas". Interpretada esta disposición a *contrario sensu*, se concluye que en caso de contraerse el matrimonio ante juez incompetente, la nulidad que ello acarrea es relativa, la que podrá sanearse por voluntad de las partes, o por el mero transcurso del tiempo, como lo precisa el artículo 1743 del C. C.

"....."

"De manera que fuera de los criterios de los tratadistas citados por el *a quo* y que no hacen referencia expresa a la norma del artículo 15 de la Ley 57 de 1887, tenemos éste que confirma, con un basamento legal incontrovertible, lo de que es subsanable la nulidad ocasionada por la incompetencia del juez para presenciar y validar el matrimonio.

"La claridad del tan citado artículo releva de estudiar la diferenciación que pretende hacer el apoderado de la señora Anderson entre actos inexistentes y absolutamente nulos. Existe, simplemente, la disposición que dice cuando la nulidad del matrimonio es insubsanable, de donde se infiere, se reitera, que en los demás casos contemplados en la citada norma las nulidades que se presentan son saneables, o sea que son relativas, según calificación de que hablan las mismas leyes en otros casos.

"Queda por determinar, entonces, si el saneamiento en casos como el presente cabe ser declarado de oficio por el funcionario que conoce del proceso de nulidad, como lo aceptó el *a quo*.

"Veamos: El artículo 146 del C. C., derogado, y al que hace referencia el apelante decía: 'Las demás nulidades de que habla el artículo 140, son absolutas; el juez debe declararlas aun de oficio y no pueden sanearse por la ratificación de las partes, ni por lapso de tiempo menor de veinte años.

" 'Las nulidades de que tratan los incisos 13 y 14 no se declaran de oficio y admiten ratificación del acto después de pasados cinco años.

" 'La nulidad en el caso de bigamia no admite ratificación mientras subsista el vínculo anterior'.

"De la lectura del artículo 16 más atrás transcrito se desprende que nada se dijo sobre la declaratoria de saneamiento, lo que cabe interpretar en el sentido de que se dio paso a la aplicación del artículo 1743 del C. C., como norma general sobre nulidades.

"La redacción de este último artículo permite concluir que el saneamiento se produce por ministerio de la ley, pues no otra cosa significa la frase 'y puede sanearse por el lapso de tiempo'.

"Se está aquí ante una especie de caducidad, pues el ejercicio retardado de la acción puede hacer ineficaz la misma.

"....."

"Significa todo lo anterior, se repite, que los actos afectados de nulidad relativa pueden llegar a adquirir plena validez si las partes, dentro del término preciso que fija la ley, no alegan tal derecho; que el mero transcurso del tiempo subsane sus defectos, haciendo inefectiva cualquier pretensión sobre inexistencia o nulidad de los mismos; de modo que el funcionario que conoce de una acción como la presente, puede declarar subsanada la nulidad sin petición de parte, por fuerza de la misma ley".

III

La demanda de casación.

En ésta se formulan, por la vía directa, dos cargos contra la sentencia del Tribunal, fundados ambos en la causal primera del artículo 368 del C. de P. Civil.

Primer ataque.

Acúsase la sentencia del *ad quem* de haber incurrido en "violación, por infracción directa, a que se llegó por falta de aplicación" de los artículos 113, 115, 126 y 1500 del C. Civil, ya que habiendo aceptado el Tribunal que la demandante Ruth Elsy, cuando se celebró el matrimonio, no era vecina de la municipalidad de Armenia, sino de Los Angeles (California), debía haber decretado la inexistencia del matrimonio, pues le faltó la formalidad consistente en la presencia del Juez Municipal del vecindario de la mujer.

El argumento fundamental está contenido en estas palabras del censor:

"La teoría de la inexistencia matrimonial parte de dos supuestos:

a) que no proceden otras nulidades que las expresamente establecidas en la ley; b) que todo lo que observe relación con la 'esencia' del matrimonio no entre en campo de la nulidad porque 'no existe tal matrimonio'. No se ocupa la ley de la inexistencia, porque no es más que un hecho puro que no produce consecuencia jurídica. Es pues de creación doctrinaria, una noción primordial del razonamiento y de la lógica en la interpretación de normas de derecho sustancial como las que he señalado directamente violadas (artículos 113, 115, 126 y 1500 del Código Civil), en la modalidad de falta de aplicación, que condujo al Tribunal a denegar las pretensiones principales de la demanda, siendo procedente a la luz de las normas que no se aplicaron".

Segundo cargo.

Fúndase éste en que el Tribunal violó, por infracción directa, a que se llegó por "indebida aplicación" del artículo 1743 del C. Civil, pues la norma aplicable era el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

"La distinción entre nulidades absolutas y relativas aplicables al contrato matrimonial —dice el censor— no existe en el ordenamiento jurídico. Todas las nulidades que puedan afectar el contrato matrimonial son absolutas. Unas son saneables por ratificación y otras no. Verbi gracia, la impubertad de los contrayentes, el error respecto a la persona de los mismos, el rapto por fuerza, como fenómenos que vician el consentimiento matrimonial y generan nulidades ratificables por silencio u omisión de las partes. Pero ello no reviste esas nulidades de valor relativo.

"El problema de la incompetencia territorial del juez que celebra un matrimonio compromete el orden público judicial. Es una competencia improrrogable. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 114 del Código Civil que no consiente el matrimonio por poder sino para el varón. La turista Ruth Elsy Anderson carecía de domicilio en Colombia; por lo tanto, ningún Juez de la República podía presenciar válidamente su matrimonio y formalizar la declaración del órgano estatal para constituir ese matrimonio con Enoc Barrios en nuestro territorio.

"Si tanto el *a quo*, como el Tribunal de instancia se apartaron del criterio de que el matrimonio de Enoc Barrios Roa y Ruth Elsy Anderson no surgió a la vida jurídica por la ausencia de un elemento esencial a su formación y, por el contrario, admiten que solo un vicio de menor gravedad en uno de sus elementos constitutivos, no han debido aplicar la norma del artículo 1743 del Código Civil, otorgándole a la incompetencia del juez un alcance axiológicamente relativo, sino el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por cuando la imperfección del acto jurídico, al ser pasado en violación de la ley y del orden público judicial, está herido de nulidad absoluta no sujeta a la prescripción purificadora de cuatro años que le ha dispensado el Tribunal en el fallo acusado. Se hace esta observación porque ante una nulidad manifiesta y de pleno derecho, declarable aun de oficio por el juez, a petición del Ministerio Público, no cabe alegarse la prescripción sanatoria. Lo que la ley autoriza es la ratificación del acto, cuando las cuestiones emergentes del acto nulo no comprometen el orden público, la moral, la ley o las buenas costumbres, sino el interés particular de las partes.

"En consecuencia, la decisión del Tribunal de instancia, que confirmó la del *a quo*, de atribuirle al matrimonio civil de Enoc Barrios Roa y Ruth Elsy Anderson una nulidad relativa, considerada saneada por el simple transcurso de cuatro años, según interpretación de los artículos 15 de la Ley 57 de 1887 y 1743 del Código Civil, llevó a una violación directa de la norma sustancial, por indebida aplicación de tales disposiciones citadas, cuando el precepto, correctamente aplicable, aceptada la nulidad inicial por incompetencia del Juez que celebró el matrimonio, habría sido el artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

IV

Consideraciones de la Corte.

1. Es indiscutible que para la validez de todo contrato requiérese la capacidad de los contratantes, su mutuo consentimiento libre de vicios, que exista causa lícita y, finalmente, que la declaración de voluntad recaiga sobre un objeto también lícito (artículo 1502 del C. Civil). Y de la misma manera es claro que habiendo objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley (artículo 1523), la transgresión de norma prohibitiva genera nulidad absoluta, pues la ley expresamente cataloga como tal la nulidad surgida por la ilicitud del objeto. (Artículo 1741 del C. Civil). Así mismo, en teoría general, constituye nulidad absoluta la omisión de requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de

ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

2. Sin embargo, el principio general contenido en el inciso 2º del artículo 6º del C. Civil, del cual son desarrollo los preceptos antes citados, principio que se enuncia diciendo que, en materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley si en ella misma no se dispone otra cosa, no tiene, en el campo del derecho matrimonial, la aplicación que le corresponde en el de la teoría general de las obligaciones.

Efectivamente, en tanto que el derecho matrimonial, en punto de nulidades, está gobernado por el principio de que, en esta materia, no existe nulidad sin texto expreso que la consagre, cual lo dispone hoy perentoriamente el artículo 16 de la Ley 57 de 1887 y como lo imperaba el derogado artículo 147 del Código Civil, en el campo obligacional, por el contrario, señorea el principio de las nulidades virtuales, por el que es nulo todo contrato celebrado contra expresa prohibición legal, sin que sea menester norma que diga uno a uno los casos en que tal fenómeno jurídico acontece. Además, como acertadamente lo sostiene el recurrente, la división que para las nulidades en general hacen los artículos 1740 y 1741 del C. Civil, en absolutas y relativas, no coincide con la actual división de las mismas en tratándose de nulidades del matrimonio, que el legislador cataloga como insubsanables y saneables; aunque es preciso afirmarlo: cada grupo de éstas tiene fiel correspondencia en aquéllas. De igual modo, en el campo obligacional se establece que es absoluta tanto la nulidad producida por un objeto o causa ilícitos, como la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y se establece también que cualquiera otra especie de vicio tal, produce nulidad relativa. Por el contrario, en el campo del derecho matrimonial se dice de una manera expresa, concreta, taxativa, relacionándolas una a una, cuáles son las causas precisas de nulidad que, por no ser subsanables, permiten ser declaradas de oficio por el juez; y de la misma manera se individuan los hechos precisos que generan las nulidades llamadas saneables.

Indica todo lo anterior que el régimen de nulidades nupciales, aunque el contrato de matrimonio sea uno de los más importantes o el mayor de todos, no es el mismo régimen que la ley ha erigido para los demás contratos. La teoría de las nulidades matrimoniales tiene estructura típica o peculiar que, por tanto, se diferencia claramente de la organización general de las otras nulidades; es una estructura sui generis.

3. Desde la adopción del Código Civil que nos rige, en los primeros seis números del artículo 140 quedaron consignadas las causas de nulidad que el ordenamiento dicho calificaba como relativas, desde luego que fueron excluidas de las que el artículo 146, original, clasificaba como las únicas nulidades absolutas del matrimonio. Después, la causa de nulidad consistente en no haberse celebrado el matrimonio ante el juez y los testigos competentes, hecho que estaba contemplado en el número 4º del artículo 140 del C. Civil fue sustituida por la del numeral 1º del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, que inexplicablemente estableció exactamente la misma causa con palabras idénticas. La propia Ley 57, en su artículo 15 preceptuó que "no son subsanables" las nulidades a que se contraen los números 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del mismo artículo 140 y el número 2º del artículo 13 de la ley antes mencionada, número 2º que sustituyó al 10 del artículo 140 del C. Civil.

No obstante lo expuesto, es claro, como ya lo ha dicho la Corte, que leyes posteriores pueden modificar la estructura anterior, creando o suprimiendo causas de nulidad o variando sus efectos e importancia.

4. Concretando el estudio de las nulidades del matrimonio a la que en este proceso se invoca, menester es precisar lo siguiente:

Si la nulidad del matrimonio civil proveniente de no haberse celebrado éste ante el juez y los testigos competentes, nulidad que, como ya se dijo, fue consagrada inicialmente en el número 4º del premencionado artículo 140 del C. Civil y luego reafirmada en el número 1º del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, nunca, ni frente a las normas originales del Código, ni frente a las de la legislación posterior expedida hasta hoy, ha sido considerada ni como nulidad absoluta ni como insubsanable, es palmar que, por exclusión, tal causa ha sido constitutiva siempre de una nulidad típicamente subsanable, es decir de una nulidad que hace confirmable el matrimonio por circunstancias posteriores a su celebración.

El artículo 13 precitado estatuye:

"El matrimonio civil es nulo:

"1º Cuando no se ha celebrado ante el Juez y los testigos competentes.

"....."

En la disposición transcrita se contempla el evento en que el matrimonio se ha celebrado ante

Juez Civil Municipal y dos testigos, pero mediando el hecho de que aquél o éstos o todos no sean competentes; no se refiere propiamente esa disposición al caso en que el matrimonio se celebra ante otro funcionario o ante un particular, eventos en los cuales el supuesto matrimonio no sería saneable, por no existir.

Si el matrimonio, pues, fue celebrado ante Juez Civil Municipal, pero que no era el del vecindario de la mujer, ¿cómo puede sanearse este vicio de la incompetencia del juez?

Quienes encuentran que debe aplicarse una rígida simetría entre las nulidades subsanables del matrimonio y las nulidades relativas en general, sostienen que por cuanto el legislador nada expresó en este punto concreto el dicho vicio queda saneado si, transcurridos cuatro años desde la celebración del matrimonio, los cónyuges capaces no demandan la nulidad. Fúndase en que el artículo 1750 del C. Civil expresa que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

No comparte la Corte esta tesis, que es la que propugna el Tribunal, porque considerando que las nulidades del matrimonio se gobiernan por normas propias, como antes se insinuó, y no por las reglas generales, es más ajustado a una exégesis científica de la ley no aplicar por analogía aquella disposición, sino hacer actuar preceptos de los que gobiernan la precisa materia de las nulidades en el matrimonio. En el Título V *del Libro 1º del Código Civil que trata de la nulidad del matrimonio y sus efectos, se encuentra el artículo 143 que establece que la nulidad consagrada en el número 2º del artículo 140 antecedente, relativa a la impubertad de los contrayentes queda saneada si pasan tres meses después de que los menores hayan llegado a la pubertad, sin intentar la acción de nulidad; así mismo se encuentra el artículo 145 en cuyo segundo inciso se establece expresamente que la nulidad del matrimonio civil proveniente de fuerza o miedo o de haber sido robada violentamente la mujer, no tendrá lugar, es decir, que queda saneada, si después de que los cónyuges quedaron en libertad han vivido juntos por el espacio de tres meses sin reclamar.*

Ahora bien: si el artículo 115 preceptúa que el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos por el Código Civil, y si como atrás quedó visto, el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes se expresa ante Juez Civil Municipal que no sea el del vecindario de la mujer, tal vicio constituye nulidad saneable, sin que el legislador haya previsto el modo de su saneamiento, es fuerza concluir, aplicando por analogía la solución dada a otras nulidades de la misma estirpe en los artículos 143 y 145, que pasados tres meses de la fecha del matrimonio celebrado ante Juez Civil Municipal que no tiene jurisdicción en el vecindario de la mujer, sin que los cónyuges demanden la nulidad, ésta queda saneada. La demanda de nulidad de matrimonio, pues, fundada en la causa que antes se expresó, solamente puede intentarse dentro de los tres meses siguientes a su celebración. Pasado este término la dicha nulidad no ha lugar.

5. A prima facie *esta solución pareciera repugnar, pues es exótico en la teoría general de las nulidades que la omisión de una formalidad que las leyes prescriben para el valor de un contrato en consideración a la naturaleza del mismo genere nulidad saneable y no absoluta; pero para disipar esa perplejidad naciente, menester es tener en cuenta que el mismo legislador es quien, en punto de matrimonio civil, ha expresado que la nulidad originada en que las nupcias no se celebraron ante el juez y los testigos competentes, no es de las insubsanables y que por tanto puede producirse su saneamiento, aunque no dijera expresamente de qué manera.*

6. Descendiendo, pues, al caso de esta litis, es conveniente recordar que Ruth Elsy Anderson de Barrios, quien había casado con Enoc Barrios ante el Juez Cuarto Civil Municipal de Armenia el 10 de mayo de 1967, demandó en libelo de 15 de mayo de 1974, la nulidad de su matrimonio, apoyándose en que las nupcias no se habían celebrado ante el Juez Municipal competente, comoquiera que ella no estaba avecindada en la ciudad de Armenia, lugar en que, a la sazón, sólo estaba de tránsito como turista que era.

Si el matrimonio impugnado tuvo realización el 10 de mayo de 1967 y la demanda de nulidad se propuso siete (7) años después, el 15 de mayo de 1974; y si la causa alegada como vicio constituye nulidad saneable, pues se hace consistir en que el Juez Cuarto Civil Municipal no era competente, síguese inexorablemente que tal vicio había quedado saneado por el transcurso del tiempo, ya que no es posible demandar airosamente la nulidad de un matrimonio en las circunstancias expresadas, sino intentándola dentro de los tres meses siguientes a su celebración, como quedó explicado.

De consiguiente, aun en el caso de aceptar, por vía de hipótesis, que la señora Anderson de Barrios no fuera vecina de Armenia para cuando

contrajo matrimonio con el demandado, la nulidad que se demanda no podría declararse.

Tal el motivo principal que apoya el rechazo de los cargos.

7. Finalmente y considerando que también es fin primordial del recurso de casación, según lo declara el artículo 365 del C. de P. Civil, unificar la jurisprudencia nacional, la Corte procede a rectificar el criterio del *ad quem* relativamente a que la demandante no tenía vecindad en el distrito de Armenia.

Cuando el artículo 75 del C. Civil expresó que las personas se dividen, además, en domiciliadas y transeúntes, no quiso decir con ello que dentro de los marcos del territorio patrio puedan habitar personas con domicilio y personas sin él. Desde luego que en el sistema civil colombiano uno de los atributos de todo ser con personalidad jurídica es tener cuando menos un domicilio, y comoquiera que el artículo 10 de la Constitución Nacional expresamente impera que es deber de los extranjeros en Colombia vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, menester es concluir que el extraño que, sin ánimo de radicarse o domiciliarse dentro del territorio, se encuentra en él, es decir el extranjero no domiciliado, es persona de las que el Código llama transeúntes, y que, por tanto, no podrían servir de testigos para los casos señalados en los artículos 127-9 y 1068-10 del C. Civil. Pero de que el extranjero tenga la calidad de turista o persona transeúnte, no se sigue que carezca de domicilio en el país, como pasa a verse.

El domicilio civil de toda persona en el derecho colombiano, siempre "es relativo a una parte determinada de un lugar de la Unión o de un territorio", como lo dice terminantemente el artículo 77 del C. Civil. Y este lugar es el municipio. Si el domicilio civil, entonces, inexorablemente tiene que hacer referencia a una cualquiera de las municipalidades colombianas y si, en Colombia, toda persona, como atributo de su personalidad jurídica tiene cuando menos un domicilio, síguese que al disponer el artículo 84 del Código que "la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte", no está excluyendo de esta regla a quienes tienen domicilio fuera del territorio nacional, sino que exclusivamente se refiere a quienes, no obstante residir dentro de los límites del suelo patrio, no reúnen circunstancias constitutivas de domicilio civil "en otra parte" del propio territorio nacional. Por manera, pues, que toda persona domiciliada o transeúnte, nacional o extranjera, como habitante del suelo colombiano y por estar sometida a sus leyes, tendrá siempre un vínculo jurídico con un determinado municipio del país que constituya su domicilio, según las normas dadas en los Capítulos 2º y 3º del Título I del Libro 1º del C. Civil. Pero si la persona dicha reside en Colombia y no tiene en otra parte del territorio nacional circunstancias determinantes de su domicilio civil, entonces, "la mera residencia hará las veces" de tal. Su vecindad, en ese evento, la determinará el lugar de su simple residencia.

8. Brota de lo anterior que no es posible entender el artículo 84 citado como lo entendió el Tribunal. Su inteligencia recta no puede ser otra que ésta: si un habitante de Colombia sea nacional o extranjero, carece de circunstancias constitutivas de domicilio en cualquier municipalidad colombiana, su "mera residencia hará las veces de domicilio civil" aquí, aunque tenga otro domicilio en territorio extranjero.

De consiguiente, estando plenamente demostrado, con la propia confesión de la demandante, que cuando contrajo matrimonio ante el Juez Cuarto Civil Municipal de Armenia, ella residía en ese distrito, lugar en que últimamente habitaba, y si, de otro lado, no se acreditó que ella tuviera domicilio civil en otra parte del suelo colombiano, menester será concluir que Ruth Elsy Anderson, aunque persona transeúnte, para cuando contrajo matrimonio era vecina de la municipalidad de Armenia, y que, por tanto, el Juez Cuarto Civil Municipal de allí era el competente para presenciar el matrimonio que celebró con Enoc Barrios Roa, aunque simultáneamente fuera también vecina del distrito de Los Angeles, en los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual no repugna, puesto que en el derecho colombiano se puede tener más de un domicilio al mismo tiempo.

Interpretando el citado artículo 84 dice don Fernando Vélez en la página 67, número 167, del tomo primero de su "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano": "Mera residencia. Hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte (artículo 84).

"Esta tercera fuente del domicilio comprende a los individuos que no tienen asiento fijo de sus negocios, ni casa de habitación permanente, ni han hecho la manifestación indicada antes, tales como los vagos, los peregrinos, los mercaderes y trabajadores ambulantes, *y los que vienen del extranjero y no se han establecido fijamente en un punto o lugar determinado.* (Subraya la Corte).

"A esta clase de personas, por ejemplo, se les puede demandar ante el juez del lugar donde estén residiendo, y allí pueden ellas hacer efectivos sus derechos judicialmente, siempre que lo permita la vecindad del demandado".

V

Lo expuesto conduce a proferir el siguiente

Fallo.

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 5 de abril del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en este proceso suscitado por Ruth Elsy Anderson frente a Enoc Barrios Roa.

Sin costas en el recurso porque ésta dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



SALA DE CASACION LABORAL

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

BUENA FE PATRONAL

La doctrina que el Tribunal trae en cita dentro del capítulo destinado a estudiar la indemnización moratoria, no es exactamente ajustable al caso aquí controvertido, por cuanto en esa jurisprudencia la parte demandada entendió como medio de defensa que dentro del salario fijo y las comisiones estaba comprendido el valor de dominicales y feriados, mientras que el caso concreto de autos no se trata de entendimiento tácito, sino de una estipulación extendida en cláusula del contrato, en cuya estructuración no puede hallarse mala fe por parte del patrono; y si de ese entendimiento fundamentado en texto escrito tomó asidero para su oposición y para discutir sobre la validez del mismo, a su juicio correcto, tuvo razones valederas para esa oposición.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., veinte de enero de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 01.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.).

El señor Alberto Parra Esperón, por medio de apoderado, presentó demanda laboral de mayor cuantía contra la entidad denominada Ayerst Laboratories Inc., Colombia, con la finalidad de obtener el pago de:

"Salario en los días de descanso remunerado.....$	83.904.00
"Cesantía (reajuste).....	58.368.00
"Vacaciones.....	2.432.00
"Prima de servicios.....	4.864.00"

Además impetró reajuste de la indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

Como fundamento de su demanda presentó los hechos que se sintetizan a continuación:

Que prestó sus servicios como Visitador Médico, mediante contrato por tiempo indefinido a "Ayerst Laboratories Inc., Colombia" desde el 15 de febrero de 1961 al 17 de junio de 1969, cuando fue despedido injustamente por motivo de "reorganización".

Que devengaba un sueldo mensual fijo de $ 2.400.00, y, además, una comisión sobre ventas que daba un promedio mensual de $ 2.174.30, y que, por consiguiente, su salario básico era de $ 4.574.30 por mes.

Que la empresa omitió pagarle el valor de los salarios por concepto de descanso dominical, por lo que le debe $ 83.904.00 y el reajuste correspondiente de las prestaciones, cesantía, vacaciones y prima de servicios más el que corresponde a la indemnización por despido injusto.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, aceptó algunos hechos con observaciones, expuso que la sociedad pagó al demandante la indemnización por despido y todas las prestaciones y salarios.

Agregó que dentro del salario convenido estaban incluidos los dominicales y festivos y negó los otros hechos.

Propuso la excepción de prescripción.

En la primera audiencia de trámite el actor del juicio corrigió la demanda en el sentido de solicitar una prueba más y la parte demandada aprovechó esa coyuntura para proponer, además, la excepción de inexistencia de la obligación.

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de nueve de febrero de mil novecientos setenta y tres en el que resolvió:

"Primero. *Condénase* a la sociedad 'Ayerst Laboratories Inc. Colombia', a pagar al señor Alberto Parra Esperón, las siguientes cantidades, por los conceptos que a continuación se expresan:

"a) Por remuneración por descansos dominicales ..... $ 6.687.07

"b) Por remuneración por descansos en días festivos 1.735.22

"c) Por reajuste de cesantía... 3.441.58

"d) Por indemnización por despido 2.640.00

"e) Por reajuste de vacaciones. 825.34

"f) Por reajuste de primas de servicio..... 718.38

"g) Por indemnización moratoria (salarios caídos), la suma de $ 166.23, a partir del 18 de junio de 1969 y hasta cuando se paguen las cantidades que se relacionan en los ordinales anteriores.

"Segundo. *Declarar legalmente probada la excepción perentoria de prescripción* propuesta por el apoderado de la parte demandada, en la contestación de la demanda, en relación con las peticiones de la misma, por los lapsos estipulados en cada uno de los capítulos analizados en la parte motiva de este fallo.

"Tercero. *Declarar no probada* la excepción perentoria de la inexistencia de la obligación propuesta por el apoderado de la demandante, al contestar la corrección de la demanda (folio 91), por las razones que se aducen en la parte motiva de este fallo.

"Cuarto. *Condenar en costas* a la parte demandada...".

Apeló la parte demandanda y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de sentencia de 31 de enero del corriente año, decidió confirmar en todas sus partes el fallo recurrido.

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación la parte que se consideró agraviada; concedido éste y aceptado aquí por la Sala, la parte recurrente presentó su demanda en tiempo y así mismo oportunamente el opositor su réplica por lo que con examen de una y otra se procede a decidir.

La demanda.

Señala el casacionista el alcance de la impugnación de la manera siguiente:

"Tiene por objeto que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, con base en los cargos que se formulan más adelante, case el fallo acusado en cuanto confirma las condenas hechas en contra de la sociedad demandada, por concepto de descanso en días domingos y festivos, reajuste de cesantía, vacaciones, indemnización por despido e indemnización moratoria y que constituida en Tribunal de Instancia, revoque la sentencia de primer grado en cuanto profirió tales condenas y en su lugar, absuelva de los cargos formulados en el libelo a la parte demandada. Subsidiariamente solicito que se case en forma parcial la sentencia acusada, en cuanto condena por concepto de indemnización moratoria a Ayerst Laboratories, Inc., y que, constituida la Sala Laboral en Tribunal de Instancia, revoque el fallo de primer grado en cuanto condena al pago de dicha indemnización y, en su lugar, se absuelva por ese concepto a la entidad demandada".

Invoca la primera causal de casación y con fundamento en ella formula los siguientes cargos:

"Primer cargo.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida los artículos 132, 172, 173, 174, 176, 177 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en conexión con los artículos 244 del Código de Procedimiento Civil y 51 del Código de Procedimiento Laboral, que en su orden establecen y reglamentan la libertad de convenir la modalidad del salario, el derecho al descanso dominical remunerado, la remuneración de tal descanso, el valor de la remuneración, la base para su liquidación y el derecho al descanso en otros días festivos y su retribución, y, el derecho a la indemnización moratoria, y las últimas determinan el alcance de la inspección judicial y el dictamen pericial. La violación se produjo como consecuencia de errores evidentes de hecho por falta de apreciación del contrato celebrado entre el demandante y la demandada el 15 de febrero de 1961 (folios 36 a 38) y, la diligencia de inspección ocular (folios 51 a 53) y el dictamen pericial (folios 55 a 83).

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"a) En considerar que la sociedad demandada adeuda el valor del descanso en días domingos y festivos en cuanto a la parte del salario que el demandante recibió en forma de comisiones;

"b) En dar por establecido, sin estarlo, que la parte demandante acreditó semana por semana el promedio de lo devengado por él en la inmediatamente anterior, durante la vigencia del contrato;

"c) Concluir que la sociedad demandada, al considerar que no debía el valor de los descansos en domingos y días festivos reclamados en este juicio, incurrió en la indemnización moratoria

establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El Tribunal no apreció el contrato suscrito el 15 de febrero de 1961 entre Alberto Parra Esperón y Ayerst Laboratories, Inc., que obra a los folios 36 a 38 del cuaderno principal y en cuya cláusula 4ª se estipuló: 'El sueldo fijo y las comisiones de que habla la cláusula anterior, se cancelarán al empleado por meses vencidos, sobre los pedidos cuyo valor haya recibido la empresa, *y cubren el valor correspondiente al trabajo ordinario y de los días feriados o descanso obligatorio, incluyendo los domingos'*. (El subrayado es mío).

"Si el Tribunal hubiera apreciado el contrato dicho, habría concluido que el actor no tenía derecho al pago de la remuneración por el descanso en domingos y festivos que reclama, y, por consiguiente, se hubiera absuelto a la sociedad demandada de los cargos de la demanda.

"Resulta igual decir que un vendedor recibirá el 4.125% de las ventas para remunerar la labor desarrollada y el 0.875% de las ventas para remunerar los descansos en domingos y días festivos, que decir que se remunerará al vendedor con una comisión del 5% de las ventas, dentro de la cual queda comprendido el valor por el trabajo ordinario y de los días feriados o de descanso obligatorio incluyendo los domingos.

"Al haber el juzgador dejado de apreciar el contrato citado en la cláusula transcrita, violó, indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo que establece que el patrono y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades pero siempre respetando el salario mínimo legal.

"Las partes dentro de la libertad para convenir las modalidades del salario acordaron que dentro de la comisión por las ventas se entendía cubiertos los descansos en domingos y días festivos y el trabajo ordinario en lugar de haber establecido una comisión menor y haber remunerado independientemente el descanso en los días festivos, arrojando en ambos eventos el mismo resultado ya que el salario mínimo estaba garantizado con creces con la remuneración fija.

"El Tribunal trae a cuento algunos apartes de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 7 de febrero de 1964, en el juicio de Arturo Iván Sánchez Zapata contra Sears Roebuck del Caribe, para concluir que la doctrina consignada en tal fallo es aplicable en este juicio, conclusión a que llegó porque no apreció el contrato que aparece a los folios 36 a 38 del cuaderno principal, cuando este documento hace que se trate de una situación diferente de la contemplada por la sentencia aludida, pues en los contratos que dieron origen a numerosos juicios contra Sears Roebuck, no se convino entre los contratantes que la comisión pactada cubriera tanto la remuneración por la labor desarrollada por el vendedor, como el descanso por los días domingos y festivos, circunstancia ésta que hace que el caso que se analiza en este juicio, difiera fundamentalmente de aquellos contra Sears Roebuck y de ahí que se imponga la absolución de la demandada Ayerst Laboratories, Inc.

"En gracia de discusión, si hipotéticamente el demandante hubiera tenido derecho a la remuneración que reclama, el Tribunal apreció equivocadamente el dictamen pericial, al estimar que en él se estableció el promedio de lo devengado realmente por el trabajador en cada semana de su relación laboral, cuando el cálculo se hizo tomando lo devengado en el mes y dividiendo por el número de semanas, lo que es bien diferente, de ahí que se hubiera violado en forma indirecta el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Además, no se demostró el salario variable por medio adecuado para el caso, que hubiera sido la diligencia de inspección ocular, sino por un dictamen pericial que no es el medio apropiado ya que según el artículo 51 del C. de P. L., la prueba pericial solo es admisible cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en asuntos que requieren conocimientos especiales, en tanto que la inspección judicial (artículo 244 C. P. C.), tiene lugar para la verificación o establecimiento de los hechos materia del proceso.

"Establecer las comisiones devengadas por semanas, es labor de cotejo que no requiere conocimientos especiales. La apreciación del juzgador de la diligencia de inspección judicial es errónea porque de ella no se desprende el salario semanal devengado por el demandante.

"La prueba pericial se apreció por el Tribunal erróneamente al otorgarle valor y aceptarla, porque no tenía cabida en el juicio ya que la verificación de unas comisiones no requiere conocimientos especiales, lo cual lleva a la conclusión de que no se ha demostrado el salario semanal por comisiones en cada una de las semanas de la vigencia de la relación contractual y como se dijo atrás por esta razón se impone la absolución de la demandada de la condena proferida.

"Como consecuencia de la apreciación errónea de las pruebas indicadas atrás, el juzgador incurrió en los errores evidentes de hecho que se acreditan anteriormente, por aplicación indebida de

las disposiciones individualizadas al comienzo de este cargo.

"Si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores evidentes de hecho que se acaban de discriminar, hubiera concluido que los descansos reclamados se pagaron, que no se demostró la base de liquidación, razón que conduce a la revocación de la indemnización moratoria".

La parte opositora considera que no es de recibo invocar el artículo 244 del C. de P. C., ni el 51 del C. de P. L., y arguye en su alegato que el sentenciador de segunda instancia sí apreció el contrato de trabajo así como la prueba pericial y la inspección ocular, sobre lo cual fundamenta el casacionista su acusación como pruebas no apreciadas, y pide que no se case la sentencia recurrida.

Se estudia.

El recurrente persigue en este cargo, según el alcance del *petitum,* que se quiebre la sentencia del Tribunal en cuanto confirma las condenas hechas por concepto de descanso en días domingos y festivos, reajuste de cesantía, vacaciones, indemnización por despido e indemnización moratoria, todo lo cual se efectuó con base en el aumento de los salarios que correspondieron al demandante en razón del valor de dominicales y festivos que le fueron reconocidos.

Invoca el recurrente como disposiciones sustanciales violadas por el *ad quem* por aplicación indebida, a través de errores de hecho, solamente las que se relacionan con la libertad para convenir salario, descanso dominical, remuneración por este descanso, salario sencillo para trabajador a jornal, promedio cuando no se trata de salario fijo y salario en días de fiesta civil o religiosa, así como el artículo 65 del C. S. del T. atinente a la indemnización moratoria, empero no cita ninguno de los preceptos que se refieren a aquellos otros derechos que él considera que fueron remunerados con exceso, porque fueron para su reajuste tenidos en cuenta a favor del trabajador con base en el reconocimiento de dominicales y feriados que él considera que no debe su mandante o sea la parte demandada. En consecuencia, para la exoneración de tales reajustes en relación directa con esas mencionadas prestaciones, el censor no presentó su proposición jurídica completa, lo cual enerva el cargo por ese aspecto.

En lo atinente al reconocimiento por dominicales y festivos y a la condena por indemnización moratoria, cuyas normas sustanciales sí invoca el casacionista, el ataque estriba en que, el *ad quem* aplicó indebidamente tales preceptos por falta de apreciación del contrato de trabajo, de la diligencia de inspección ocular y de la prueba pericial.

En cuanto corresponde a esta última, ella escapa al examen en casación, en forma directa, por no ser prueba calificada para la casación, dadas las restricciones determinadas por la Ley 16 de 1969, artículo 7º.

Con relación al contrato de trabajo, se tiene que el Tribunal se expresó de la siguiente manera:

"*Existencia del contrato de trabajo.* La existencia de la relación obrero-patronal, lo mismo que sus extremos, entre demandante y demandada, no han sido objetados dentro del proceso. Encuentra la Sala, que están debidamente acreditados con las documentales que obran a folios 36 a 38, contrato de trabajo, liquidación de folios 4 y 5, y las comunicaciones que aparecen en los folios 2 y 3, documentales que merecen todo crédito en atención a que no han sido desconocidas por las partes en litigio.

"Establecida como está la relación jurídico-laboral entre las partes, la Sala entra a analizar en la misma forma en que lo hizo el *a quo* las pretensiones del demandante.

"*Salarios y comisiones.* Obra en el expediente en los folios antes citados el contrato de trabajo que ligó a las partes y que en su cláusula tercera dice con relación al pago lo siguiente: 'La empresa retribuirá los servicios del empleado, con las siguientes remuneraciones: Un sueldo fijo mensual de ochocientos pesos ($ 800.00), más una comisión del 5% que se liquidará después de multiplicar el factor constante que corresponde a su territorio el cual será de 1.000 por las ventas netas, en su zona o territorio, según los registros o libros de las compañías, menos la comisión correspondiente a los cargos hechos por devolución de mercancías y los descuentos de caja. En los casos de pérdida para la empresa, por falta de pago de una facturación tomada por el empleado, éste responde en dicha pérdida con % . . . de su valor'. En cuanto a la cláusula 4ª del mismo contrato se lee: 'El sueldo fijo y las comisiones de que habla la cláusula anterior, se cancelarán al empleado por meses vendidos, sobre los pedidos cuyo valor haya recibido la empresa, y cubren el valor correspondiente al trabajo ordinario y de los días feriados o de descanso obligatorio, incluyendo los domingos'.

"Comparte la Sala el criterio del *a quo* en el sentido de que 'antes de entrar a considerar las totales peticiones de condena de la demanda, es obligatorio que el Juzgado entre a examinar lo relacionado con los dominicales y festivos, porque este aspecto, si es que admite ser favorable

a las pretensiones del demandante, incide directamente en las operaciones que haya necesidad de ejecutar para la liquidación de dicha condena y de ahí que se imponga establecer lo concerniente al salario en días de descanso dominical y en días festivos, a fin de determinar cuál es el verdadero salario básico para liquidar los derechos sociales impetrados en la demanda' (folio 109). 'Para tal efecto, y para satisfacer el requisito impuesto por los artículos 176 y 177 del C. S. del T., una de las labores periciales fue precisamente de elaborar el cuadro contentivo del promedio semanal devengado por el demandante por concepto de dichas comisiones. Este cuadro, por lo tanto, comprende desde el año de 1966 al año de 1969 por concepto de dominicales y festivos' '' (folios 58 a 66).

De conformidad con lo transcrito observa la Corte que, el Tribunal sí tuvo en cuenta la mencionada prueba del contrato de trabajo, que el casacionista dice que no lo fue, error de facto que, en consecuencia, no resulta demostrado.

En lo referente a la inspección ocular, el censor acusa la sentencia recurrida por cuanto tampoco tuvo en cuenta ese medio probatorio; con todo, en el curso del desarrollo del cargo expresa la censura que el *ad quem* apreció ''erradamente'' esa diligencia de inspección judicial, lo que significa que sí fue apreciada, empero de manera equivocada, en concepto del censor. Este planteamiento, en esta forma defectuosa presentado, impide el estudio a fondo de ese aspecto de la acusación con respecto a esa prueba, porque el casacionista, como lo tiene sentado la jurisprudencia, debe señalar a la Sala de Casación claramente el derrotero que debe seguir para examinar la sentencia acusada y decidir si la casa o no, esta manera de presentación del ataque por parte del recurrente, no es de recibo en el recurso, pues si la prueba se señala como no apreciada por el sentenciador de segundo grado, no puede considerarse como apreciada equivocadamente.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Segundo cargo.

''La sentencia impugnada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 186 del Código Sustantivo del Trabajo, 14 del Decreto 2351 de 1965, 249 del Código Sustantivo y 17 del Decreto 2351 de 1965, el artículo 306 del mismo Código y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que, en su orden, consagran y reglamentan el derecho a vacaciones, el auxilio de cesantía, a la prima de servicio y a la indemnización por despido injusto. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por falta de apreciación del contrato celebrado entre Alberto Parra Esperón y Ayerst Laboratories, Inc., con fecha 15 de febrero de 1961 y apreció también equivocadamente la liquidación final de prestaciones (folios 4 y 5).

''Los errores evidentes de hecho consisten:

''a) En no dar por demostrado, estándolo, que la demandada pagó al demandante la remuneración por los descansos en días domingos y festivos;

''b) En concluir, equivocadamente, siendo todo lo contrario, que al demandante no se reconoció y pagó la remuneración del descanso en los domingos y festivos;

''c) En considerar que la sociedad demandada adeuda el valor del descanso en domingos y días festivos y como consecuencia el reajuste de cesantía, vacaciones, primas de servicio, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

''El señor Alberto Parra Esperón y la demandada Ayerst Laboratories, Inc., suscribieron un contrato en cuya cláusula 4ª se estableció que el sueldo fijo y las comisiones pactadas cubren el valor correspondiente al trabajo ordinario y de los días feriados o descanso obligatorio incluyendo los domingos y si el Tribunal hubiera apreciado este documento, habría concluido que los descansos en días domingos y festivos que reclama el demandante, le fueron oportunamente pagados y como consecuencia no habría lugar al reajuste de la cesantía, vacaciones, prima de servicios e indemnización por despido injusto y tampoco habría lugar a la sanción moratoria, estando la liquidación de prestaciones ajustada a los mandatos legales. Por la falta de apreciación del contrato mencionado anteriormente y a la equivocada apreciación de la liquidación final, el juzgador incurrió en los errores de hecho que se dejan demostrados con carácter de evidentes u ostensibles y como consecuencia de tales errores evidentes de hecho, el Tribunal violó indirectamente los artículos citados al principio de este cargo, por lo cual constituida la Sala Laboral en Tribunal de Instancia debe revocarse la condena que el juzgador hizo por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios e indemnización por despido injusto como también la referente a indemnización moratoria''.

Se estudia.

Como se observa claramente en este cargo la censura encamina el ataque contra la sentencia

acusada, por falta de apreciación del contrato de trabajo y apreciación equivocada de la liquidación final de prestaciones.

Con relación al contrato de trabajo ya se vio en el cargo anterior que el fallador de segundo grado contra lo indicado por el recurrente, sí tuvo en cuenta ese mencionado contrato, el cual analiza pormenorizadamente.

Y después de los pasos de la providencia acusada que fueron copiados en el estudio del primer cargo, se tiene que el Tribunal explica el fenómeno del salario derivado precisamente de ese contrato sometido a su juicio como prueba y expone más adelante:

"...si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance, son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria. Las partes, en uso de la facultad que les otorga el artículo 132 pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del artículo 174, inciso 2º del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el artículo 43 del Código, en pugna también con el principio de su artículo 13, uno y otro, para el caso de examen, son restricciones a la libertad contractual".

De tales pasos de la providencia acusada transcritos al estudiar el cargo anterior y éste, se encuentra que el Tribunal sí tuvo en cuenta el contrato de trabajo que el recurrente afirma que no fue apreciado, y es precisamente con el examen de ese contrato tenido en cuenta por el *ad quem* como prueba fundamental, de donde deduce: la existencia de la relación laboral, entre demandante y parte demandada, el salario fijo acordado y la comisión constitutiva de la parte variable de la remuneración.

Así mismo estudió el *ad quem,* con relación al mismo contrato lo que corresponde a remuneración por dominicales y festivos, desde luego con una conclusión distinta a la que hubiera querido la parte demandada. De donde no puede admitirse que tal prueba no fue apreciada o no fue tenida en cuenta por el fallador de segundo grado, como lo puntualiza la censura. El ataque, pues, no cabía por falta de apreciación de ese medio probatorio.

Dice en otra parte la recurrente que, la liquidación final de prestaciones fue erradamente apreciada, pero se limita a presentar ese planteamiento, en forma escueta, sin que en el desarrollo del cargo incorporara a sus argumentaciones ninguna explicación tendiente a demostrar la ocurrencia de tal error ni dice cómo incurrió en él el Tribunal.

En consecuencia el cargo no prospera.

Tercer cargo.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 55, 176 y 132 de la misma obra, que también se violaron indirectamente. La violación se produjo como consecuencia de errores evidentes de hecho por falta de apreciación del contrato suscrito entre el demandante y la demandada el 15 de febrero de 1961 (folios 36 a 38) y la equivocada apreciación de la liquidación final de prestaciones.

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"1º En considerar que la sociedad demandada adeuda el valor del descanso en días domingos y festivos en cuanto a la parte del salario que el trabajador devengó como comisiones y, por tanto, el reajuste de la cesantía, vacaciones, primas de servicios e indemnización por despido.

"2º En considerar que la sociedad demandada Ayerst Laboratories, Inc., incurrió en salarios caídos o indemnización moratoria por el no pago del descanso en días domingos y festivos, como lo pretende el demandante.

"3º En no dar por demostrado, estándolo totalmente, que la sociedad demandada obró de la mejor manera y buena fe, al negar con claras y respetables razones, las peticiones del demandante.

"4º En no dar por demostrado que Ayerst Laboratories, Inc., negó con poderosas razones y, por tanto, de buena fe, el derecho que alegó el demandante considerando que no debía ni debe el valor de los descansos en días domingos y festivos, reajuste de cesantía, vacaciones, primas de servicios e indemnizaciones por despido injusto.

"No apreció, por error, el Tribunal el contrato suscrito entre el demandante y la demandada el 15 de febrero de 1961 en cuya cláusula 4ª se lee: 'El sueldo fijo y las comisiones de que habla la cláusula anterior, se cancelarán al empleado por meses vencidos, sobre los pedidos cuyo valor haya recibido la empresa, y *cubren el valor co-*

rrespondiente al trabajo ordinario y de los días feriados o descanso obligatorio, incluyendo los domingos'. (Subrayo).

"Si se hubiere apreciado por el juzgador este documento, habría concluido que la demandada pagó lo que consideraba de buena fe deber, no solo durante la relación laboral sino a la terminación del contrato de trabajo. Es más, las dos partes contratantes entendieron que dentro de la remuneración que se pagó al señor Parra Esperón estaban comprendidos los dominicales y festivos y tan evidente es esta afirmación que en los 8 años, 4 meses y 3 días que duró la relación laboral, según lo afirma el demandante, éste no hizo reclamo alguno a la sociedad que representó para que le cubriera los descansos en días domingos y festivos, circunstancia ésta que constituye, a mi juicio, un acto de mala fe del demandante.

"Según el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe y se desprende entonces que si durante la larga vinculación laboral, el demandante no formuló a la compañía reclamo alguno, éste no se conformó con el precepto legal citado.

"Conviene anotar que la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 13 de abril de 1964, en el juicio promovido por el señor Oscar Botero contra Sears Roebuck de Colombia, S. A., dijo: 'No aplicó la sentencia el artículo 65 del C. S. T. por estas razones: No procede la indemnización por mora, porque dada la forma como se redactó la cláusula segunda del contrato, no puede afirmarse que la parte demandada obró de mala fe al no incluir en la liquidación de cesantías y primas el valor del descanso dominical, debiéndose confirmar, por tanto, lo resuelto por el inferior...' '...todo ello sirve para corroborar las anteriores observaciones de la Sala, pues el patrono tuvo la creencia de que esa forma de retribución incluía el pago de los descansos en domingos y demás días festivos... Para el patrono no era, pues, cierta la deuda proveniente de los descansos legales, al contrario, consideró haberla cancelado al hacer el pago de las comisiones...' '...debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código del Trabajo, situación que es, precisamente, la que se confronta en el caso de autos'. Esta misma doctrina la ha consagrado la Corte en numerosos fallos y en uno muy reciente sobre el mismo tema del pago del descanso en días domingos y festivos. (Octubre de 1972).

"En síntesis, debido a la falta de apreciación del contrato y a la apreciación errónea de los documentos atrás citados, el Tribunal incurrió en errores de hecho que se dejan demostrados. Debe, entonces, concluirse que si la empresa negó los derechos reclamados, lo hizo de la mejor buena fe, en la creencia de que nada debe por las respetables razones expuestas por el apoderado de la demandada en el juicio y en la audiencia llevada a cabo ante el Tribunal Superior de Bogotá. Y como la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo está sujeta a la buena o mala fe con que se haya negado el derecho reclamado, es evidente que a la sociedad demandada debe exonerársele de su pago como lo solicito de la Corte Suprema de Justicia y pido que se case la sentencia acusada y que constituida la Corte en Tribunal de Instancia, revoque la condena que por indemnización moratoria hizo el juzgador de primer grado, absolviendo de ella a la demandada. Tal es el alcance de la impugnación correspondiente a este cargo. Sustento en los anteriores términos el recurso extraordinario de casación".

Se estudia.

En este cargo el recurrente reduce el ataque a la indemnización moratoria, y aspira a que la Corte case la sentencia recurrida por ese aspecto y a que en sede de instancia, sea revocado el pronunciamiento del *a quo* en ese sentido.

Plantea el casacionista cuatro errores de hecho como cometidos por el Tribunal; los dos primeros se refieren a que, el sentenciador no apreció el contrato de trabajo celebrado entre las partes demandante y demandada y los dos siguientes estriban en que, a juicio del censor, la parte demandada procedió de buena fe al negar las pretensiones del demandante.

Es decir, que discutió con sus razones, afianzadas en la letra del contrato, y que dadas esas estipulaciones, sobre todo la comprendida en la cláusula 4ª no debía pagar más que lo estipulado allí por concepto de dominicales y feriados.

Observa esta Sala de la Corte que, en verdad para el caso concreto de la condena al pago de indemnización moratoria el *ad quem* no tuvo en cuenta específicamente el contenido del documento contentivo de las cláusulas contractuales a que alude el casacionista. Y, es, por otra parte, evidente que la demandada en su defensa se refirió a esa cláusula contractual que consideró válida, de que dentro del valor del salario y de

la comisión estaba comprendido el monto de lo correspondiente a domingos y feriados, posición defensiva que asumió a todo lo largo del proceso.

Ciertamente, la aludida cláusula cuarta del contrato dice: "...el sueldo fijo y las comisiones de que habla la cláusula anterior se cancelarán al empleado por meses vencidos, sobre los pedidos cuyo valor haya recibido la empresa, y cubren el valor correspondiente al trabajo ordinario y de los días feriados o de descanso obligatorio, incluyendo los domingos".

Desde luego aun cuando los términos de esa estipulación del contrato no se ajustan a los derechos del trabajador atinentes a percibir su remuneración correspondiente a dominicales y festivos, de la redacción de la misma no puede desprenderse que la empresa hubiera incurrido en mala fe contractual, ni que con mala fe hubiera tomado la determinación de oponerse en el juicio a las pretensiones del actor.

Con fundamento en esa cláusula la parte demandada sostuvo sus puntos de vista y discutió desde luego ese contrato que, para su juicio u opinión la relevaba de pagar suma alguna por concepto de dominicales y festivos, distinta del salario y comisiones estipulados dentro de los cuales consideró que estaba incorporado el valor de aquéllos.

La doctrina que el Tribunal trae en cita dentro del capítulo destinado a estudiar la indemnización moratoria, no es exactamente ajustable al caso aquí controvertido, por cuanto en esa jurisprudencia la parte demandada entendió como medio de defensa que dentro del salario fijo y las comisiones estaba comprendido el valor de dominicales y feriados, mientras que el caso concreto de autos no se trata de entendimiento tácito, sino de una estipulación extendida en cláusula del contrato, en cuya estructuración no puede hallarse mala fe por parte del patrono; y si de ese entendimiento fundamentado en texto escrito tomó asidero para su oposición y para discutir sobre la validez del mismo, a su juicio correcto, tuvo razones valederas para esa oposición.

Advertido este hecho, como la parte demandada pagó, mediante la liquidación efectuada, lo que creía deber al demandante por los conceptos que allí se expresan, no aparece la mala fe que el sentenciador de segunda instancia encontró acreditada y, en consecuencia, será casada la sentencia por ese aspecto únicamente, y revocada en la misma parte la del a quo, *sin que sean necesarias consideraciones distintas de las que se han expresado en el cuerpo de esta providencia.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto confirmó la condena al pago de indemnización moratoria, y en SEDE de instancia REVOCA el aparte g) del ordinal primero del fallo dictado por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en este mismo juicio, con fecha nueve de febrero de mil novecientos setenta y tres y en su lugar ABSUELVE a la parte demandada del cargo de pagar indemnización por mora.

Las costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada se reducen al 80% y en la misma forma las de primera.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de enero 22 de 1975, dijo: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no conoce del recurso de apelación contra providencias de los Tribunales de Arbitramiento Obligatorio, ni el recurso de hecho está consagrado para que se conceda el de apelación contra las mismas.—La competencia es de orden público y no puede asumirse sin norma expresa que la atribuya.—Por esta razón no es admisible el criterio de la analogía que aduce el apoderado del Departamento de Antioquia.—Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, declara improcedente el recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial del Departamento de Antioquia para que se conceda el recurso de apelación contra la providencia dictada el veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y su Sindicato de Trabajadores.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., enero veintidós de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 1.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Contra el Laudo proferido el cinco de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, con sede en Medellín, convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y el Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores de Antioquia, interpusieron ambas partes, Departamento de Antioquia y Sindicato, el recurso de Homologación, que fue concedido por el Tribunal de Arbitramento para ante la Corte Suprema de Justicia, en providencia de diez y siete de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

En providencia de tres de octubre del mismo año el Tribunal de Arbitramento declaró desierto el recurso de Homologación interpuesto por ambas partes, por cuanto éstas no consignaron los portes respectivos para el envío del expediente a la ciudad de Bogotá, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dentro del término establecido por el artículo 132 del Código de Procedimiento Civil. El apoderado del Departamento de Antioquia interpuso el recurso de reposición para que se revocara el proveído y consecuencialmente se remitiera el Laudo con todos sus antecedentes a la Corte Suprema de Justicia para que surtiera el recurso de Homologación oportunamente interpuesto por las partes; en caso de ser denegado el recurso de reposición pidió se le concediera el de apelación contra el mismo auto, para ante la Corte Suprema de Justicia. Para el caso de que no se revocara ni se concediera el recurso de apelación, solicitó se le expidieran subsidiariamente copias de algunas piezas del expediente.

El veintidós de octubre el Tribunal de Arbitramento decidió no reponer el auto de fecha tres de octubre, mediante el cual se declaró desierto el recurso de Homologación interpuesto contra el Laudo, ni conceder el recurso de apelación propuesto subsidiariamente. Ordenó también que se expidieran copias de las piezas solicitadas con el fin de que el recurrente, si lo considera del caso, interponga el recurso de queja ante la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Las copias fueron entregadas el veintinueve de octubre del año en curso al apoderado del Departamento de Antioquia, quien dentro del término contemplado en el artículo 378 del Có-

digo de Procedimiento Civil para sustentar el recurso de hecho, que se tramita como el de queja, para que la Corte le conceda el recurso de apelación denegado por el Tribunal de Arbitramento, sustentación que hace en los siguientes términos:

"Considero, Honorables Magistrados, que es procedente el recurso de apelación contra la providencia atrás mencionada por las razones que en mi escrito de fecha 10 de octubre del presente año, dirigido al Tribunal de Arbitramento obligatorio, expuse en los siguientes términos: De conformidad con el artículo 2º del Decreto-ley 2158 de 1948, la Jurisdicción del Trabajo, conoce, fuera de otros asuntos, de la homologación de laudos arbitrales. Ahora bien, tal homologación, tratándose de laudos proferidos por Tribunales Especiales de Arbitramento, cuando el arbitraje fuere obligatorio, es de competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral (artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral), de donde se desprende claramente que tal Corporación tiene el carácter de superior jerárquico de los Tribunales de primera instancia. La Corte ha sostenido que cuando esa Corporación o los Tribunales Superiores revisan por vía de homologación los laudos de los Tribunales de Arbitramento, proceden como Superior Jerárquicos de los Arbitros. Quiere decir lo antes expuesto, que los proveídos que dicten en los Tribunales de Arbitramento son verdaderas providencias judiciales de primera instancia, susceptibles, tratándose de laudos o fallos arbitrales, del recurso de homologación expresamente señalado por la ley; y en cuanto a las que sean autos interlocutorios del de apelación consagrado por el Código Procesal del Trabajo lo mismo que por el de Procedimiento Civil para esta clase de providencias, cuyas normas son aplicables a los procedimientos arbitrales por analogía, por no existir respecto de éstos un trámite especial y porque así lo prescribe el artículo 145 del Código primeramente citado. En efecto, el artículo 65 del Decreto 2158 de 1948 establece la procedencia del recurso de apelación contra los autos interlocutorios dictados en la primera instancia, y por su parte el Código de Procedimiento Civil también consagra igual recurso en su artículo 351. El recurso de apelación, al tenor de lo preceptuado por el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía a los procedimientos del Trabajo (artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral), 'tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme'. Y puede interponer dicho recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia. Este recurso tiene, pues, por finalidad, que el superior corrija los errores u omisiones en que se haya podido incurrir en la primera instancia. De no existir el recurso de apelación contra las providencias que con el carácter de autos interlocutorios dicten los Tribunales de Arbitramento obligatorio, la parte perjudicada con ellas quedaría desprovista de todo remedio jurídico. Es indudable que el proveído expedido el día 3 de octubre del año en curso por el Tribunal de Arbitramento obligatorio a que nos venimos refiriendo, es un auto interlocutorio según se desprende del texto del artículo 351 y concordantes del Código de Procedimiento Civil y, por tanto, procede contra él el recurso de apelación. El recurso de hecho que mediante este escrito interpongo ante la Honorable Corte para que se conceda el de apelación que fue denegado por el Tribunal de Arbitramento obligatorio, es procedente por aplicación analógica del artículo 68 del Código de Procedimiento Laboral, ya que por ser el de homologación, un recurso extraordinario, como ha tenido oportunidad de expresarlo esa Honorable Corporación, es equivalente o similar al de casación, dada su finalidad (que la Corte verifique la regularidad del laudo, es decir, que no extralimite el objeto para el cual se convocó el Tribunal de Arbitramento obligatorio y no afecte derechos o facultades reconocidas a las partes por la Constitución, la Ley, etc.), como por ser de competencia exclusiva de esa Honorable Corporación y en tal virtud la providencia del Tribunal de Arbitramento que declaró desierto el recurso de homologación y ejecutoriado consecuencialmente el laudo arbitral, equivale, sin duda a la denegación de dicho recurso".

La anterior solicitud permaneció en Secretaría por el término de dos días, a disposición de la contraparte que se venciera el 28 de noviembre de 1974. El 29 del mismo mes y año el apoderado judicial del Departamento de Antioquia presentó nuevas copias expedidas por el Tribunal de Arbitramento obligatorio, con un escrito en el cual, luego de referirse a lo dispuesto en la providencia de veintidós de octubre del Tribunal de Arbitramento obligatorio, explica el origen de dichas copias, así: "Como puede observarse, el Tribunal de Arbitramento no debió ordenar en ese momento la expedición de las copias de que habla el literal c) de la parte resolutiva de la providencia del 22 de octubre de 1974. Por ello, y en cumplimiento del artículo 378 del C. de P. Civil, hube de solicitar, en memorial calendado el 28 de octubre de 1974 (que obra en las copias que me permito acompañar, folio 68), reposición del proveído de 22 de octubre de 1974, el cual negó el recurso de apelación. El 18 de noviembre

de 1974, el Tribunal de Arbitramento se pronunció en el sentido de no reponer la providencia que fue materia del recurso, disponiendo a su turno la compulsa de las copias respectivas para surtirse el recurso de hecho. Por lo expuesto, comedidamente me permito presentar las copias que considero de importancia para cuando se produzca la decisión correspondiente en esa Honorable Corporación".

Como indudablemente se habría interpuesto el recurso de hecho antes de que se pidiera reposición del auto que denegó el recurso de apelación y habiéndose presentado las nuevas copias dentro del término legal, pues fueron entregadas al recurrente el 25 de noviembre de 1974, se ordenó reunir todas las copias en un solo expediente, dando nuevo traslado a la contraparte por el término de dos días, según lo ordenado en auto de doce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, dictado por el Magistrado Sustanciador. Cumplido el traslado, ha llegado la oportunidad de decidir el recurso.

Para resolver se considera.

El artículo 18 del Decreto 528 de 1964, dice:

"La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoce:

"1º De los recursos de casación en asuntos laborales.

"2º De los recursos de hecho contra los autos en que se deniegue el recurso de casación en los mismos asuntos.

"3º De la Homologación de Laudos Arbitrales en los casos previstos por el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, y

"4º De los conflictos de competencia que en asuntos laborales se susciten entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal de Distrito Judicial y un Juzgado de otro Distrito, y entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales".

El ordinal 3º del artículo transcrito fue modificado por el artículo 2º de la Ley 16 de 1968, en cuanto excluyó del conocimiento de la Corte el recurso de homologación contra laudos dictados por Tribunales de Arbitramento obligatorio constituidos para dirimir conflictos del sector privado en los casos del artículo 31 del Decreto 2351 de 1965, en relación con el literal b) del artículo 34 del mismo Decreto y en el Decreto 939 de 1966.

Como puede observarse *la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no conoce del recurso de apelación contra providencias de los Tribunales de Arbitramento Obligatorio, ni el recurso de hecho está consagrado para que se conceda el de apelación contra las mismas.*

La competencia es de orden público y no puede asumirse sin norma expresa que la atribuya. Por esta razón no es admisible el criterio de la analogía que aduce el apoderado del Departamento de Antioquia.

Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, declara improcedente el recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial del Departamento de Antioquia para que se conceda el recurso de apelación contra la providencia dictada el veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y su Sindicato de Trabajadores.

TIÉNESE al doctor Ignacio Marín Cárdenas, con tarjeta profesional número 5628 de Minjusticia, como apoderado del Departamento de Antioquia (Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia), en los términos y para los efectos del memorial-poder que obra al folio 82 de este cuaderno.

Envíese lo actuado al Tribunal de Arbitramento obligatorio.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS DE TRABAJADORES, DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DE ECOPETROL

No es que el Tribunal hubiese negado el compromiso de Distral de pagar salarios y prestaciones iguales a los de Ecopetrol, sino que por expresar la cláusula respectiva que ello lo haría de conformidad con la convención colectiva vigente entre Ecopetrol y su Sindicato, cabía la apreciación, que no se evidencia errónea, de que tal compromiso tendría como beneficiarios a los sujetos de su ámbito de aplicación, esto es, los sindicalizados de la dicha empresa y los afiliados a la USO, condición que no tuvo el demandante.—Por todo lo cual no resultan las violaciones indirectas de ley que plantea el recurso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintitrés de enero de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 45.

(Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Flaminio Flórez Gavilán contra la sentencia que dictó, el 16 de noviembre de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, contiene el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número 4632.

En la litis el demandante impetró las diferencias o reajustes que se determinen por los conceptos de salarios básicos, salario extraordinario por trabajo diurno y nocturno, recargo por trabajo nocturno, descansos y trabajos en dominicales y festivos, subsidio de transporte, prima de servicios, cesantía, vacaciones e indemnización moratoria, pretensiones que fundamentó en hechos que fueron sintetizados por el fallador *ad quem* así:

"Que el demandante suscribió un contrato con la demandada el día 15 de marzo de 1968; que en la actualidad la empresa tiene nombre 'Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica', siendo de todas maneras la misma persona que contrató inicialmente al demandante; que el cargo para el cual fue contratado fue de 'armador estructuras Ecopetrol', con un jornal de $ 40; que el término de duración del contrato fue por el de la 'realización del ochenta por ciento del trabajo de armada de las estructuras para Ecopetrol en la Planta de Soacha'; que a partir del 1º de enero de 1969 se le reajustó el jornal a $ 41.50; que del 22 de abril al 13 de septiembre de 1969 se le pagó un jornal de $ 44.00; que el demandante prestó sus servicios a la compañía demandada hasta el 13 de septiembre de 1969; que con fecha 20 de septiembre de 1969 se liquidaron y pagaron al demandante las vacaciones comprendidas entre el 15 de marzo de 1968 y el 14 de marzo de 1969; que la cesantía se le pagó por el período comprendido entre el 15 de marzo de 1968 y el 13 de septiembre de 1969; que el demandante durante todo el tiempo de prestación de servicios desempeñó el cargo de armador de estructuras metálicas con destino a la Empresa Colombiana de Petróleos —Ecopetrol—; que sin haber existido solución de continuidad en la prestación de servicios y en la naturaleza de los mismos, el demandante suscribió con la entidad demandada un nuevo contrato de trabajo el día 22 de abril de 1969, modificando expresamente el salario y el término de duración del contrato anterior, en el cual se precisó que sería por término indefinido y con jornal de $ 44.00; que la empresa demandada utilizó los servicios del demandante en la ejecución de contratos de obra con la Empresa Colombiana de Petróleos —Ecopetrol—; que la empresa demandada du-

rante todo el tiempo de prestación de servicios el demandante, fue contratista permanente por Ecopetrol, y suscribió con esta entidad actos jurídicos mediante los cuales se comprometía a pagar a sus trabajadores los mismos niveles de salarios y prestaciones con que Ecopetrol remunera a sus propios trabajadores, y en los términos y condiciones pactados en la Convención Colectiva vigente entre Ecopetrol y su sindicato de base; que las Convenciones Colectivas de trabajo que estuvieron vigentes durante el tiempo de ejecución del contrato de trabajo del demandante y demandada incluyeron disposiciones por medio de las cuales Ecopetrol se comprometía a que en los contratos que celebrara con Contratistas independientes para la ejecución de obras en beneficio de aquélla se incluiría una cláusula, por medio de la cual deberían pagarse iguales salarios y prestaciones de los que pagaba Ecopetrol a sus dependientes por la misma clase de oficio; que igual alusión se hizo en los contratos celebrados entre Ecopetrol y la empresa demandada; que la función de armador de estructuras metálicas para Ecopetrol que efectuó el demandante al servicio de la entidad, demandada fue de óptima calidad y máxima especialidad, equiparable al nivel de 'armador primero estructuras metálicas' que existe en Ecopetrol; que al demandante no se le ha reconocido ni pagado las diferencias salariales correspondientes; que al demandante no se le ha pagado suma alguna por concepto de primas de servicios proporcional (convencional); que al demandante se le adeudan valores por concepto de reajustes de cesantía, prima de servicios, vacaciones, descansos en dominicales y festivos, horas extras y subsidio de transporte".

La demandada se opuso a las pretensiones del actor y tramitada la controversia el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la absolvió, en fallo de 30 de noviembre de 1972, por el que, además, impuso las costas al demandante.

Apelada esta decisión, el Tribunal mencionado de Bogotá, en la suya de fecha, igualmente expresada la confirmó en todas sus partes. También condenó en costas al recurrente.

El recurso extraordinario.

Persigue el quebranto total de la sentencia recurrida para que, en sede de instancia y mediante revocatoria de la de primer grado, se condene a la sociedad demandada en el plenario a las pretensiones del libelo inicial.

Para estos efectos en cargo único de la causal primera de casación laboral, se acusa aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 284 de 1957, en relación con los textos 20, 21, 22, 23, 37, 39, 45, 65, 127, 143, 168, 169, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 186, 249, 252, 306, 467 y 468 CST, 1º del Decreto 1258 de 1959, 3º, 12 y 14 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, que el fallador dejó de aplicar, a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las probanzas, los cuales acontecieron por falta de apreciación de unas pruebas y por equivocada apreciación de otras, que el recurrente singulariza así:

"*Documentos dejados de apreciar:*

"a) Contrato individual de trabajo suscrito entre la empresa 'Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica' y Flaminio Flórez, de fecha 13 de marzo de 1968 (folio 80 —cuaderno principal— sub). En este documento se hace constar claramente la determinación de las partes de que 'el trabajador se obliga a prestar sus servicios a Distral en forma exclusiva y en la labor' (cláusula primera) 'de Armador de Estructuras para Ecopetrol en la Planta de Soacha' (cláusula segunda). En la cláusula novena se dice que cualquier modificación que las partes acuerden en relación con lo estatuido en este contrato se hará constar al pie del mismo bajo sus firmas, o por medio de cartas cruzadas entre ellas;

"b) De folios 95 a 109 del cuaderno principal —sub del expediente— obra un documento suscrito por 'Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica' y la Empresa Colombiana de Petróleos —Ecopetrol—, en el cual se estipula (cláusula 3ª, folio 97), que el contratista (Distral), deberá remunerar a sus trabajadores, a los mismos niveles salariales que Ecopetrol paga a los suyos, según la Convención vigente. Aquel contrato, suscrito el 31 de enero de 1968, y adicionado el 8 de julio del mismo año (folios 108 y 109), consagra, además, la manifestación expresa de que 'Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica', conoce la Convención celebrada vigente entre Ecopetrol y su Sindicato de Base;

"c) De folios 114 a 123 del cuaderno principal —sub del expediente obra un ejemplar autenticado de un contrato— suscrito entre Distral y Ecopetrol, con fecha 26 de septiembre de 1968, en el cual se acordó (cláusula octava, folio 120), que el contratista (Distral), al hacer oferta de licitación a Ecopetrol para la construcción de algunas estructuras metálicas, manifestó conocer la convención colectiva vigente entre Ecopetrol y su Sindicato de Base, y pagar a sus

trabajadores que laboraron para Ecopetrol en ejercicio de ese contrato, los mismos salarios y prestaciones sociales que esta empresa del Estado tenía fijados o pactados comercialmente para los suyos;

"d) De folios 124 a 126 del expediente principal —sub— cursa un contrato suscrito entre Ecopetrol y Distral, con fecha 3 de febrero de 1969, mediante el cual se conviene (cláusula séptima, folio 125), que el contratista (Distral), pagará 'a sus propios trabajadores, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que Ecopetrol paga a los suyos, de conformidad con las normas establecidas en la Convención Colectiva vigente entre Ecopetrol y su Sindicato';

"e) De folios 127 a 139 está en el expediente principal —sub— un contrato de 27 de enero de 1969, signado entre Ecopetrol y Distral, en una de cuyas cláusulas (tercera, folio 129), se estatuye que esta última empresa estará obligada a pagar a sus trabajadores empleados en la ejecución de la obra contratada, unos salarios y prestaciones del mismo nivel de los que Ecopetrol paga a los suyos, 'en los términos y condiciones pactados en la Convención Colectiva vigente entre Ecopetrol y su Sindicato de Base', la cual admite conocer Distral.

"No sobra advertir que los contratos de que tratan los literales b), c), d), e) de este capítulo fueron reconocidos en su firma y contenido por el Gerente de Ecopetrol (folio 300), y, además, aparecen autenticados.

"Documentos apreciados equivocadamente:

"a) Obra en el expediente (folio 165), una Convención Colectiva de trabajo suscrita con fecha 9 de mayo de 1966 por Ecopetrol y su Sindicato de Base en cuyo parágrafo del artículo 1º se señala que Ecopetrol estará obligada a imponer a sus contratistas (Distral entre ellas), el cumplimiento de las disposiciones de esa misma Convención, debiendo pactarlo en los contratos que ella suscriba. Se acordó también en dicho parágrafo que los trabajadores que laboran al servicio de contratistas de Ecopetrol ganarán los mismos salarios y prestaciones de que gozan los trabajadores de Ecopetrol. Sin embargo, el Tribunal interpretó la norma convencional (artículo 1º, inciso 1º), sin acudir a la meridiana claridad del parágrafo, y, en cambio, concluyó en el sentido de que, para recibir beneficios convencionales los trabajadores de un contratista independiente de Ecopetrol, debían afiliarse al Sindicato de Base de esa Empresa, afirmación ésta a todas luces impropia si se tiene en cuenta que un Sindicato de Base no puede afiliar a trabajadores de diferentes empresas, establecimientos o instituciones. El criterio, de que ésta se refiere, al hablar de contratistas, a empresas, establecimientos o instituciones diferentes de Ecopetrol, está ratificado por lo dispuesto en el artículo 4º de la misma, que afirma: 'los trabajadores que entren al servicio de Ecopetrol *o empresas a que esta convención obligue'*, gozarán de los beneficios pactados en ella desde su primer día de trabajo... (subrayamos);

"b) A folio 165 del expediente se encuentra la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Ecopetrol y su sindicato de base con fecha 19 de julio de 1968, en cuyos artículos 1º (primer inciso) y 4º, reza el mismo texto de la convención suscrita el 9 de mayo de 1966, a que se acaba de hacer referencia. Igualmente, es idéntico el texto de la parte transcrita del parágrafo. Por lo tanto, se dan por reiteradas aquí las consideraciones precedentes sobre la apreciación errónea de dicha prueba. Agregamos solo que en esta última convención, en la parte final del parágrafo del artículo 1º, se acordó a guisa de disposición interpretativa o aclarativa, el siguiente texto: 'Se entenderán como trabajadores de contratistas todos aquellos que laboren para la Empresa Colombiana de Petróleos en los trabajos propios de la industria del petróleo de que habla el Decreto número 0284 de 1957, y su resolución reglamentaria'. Este texto no permite sino una sola interpretación: las labores propias de la industria del petróleo las define el inciso 2º del artículo 1º del Decreto número 0284 de 1957, en cuya parte pertinente se define que tales labores son: 'las de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos y refinerías y todas aquellas obras que se consideran esenciales a la industria del petróleo'; por tanto, ante la presencia de dichas labores, como en el caso de autos, deben entenderse los trabajadores de Distral que ejecutan labores al servicio de Ecopetrol como trabajadores de contratistas, sujetos a las disposiciones de la convención. La interpretación contraria es, entonces, errónea".

Los errores de hecho consistieron en:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que las partes convinieron que cualquier modificación del contrato se haría constar en el mismo o por medio de cartas cruzadas entre ellas.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que las partes del contrato de trabajo acordaron que Flaminio Flórez prestaría sus servicios a Distral como Armador de Estructuras para la Empresa Ecopetrol.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada fue 'contratista' de Ecopetrol en la época en que el demandante fue trabajador de aquélla.

"4º No dar por demostrado, estándolo, que los mismos salarios y prestaciones sociales fijados para Ecopetrol por las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre esta empresa y su Sindicato de Base para el cargo de 'Armador de Estructuras Metálicas', han debido pagarse al actor por la empresa Distral.

"5º No dar por demostrado, estándolo, que Distral adquirió compromiso escrito y legítimo, en documentos auténticos, de pagar a sus trabajadores niveles salariales y prestacionales a sus trabajadores, iguales a los que paga Ecopetrol a los suyos.

"6º No dar por demostrado, estándolo que en el tiempo en que Flaminio Flórez estuvo vinculado como trabajador a la empresa 'Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica', se suscribieron y estuvieron vigentes convenciones de trabajo celebradas entre la Empresa Ecopetrol y su Sindicato de Base, que eran aplicables al señor Flórez.

"7º No dar por demostrando, estándolo, que la empresa 'Distral, S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica', incurrió en mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales (reajustes y diferencias) causados con base en las convenciones suscritas por Ecopetrol y su Sindicato de Base, que no obstante haberse terminado el contrato de trabajo el día 13 de septiembre de 1969, no le han sido cancelados hasta ahora.

"8º No dar por demostrado, estándolo, que el salario básico mensual causado a favor del actor por servicios prestados a Ecopetrol, a nombre de Distral como contratista de aquella empresa, fue el estipulado en las convenciones pactadas entre la mencionada Ecopetrol y su Sindicato de Base para el cargo de Armador de Estructuras Metálicas I.

"9º No dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada liquidó los salarios por trabajo extra, dominicales y festivos, recargos por trabajo nocturno y compensatorios, y las prestaciones sociales, con base en un salario inferior al realmente devengado, quedando, por consiguiente, un saldo a favor de mi poderdante por concepto de reajuste de los salarios y prestaciones sociales mencionados".

Por todo lo cual el recurrente concluye:

"Si el Honorable Tribunal no hubiere aplicado indebidamente y dejado de aplicar las normas que se citan en este cargo, necesariamente habría revocado la sentencia de primer grado, ya que es evidente que Distral era contratista de Ecopetrol en la época en que el actor prestó sus servicios a aquélla como Armador de Estructuras Metálicas, y han debido pagársele salarios y prestaciones sociales iguales a los que Ecopetrol pagaba a sus servidores".

El opositor analiza, a su vez, las razones de los falladores para sus decisiones absolutorias y sostiene que ellos no interpretaron ni aplicaron indebidamente ninguna norma, ni dieron por probados hechos que no lo estuvieron suficientemente.

Se observa.

La acusación se estudiará por el concepto de aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho, que es el que legalmente corresponde en la casación del trabajo, aun respecto de las normas que el recurrente presenta como dejadas de aplicar. En decisiones como la de autos no es que los textos sustanciales que el acusador presenta de este modo hayan dejado de aplicarse, sino que la sujeta materia no resulta gobernada por ellos, al aplicárselos.

Se considera.

Para confirmar el fallo absolutorio del a quo, *el Tribunal* ad quem, *en su providencia recurrida, apreció, sin que esta fundamentación fáctica se impugne en el recurso, que Flaminio Flórez estuvo afiliado al Sindicato de la Empresa demandada pero no al de Ecopetrol, y en exégesis del artículo 1º del Decreto 284 de 1957 entendió que si bien esta disposición ordena que los trabajadores de los contratistas independientes (como Flórez, trabajador de Distral), gozarán de los mismos salarios y prestaciones de que gozan las empresas de petróleos (Ecopetrol, en el caso de autos), tal derecho se gobierna "de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales". Y como, según examen que adelantó de las convenciones colectivas de trabajo con su Sindicato de Base, posteriormente denominado Unión Sindical Obrera, celebradas el 9 de mayo de 1966 y el 19 de julio de 1968, que se invocan para los derechos de la litis, ellas rigen para sus trabajadores sindicalizados y para los afiliados a la* USO *que estén al servicio de contratistas o subcontratistas de Ecopetrol, concluyó, que no siendo Flaminio Flórez afiliado a aquel Sindicato de Base ni a la* USO, *no tenía derecho a acogerse a los beneficios de las dichas convenciones, las cuales, de otra parte, no se han extendido por acto gubernamental. Tales son los fundamentos del fallo recurrido.*

Ante ellos, se ostenta que él obedece, en primer término a interpretación del artículo 1º del Decreto 284 citado, conforme a la cual su beneficio se refiere a lo pactado en las convenciones colectivas de autos, y, en segundo lugar (concretando los sujetos beneficiados conforme a ellas) a que su ámbito de aplicación es el de los trabajadores sindicalizados de Ecopetrol y los afiliados a la USO, *por lo que el demandante Flórez que no era ni lo uno ni lo otro, carecía de titularidad para demandar los beneficios convencionales.*

Una decisión que tiene, como se ha precisado, aquel primer fundamento, requería, a juicio de la Sala, acusación, debidamente formulada, por interpretación errónea del dicho precepto de 1957, pues sin demostrarse que el derecho que consagra no tiene la referencia que le asigna el juzgador o que teniéndola, ella no significa que solo sea para aplicarlo a sus sujetos pactantes o adicionalmente señalados por los celebrantes o por la ley, no puede quebrantarse la conclusión que reposa en esa exégesis. El cargo, en consecuencia, de la vía indirecta por error de hecho, no cubre este soporte de la sentencia. Además, las equivocaciones que se le atribuyen al Tribunal como errores 4, 6 in fine, *7, 8 y 9, que son conclusiones en derecho, no pueden afirmarse de las probanzas ya que ellas provienen de interpretación de la ley que el recurso no demuestra equivocada ni acusa siquiera por el concepto debido.*

En cuanto a los otros errores que afirma el acusador —para considerar su planteamiento— en parte alguna negó el Tribunal las ocurrencias de los señalados como primero, segundo, tercero y primera parte del 6, y, por el contrario, la interpretación de derecho que adelantó solo procedía en suponiéndolas, pues de otra suerte no habría tenido que intentarla.

Y en lo que se relaciona con el 5º, último a considerar, descartados como han sido todos los anteriores, por sus respectivas razones, *no es que el Tribunal hubiese negado el compromiso de Distral de pagar salarios y prestaciones iguales a los de Ecopetrol, sino que por expresar la cláusula respectiva que ello lo haría de conformidad con la convención colectiva vigente entre Ecopetrol y su sindicato, cabía la apreciación, que no se evidencia errónea, de que tal compromiso tendría como beneficiarios a los sujetos de su ámbito de aplicación, esto es, los sindicalizados de la dicha empresa y los afiliados a la* USO, *condición que no tuvo el demandante Flórez.*

Por todo lo cual no resultan las violaciones indirectas de ley que plantea el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso extraordinario, de la fecha y origen que se señalaron.

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Alvaro Díaz Granados G., Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA



LA PRUEBA TRASLADADA

La validez procesal se refiere a que las pruebas que se trasladan de un proceso a otro, deben haber sido practicadas en el proceso primitivo, con los requisitos legales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 3.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.).

La señora Lya Hoyos de Velásquez, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la empresa "Gustavo Toro y Cía., Limitada", representada por su actual gerente, señor Gustavo Toro Quintero y contra los señores Alfonso Toro Quintero y Darío Toro Quintero en su carácter de antiguos y únicos socios de la empresa Confecciones Torkin, Limitada, ya disuelta y liquidada. Demanda ésta dirigida solidariamente contra la empresa mencionada y contra los ex-socios o antiguos propietarios de la disuelta y liquidada, con la finalidad de obtener el pago: cesantía, primas de servicios, vacaciones, subsidio familiar, auxilio de transporte, indemnización por despido ilegal o por terminación obligada del contrato de trabajo, y por mora en el pago de prestaciones, y gastos y costas del juicio.

Como hechos fundamentales de su demanda dijo el Procurador Judicial de la demandante:

"1º La señora Lya Hoyos de Velásquez prestó habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, con la ayuda de miembros de su familia, por cuenta de la empresa Gustavo Toro y Cía., Limitada, y Confecciones Torkin, Limitada, esta última disuelta y liquidada y de la cual eran sus socios únicos al momento de la liquidación y disolución los señores Alfonso y Darío Toro Quintero.

"2º Estos servicios los prestó la señora Lya de Velásquez desde el mes de junio de 1958 hasta el 16 de septiembre de 1969, cuando sus patronos le retiraron totalmente el suministro de la 'materia prima' para la elaboración o costura de camisas para hombre, que consistía en la entrega de camisas cortadas, las cuales se cosían y terminaban en la casa de la señora demandante.

"3º El pago de estos servicios lo hacían los demandados por unidad de obra, es decir, por camisa terminada, marcas Torkin, Exito, etc., lo cual proporcionaban una remuneración diaria de ellos en promedio de $ 115.00 ya que eran varios los miembros de la familia que realizaban el oficio".

Expresa, además, el demandante, que la actora del juicio fue víctima de un despido lento e injusto al quitársele poco a poco el suministro de "materia prima" para su trabajo, hasta dejarla totalmente sin él, por lo que vino a terminar el trabajo a domicilio mediante esa actitud patronal.

La parte demandada negó en forma global los hechos de la demanda y en las explicaciones sostiene que la demandante "...confeccionaba en forma independiente y autónoma algunas prendas de vestir para los suscritos demandados, sin sujeción a reglamento y horarios, tal como lo hacía para otras fábricas de confecciones que operan en la ciudad de Medellín..." y agrega que: "Ninguno de los suscritos tuvo relación de trabajo ni vínculo contractual laboral con la demandante, ya que ésta, por el contrario, constituía de por sí una empresa independiente, ya que tenía sus propias trabajadoras, a las cuales pagaba como le viniera en gana, colocaba y despedía a su amaño".

Propuso las excepciones de inepta demanda, prescripción. Falta de competencia, no comprender la demanda a todas las personas que deben integrar el litis consorcio; trámite inadecuado de la demanda, y compensación.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento, puso fin

a la primera instancia, con fallo de cuatro de junio de mil novecientos setenta y tres en el que resolvió así: "CONDÉNASE a la compañía Gustavo Toro y Cía., Limitada, 'Almacenes Exito', representada por el señor Gustavo Toro Quintero y a los señores Alfonso Toro Quintero y Darío Toro Quintero a pagar solidariamente, y en la forma dicha en la parte motiva de la providencia en relación con los dos últimos, a la señora Lya Hoyos de Velásquez, ochenta y ocho mil novecientos cincuenta y siete pesos con setenta y ocho centavos ($ 88.957.78) por auxilio de cesantía; cuarenta y dos mil ochocientos nueve pesos con veintiséis centavos ($ 42.809.26), por primas de servicio; veinte mil quinientos cinco pesos con noventa y dos centavos ($ 20.505.92) por vacaciones compensadas en dinero.

"Se absuelve de los demás cargos formulados".

Apelaron las partes litigantes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos setenta y tres decidió la alzada de la siguiente manera:

"Primero. CONDÉNASE a la sociedad Gustavo Toro & Cía., Limitada, 'Almacenes Exito', con domicilio en la ciudad de Medellín y representada legalmente por el Gerente, señor Gustavo Toro Quintero o por quien hiciere sus veces, así como también a los señores Alfonso Toro Quintero y Darío Quintero (sic), a pagar *solidariamente,* tal como se explicó respecto de los dos últimos en la parte motiva de esta sentencia, a la señora Lya Hoyos de Velásquez, las cantidades de dinero por los conceptos que se especifican a continuación:

"a) Noventa y dos mil novecientos cincuenta pesos ($ 92.950.00) moneda legal, por *auxilio de cesantía;*

"b) Treinta y cuatro mil setecientos treinta y nueve pesos con veintinueve centavos moneda legal ($ 34.739.29), por *primas de servicio,* y

"c) Veinte mil doscientos cincuenta pesos con ochenta centavos ($ 20.250.80) moneda legal, por *vacaciones compensadas en dinero.*

"Segundo. DECLÁRASE PROBADA PARCIALMENTE LA *excepción de prescripción* en cuanto a primas de servicio y vacaciones, en la forma como se dejó explicado en la parte motiva del fallo, y *no probadas las demás excepciones propuestas.*

"Tercero. CONDÉNASE a la parte demandada al pago de las *costas* del proceso en ambas instancias, pero rebajada su cuantía respectiva en un veinticinco por ciento (25%).

"En la forma anterior queda *confirmada y modificada* en parte la sentencia condenatoria de fecha cuatro (4) de junio del presente año, proferida por el señor Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín y que fue objeto de apelación por las dos partes en litigio".

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro de término presentó el recurrente su demanda y oportunamente también su réplica el opositor, por lo que con examen de una y otra se procede a decidir.

La demanda.

Señala el casacionista el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"...Se concreta a obtener que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia acusada en cuanto mediante ella se condena a los demandados al pago de auxilio de cesantía, primas de servicio y compensación de vacaciones con la correspondiente condena en costas, y que, constituida en Tribunal de Instancia revoque el fallo de primer grado y en su lugar absuelva a los demandados de las pretensiones o condenaciones deducidas en su contra, imponiendo las costas del proceso a la parte actora".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta los siguientes cargos:

Primer cargo.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 89, 22, 23, 249, 306, 186 y 187 del C. S. del T.; el artículo 6º del Decreto 210 de 1953, y los artículos 17 y 14 del Decreto 2351 de 1965, convertidas en normas permanentes por mandato del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, en relación con los artículos 61 del C. P. L. y 185 y 187 del C. de P. C., que también se aplicaron en forma indebida. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de las pruebas visibles a folios 29 a 171 que, como 'pruebas trasladadas' se adujeron a los autos.

"Los errores evidentes de hecho consisten en dar por demostrado, sin estarlo: 1º Que entre la demandante y los demandados existió un contrato de trabajo a domicilio; y 2º Que éstos adeudan a aquélla, por haberse causado, el auxilio de cesantía, primas de servicio y compensación de vacaciones que como condenas se deducen en el fallo.

"Las probanzas erróneamente apreciadas y en las cuales se funda el sentenciador para proferir sus condenas, ya se precisó, son las que obran a folios 29 a 171 del expediente, y están constituidas por prueba documental, testimonial, de confesión y pericial como 'prueba trasladada'.

"Estas probanzas se apreciaron mal por el juzgador, comoquiera que no se ha establecido, ni surge de ellas que se hubieran practicado 'válidamente' en un proceso anterior o diferente en que los demandados fueran parte. El artículo 185 del C. de P. C., que violó indirectamente el Tribunal aplicándolo en forma indebida, señala que 'las pruebas *practicadas válidamente* en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella'. (Subrayo). Significa esto que, para que la prueba trasladada pueda ser apreciable como tal, se exige la demostración indispensable de que se practicó 'válidamente' en el proceso primitivo. Sin ese presupuesto de su validez primigenia respecto del primer proceso, no puede ni siquiera ser apreciable, menos aún eficaz en relación con el proceso posterior. Bien es cierto que conforme al artículo 187 del mencionado estatuto procedimental, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y al tenor del artículo 61 del C. P. L., sin sujeción a tarifa legal de pruebas y formando racionalmente el convencimiento pero ello no convalida que se aduzcan omitiendo exigencias legales para ser 'apreciables'. Exigencia requerida con este fin respecto de la prueba trasladada es la de que se haya practicado 'válidamente' en el proceso primitivo. Y esa exigencia solo se satisface con la certificación del Juzgado ante quien se evacuó primitivamente la prueba que se pretende trasladar, en el sentido de que se practicó 'válidamente'. La prueba examinada (folios 29 a 171), no satisface esa exigencia. Ni siquiera podía ser apreciable, mucho menos eficaz para acreditar los hechos que, sin estarlo, encontró demostrados el Tribunal.

"Si éste no hubiera incurrido en esa equivocada apreciación de la prueba, tampoco habría incurrido en los errores evidentes de hecho de dar por establecido que entre las partes existió un contrato de trabajo a domicilio y que los demandados adeudan auxilio de cesantía, primas de servicio y compensación de vacaciones. Habría concluido que esa prueba trasladada no era ni siquiera apreciable. No había violado, por aplicación indebida, los artículos 89 del C. S. del T. y 6º del Decreto 210 de 1953, reglamentario de aquél, que definen el contrato de trabajo a domicilio, como tampoco los artículos 22 y 23 de dicha codificación que tipifican el contrato de trabajo en general y sus elementos esenciales. Igualmente, tampoco habría quebrantado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 249, 306, 186 y 187 de aquel cuerpo de leyes, ni los artículos 17 y 14 del Decreto 2351 de 1965 que consagran el derecho al auxilio de cesantía, primas de servicio y compensación de vacaciones, como su forma de liquidación. Por el contrario, de haber apreciado correctamente la prueba, ante la ausencia de demostración de la exigencia legal para su aducción que se deja anotada, habría concluido que no se establecieron los hechos en que se funda la demanda y habría absuelto a los demandados de las pretensiones que se le formulan, como lo suplicó una vez más de la Corte".

La parte opositora, en cuanto a este primer cargo, explica que, este es un punto nuevo inaceptable en casación, y por otra que, si el recurrente considera que las pruebas trasladadas no tienen valor alguno sin la certificación del Juzgado de que tales probaciones fueron practicadas válidamente y presenta como medio infringido el artículo 185 del C. de P. C., equivocó el camino de la acusación, por cuanto si los errores se produjeron a consecuencia de haber dado por demostrados determinados hechos con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta determinadas solemnidades para su validez, ha debido enderezar su ataque por error de derecho y no de hecho.

Indica, además, el opositor que, la misma parte demandada al contestar la demanda pidió también el traslado de esas pruebas.

Se estudia.

En este cargo *el casacionista fundamenta el ataque en que, a su juicio, el* ad quem *tuvo en cuenta para su decisión las pruebas trasladadas* que figuran de folios 29 a 171 *tomadas de un proceso anterior, y puntualiza que tales medios probatorios en las copias contenidas no tienen valor demostrativo porque para que puedan ser apreciadas como tales necesitan demostración de que fueron practicadas válidamente al tenor de lo dispuesto por el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, que señala como disposición medio violada.*

Observa esta Sala de la Corte que, en el caso sub júdice, *no se trata de un hecho nuevo como lo sugiere la oposición, porque el demandante en su demanda no incluye para el ataque a la sentencia impugnada en casación, puntos distintos de aquellos que fueron materia de la litis, sino*

que se concreta a discutir la validez de la prueba trasladada, en su concepto inaceptable por las razones que expresa.

Y con respecto a tales probaciones dijo el Tribunal lo siguiente:

"...Antes de continuar adelante, es preciso anotar que las pruebas traídas a este proceso, especialmente las de la parte actora, en su gran mayoría (documental, testimonial, pericial e interrogatorio de parte) son pruebas trasladadas pero que, por lo dicho atrás respecto del proceso anterior que se adelantó entre las mismas partes ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, satisfacen plenamente los requisitos exigidos para estos casos por el artículo 185 del C. de P. Civil sobre dicha materia. De esta clase son, pues, todas las pruebas que obran de folios 29 a 171 del expediente".

Anota esta Sala de la Corte, que el artículo 185 del C. de Procedimiento Civil, determinado como disposición medio violada por el juzgador de segundo grado dice:

"Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

Este precepto procedimental no señala, como lo sugiere el casacionista, que para la prueba trasladada sea válida para los efectos demostrativos en ella contenidos, que el juez quien ordene la expedición de copia de pruebas deba certificar sobre que fueron practicadas válidamente.

Si una prueba ha sido discutida en un proceso para efectos de su efectividad probatoria y ha resultado invalidada, desde luego no podrá ser tenida en cuenta en el proceso mismo ni en ningún otro en caso de traslado.

La validez procesal a que alude la norma adjetiva precitada, se refiere necesariamente a que las pruebas que se trasladan de un proceso a otro, deben haber sido practicadas en el proceso primitivo con los requisitos legales, es decir: conducentes, pedidos en tiempo, con citación de la parte contraria y ordenadas y practicadas así mismo dentro de los términos señalados al efecto.

Si, pues, las pruebas en un proceso son practicadas con esas formalidades legales y se trasladan a otro en copia auténtica, deben ser tenidas en cuenta, en conformidad con lo ordenado por el artículo 185 citado, precepto éste que, como está advertido antes, no exige medio específico alguno para demostrar la validez de las pruebas trasladadas, sino solo que las copias contentivas de ellas sean auténticas. Es, pues, a la parte contra quien se oponen quien debe demostrar la invalidez en caso de que esto ocurra. Además, en el caso de que aquí se trata, como lo anota la opositora, la misma parte demandada impetró el traslado de esos mismos medios probatorios.

No es, pues, evidente el error de facto señalado por el casacionista y, en consecuencia, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 89, 22, 23, 249, 306, 186 y 187 del C. S. del T.; el artículo 6º del Decreto 210 de 1953, y los artículos 17 y 14 del Decreto 2351 de 1965, convertidos en normas permanentes por mandato del artículo 3º de la Ley 48 de 1968. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de las pruebas que más adelante singularizaré y que obran a folios 29 a 171 del expediente.

"Los errores evidentes de hecho pueden reducirse: 1º A dar por establecido, sin estarlo, que entre las partes existió un contrato de trabajo a domicilio. 2º A no dar por demostrado, estándolo plenamente, que entre las partes solamente existió un contrato de obra repetido que la demandante ejecutaba sin subordinación continuada y con el concurso o ayuda de personas ajenas a su familia; y 3º En concluir equivocadamente que los demandados adeudan a la actora cesantía, primas de servicio y compensación de vacaciones.

"Las pruebas erróneamente apreciadas que por sí mismas, como principales, permiten la acusación por errores de hecho conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, son los contratos de obra o de naturaleza no laboral que obran a folios 49 y 50 del expediente; la confesión de la demandante al responder el interrogatorio de parte, y, las documentales de folios 51 a 162. Las pruebas secundarias que por su equivocada apreciación indujeron a los errores de hecho, son la testimonial (declaraciones de Luis Antonio Cañas Varela, Gildardo de Jesús Restrepo, María de Jesús Cadavid de Restrepo y Luis Gabriel Peláez Arboleda, folios 33, 41, 44 y 46) y la pericial (folios 163 a 171) trasladadas al expediente o proceso.

"Sin dejar de advertir que no existe demostración de que todas estas probanzas se hubieran practicado válidamente en un proceso primitivo, como para que pudieran ser 'apreciables' por el juzgador, debe destacarse que las documentales

de folios 49 y 50 suscritas por la demandante, son prueba evidente de que las partes concertaron una serie de contratos de naturaleza no laboral, en cuya ejecución se estipularon las obligaciones de cada contratante con la subordinación a su cumplimiento, pero que en modo alguno implican dependencia jurídica continuada. Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en todo contrato existe y debe existir la subordinación jurídica en cuanto implica el cumplimiento de condiciones u obligaciones por las partes, pero esa subordinación solamente es tipificante del contrato de trabajo cuando es continuada. Se aprecia erróneamente la prueba al pretender encontrar dependencia jurídica continuada donde no ha sido cumplimiento de obligaciones indispensables en todo contrato, máxime si se tiene en cuenta que durante todo el tiempo de su ejecución jamás se reclamó por la demandante el pago de prestaciones sociales, lo que corrobora que la intención de las partes de concertar un acuerdo distinto al de naturaleza laboral dependiente se mantuvo permanente mientras existieron relaciones entre las partes. Según dicho acuerdo, la demandante tenía plena autonomía para efectuar su labor, podía escoger libremente sus trabajadores, no estaba obligada a laborar en determinado sitio, corría con el riesgo de las obras mal elaboradas, estaba en la obligación de poner materiales y debía entregar las obras a entera satisfacción del comerciante. Obviamente, debía cumplir con determinadas obligaciones propias y no ajenas al contrato. Si se comprometió a confeccionar camisas de un determinado material que entregaba el comerciante, no podía so pretexto de una pretendida autonomía, confeccionar calzoncillos así fuera del mismo material. Si la obra debía entregarla en determinado día, porque así se comprometió, no podía entregarla so pretexto de esa misma autonomía, entregarla cuando le viniera en gana. Si convino un determinado precio por cada confección, no podía variarlo a su acomodo, so pena de estar incumpliendo una simple obligación contractual. La prueba fue erróneamente apreciada.

"A esto se agrega que conforme a prueba de confesión de la demandante al responder el interrogatorio de parte que se le formuló, se confirma la intención y perseverancia de las partes contratantes en concertar un acuerdo que no tuviera la índole de contractual laboral. Aquélla confiesa que 'no tenía jornada u horario de trabajo fijo' y que si 'entregaba un trabajo mal, me lo devolvían para que lo arreglara', con lo cual está admitiendo que el pretendido patrono no le podía imponer jornada alguna y que correría con los riesgos de la labor ejecutada. (Respuesta a la pregunta 5ª). Acepta ser cierto que ella como contratista empleaba sus propios medios, 'siendo de su propiedad las máquinas de coser, poniendo usted también hilos y botones y demás implementos, a excepción de la tela que le suministraban los almacenes Exito', con lo cual se comprueba que ella también suministraba la materia prima. (Respuesta a la pregunta 4ª). Acepta que elaboraba confecciones para los demandados, pero alega que 'no es cierto que trabajara independiente, porque ellos eran los que me enviaban a mí el trabajo para realizar por medio de contrato'. La circunstancia de que fueran 'ellos' quienes le enviaran las obras para su confección, no implica ninguna subordinación continuada, ni que la demandante no efectuara su labor en forma autónoma. Si adquirió una obligación con la prestación de un determinado precio, debía cumplirla. O ¿acaso pretendía que fueran otros, no contratantes los que le enviaran las obras, y los demandados fueran quienes le pagaran? Si esta prueba de confesión se hubiera apreciado correctamente, habríase llegado a la conclusión de que lejos de desvirtuar los mencionados contratos que obran a folios 49 y 50, lo que hacen es ratificar sus estipulaciones.

"Las documentales de folios 51 a 162 fueron erróneamente apreciadas, porque no se ha demostrado que provengan de los demandados. Además, porque contra lo que infiere el Tribunal, tales documentos no contienen órdenes de trabajo sino de producción, lo cual es muy distinto, tanto que en las mismas se habla de contratista y así figura la demandante. Basta examinarlas para evidenciar que no constituyen exigencias a la actora 'en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo', como para considerarlas órdenes en el sentido o acepción laboralista del vocablo. Y debe observarse que en un cincuenta por ciento de su total están firmadas por la demandante, lo que indica su asentimiento o convenio sobre el número de obras a confeccionar en cada caso. Esos documentos simplemente demuestran que se cumplieron rigurosamente los contratos que firmó o suscribió la demandante con los comerciantes contratantes.

"Si todas estas probanzas se hubieran apreciado correctamente, no habría el Tribunal incurrido en los errores evidentes de hecho que dejé precisados al principio de este cargo. Tampoco habría incurrido en ellos, si no hubiera apreciado en forma equivocada las pruebas testimonial y pericial aducidas al proceso como prueba trasladada sin conocer si se evacuaron válidamente en el proceso donde primero se practicaron. To-

da la prueba testifical es contradictoria y evidentemente parcializada en favor de la demandante, por lo que ha debido desecharse...

"....

"Finalmente, la prueba pericial también se apreció en forma equivocada, porque de ella no se infiere en forma alguna que la demandante tuviera contrato de trabajo a domicilio con los demandados. Por el contrario, establecería que por las partes contratantes se dio pleno y reiterado cumplimiento a los contratos de elaboración de obras visibles a folios 49 y 50 del expediente, que no se han objetado ni redargüido de falsos, como tampoco se han desvirtuado, como modestamente creo que lo acabo de comprobar.

"Si todas estas pruebas no se hubieran apreciado equivocadamente, se repite, el Tribunal no habría incurrido en los errores evidentes de hecho que anteriormente dejé precisados. No habría tampoco violado las normas de derecho sustancial que relacioné y que definen el contrato de trabajo a domicilio, el contrato de trabajo general y sus elementos y consagran el derecho al auxilio de cesantía, primas de servicio y compensación de vacaciones, como también su forma de liquidación. Por el contrario, habría concluido que no se encuentra demostrado aquel contrato y habría absuelto de todos los cargos que se les formula a los demandados. Pido que así se proceda por la Corte, advirtiendo que esta segunda censura en casación es subsidiaria del primer cargo que dejé sustentado.

"En los términos anteriores pongo fin a la demanda de casación sustentatoria del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de segunda instancia. Una vez más solicito se repare el derecho conculcado de los demandados, absolviéndolos de las condenas concretadas en su contra".

La parte opositora anota que el casacionista insiste en que no se acreditó que las pruebas trasladadas hubieran sido válidamente practicadas, para en seguida alegar que los documentos que aparecen de folios 49 a 50 dentro de esas mismas pruebas, demuestran que las partes celebraron un contrato de obra y no laboral, lo cual es contradictorio.

Indica, en síntesis, luego que no hay error de hecho por cuanto el sentenciador analizó los documentos presentados como contentivos de contrato de obra, dentro de los cuales encontró que la relación había sido laboral en la modalidad de trabajo a domicilio, dadas las actividades desarrolladas por la demandante, y en concordancia con los demás elementos probatorios que figuran en el proceso.

Se estudia.

En cuanto corresponde a la primera parte, es decir a la insistencia del casacionista de que la prueba trasladada carece de la demostración de su validez, ya se dijo lo conducente en el estudio del cargo anterior.

En este segundo cargo el censor estriba fundamentalmente el ataque en que, los documentos de folios 49 y 50, contienen específicamente unos contratos de obra, que fueron erradamente apreciados por el Tribunal al derivar de ellos una relación laboral.

Empero el fallador de segunda instancia, al examinar esa prueba documental dijo lo siguiente:

"La acción principal ejercitada en este juicio por la demandante, señora Lya Hoyos de Velásquez, tiene como fuente de las obligaciones sociales que ésta reclama un contrato de trabajo en su modalidad de 'trabajo a domicilio', el cual aparece consagrado en los artículos 89 del C. S. T. y 6º del Decreto 210 de 1953, que explican así en qué consisten:

"*'Artículo 89 del C. S. T.* 'Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, solo o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono'.

"*'Artículo 6º, Decreto 210 de 1953.*' Se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Sustantivo y para efectos del presente decreto cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador o trabajadores a domicilio reciben del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expedidos por cuenta de este último'.

"Desde luego que el esfuerzo principal de los demandados se ha dirigido, desde la contestación de la demanda, a negar y a tratar de demostrar que ninguno de ellos llegó a tener vínculo contractual laboral de cualquier clase o relación de trabajo con la señora Lya Hoyos de Velásquez, de quien afirma que sí les confeccionaba principalmente camisas y algunas otras prendas de vestir, pero habiendo constituido por sí sola una empresa independiente y con plena autonomía técnica y directiva, que buscaba y colocaba sus propias trabajadoras, las despedía a su amaño y las pagaba o remuneraba como lo tuviese a bien. En desarrollo de esta pretensión de los demandados, encaminada a configurar entre ellos y la actora un *contrato de obra* y de naturaleza civil o comercial, distinto en todo caso de un *contrato de trabajo a domicilio*, presentaron aquéllos fo-

tocopias autenticadas de los documentos privados en que se hicieron constar dos contratos de obra, celebrados el uno con fecha 11 de febrero de 1960 entre la firma Gustavo Toro y Cía., Limitada, dueña del Almacén Exito, y la señora Lya Hoyos de Velásquez (folio 49), y el otro celebrado el 22 de julio de 1960 entre la firma comercial 'Torkin, Limitada', y la misma señora Hoyos de Velásquez (folio 50).

"Si nos atuviésemos únicamente a la prueba resultante de estos dos contratos aislados, y los únicos que aparecen en esas condiciones y por escrito para todo el tiempo que duró la prestación de servicios de la actora a los demandados en la confección de camisas (no inferior a 9 años consecutivos), tendríamos que aceptar desde ahora que las relaciones contractuales entre la demandante y los demandados estuvieron enmarcadas dentro de un plano esencialmente comercial o aun de carácter civil, pero no de naturaleza laboral. Basta observar bien el contenido de dichos documentos escritos en papel sellado y algunas de las cláusulas contractuales pactadas, aun con desmedro no disimulado de la supuesta autonomía empresarial atribuida a la señora Lya Hoyos de Velásquez, para convencerse a primera vista de que *la intención, al menos de los demandados,* fue la de dar la impresión ante terceros en toda forma, que buscaban alejarse por completo de cualquier vínculo contractual de trabajo entre ellos, particularmente del llamado *trabajo humano subordinado,* que es el que origina de todas maneras obligaciones sociales a cargo de quien aparezca como empleador o patrono y en favor de quien actúe como trabajador o asalariado en alguna forma. Por esta razón no hay necesidad de detenerse en el estudio y examen de estos dos contratos, traídos por los opositores como prueba para la mejor defensa de sus derechos dentro de este proceso, sino que basta, a título simplemente informativo, resaltar que en la cláusula final de cada uno de ellos se remiten a la Cámara de Comercio, para designarla como árbitro único de las diferencias que se presentasen entre los contratantes durante su ejecución, en caso de no poder resolverlas de común acuerdo, y que tales contratos no exhiben siquiera la constancia de registro de ninguna clase, ni menos aún la de haber pagado por ellos los correspondientes impuestos de timbre nacional o derechos fiscales al Tesoro Nacional, como es la obligación de hacerlo en estos casos.

"Pero es que, además, la obligación del fallador no lo es la de detenerse únicamente en el análisis de determinada o determinadas pruebas, por importantes que éstas aparezcan a primera vista o de entrada, sino hacer su confrontación con todas las demás que hayan sido allegadas al proceso por ambas partes, para poder determinar cuáles le merecen mayor credibilidad, por una u otra razón, ya que tal modo de proceder está expuesto en el artículo 187 del C. de P. Civil, cuando dice: 'las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos'.

"No debe olvidarse que en la vida de relación de los negocios y en el ambiente en que éstos se desenvuelven, ya dentro de la órbita industrial, ya dentro de la comercial, son bien comunes los casos en que se suele disfrazar como contratos civiles o comerciales a los *contratos laborales,* especialmente por parte de los patronos y empresarios, con el fin de eludir más fácilmente el reconocimiento y pago de obligaciones de esta naturaleza, las cuales conllevan en sí una cadena de prestaciones e indemnizaciones sociales que, por su carácter más o menos oneroso, no siempre resultan del agrado y de la conveniencia económica de los empleadores.

"...

"Acerca del *contrato de trabajo a domicilio,* entendido en la forma como lo definen las dos normas legales ya citadas, que rigió las relaciones contractuales de servicios entre la señora Lya Hoyos de Velásquez y las personas demandadas en este proceso, hablan bien claro de una y otra manera pero con uniformidad de criterio, los deponentes Omar Luis Antonio Cañas Varela (folio 33), Gildardo de Jesús Restrepo (folio 41), María de Jesús Cadavid de Restrepo (folio 44), y Luis Gabriel Peláez Arboleda (folio 46), todos los cuales coinciden ampliamente acerca de los siguientes hechos en sus declaraciones respectivas, las cuales basta examinar para convencerse de ello".

Examina luego el *ad quem esos* testimonios detalladamente en relación con el trabajo a domicilio ejecutado por la demandante para los demandados consistente en la confección de camisas y continúa:

"...Otra prueba importante en este proceso, a través de la cual se configura así mismo el *contrato de trabajo a domicilio* entre la actora y los demandados, está constituida por el interrogatorio que aquélla absolvió bajo juramento a solicitud del apoderado de éstos, como puede verse de folios 37 a 40.

"Otro tanto —en la medida que corresponde— cabe afirmar de todos los documentos (en fotocopias) visibles de folios 51 a 162, los cuales,

con excepción del primero relacionado con un recibo de caja de Torkin, Limitada, por la confección de varios artículos allí detallados, hacen constar diversas y *habituales orden de producción* que Confecciones Torkin, Limitada, le daba a la demandante para confección de camisas y *las entregas de los materiales necesarios* efectuadas a ella para este mismo fin por dicha empresa.

"Dentro de las distintas pruebas allegadas al proceso por la demandante para acreditar los hechos en que basa sus pretensiones, ofrece singular importancia y extraordinario interés el *dictamen pericial* rendido en julio 26 de 1971 por el experto contador juramentado, señor Carlos Valencia, tal como puede observarse de folios 163 a 171 del expediente. Este dictamen, practicado sobre los libros, documentos y comprobantes de las sociedades 'Gustavo Toro y Cía., Limitada' y 'Confecciones Torkin, Limitada', aparece claro, preciso en sus conceptos y bien fundamentado, habiendo sido, además, objeto de ampliación a solicitud del apoderado de la demandante. Por ello se considera conveniente hacer referencia aquí a algunos de sus principales apartes y reproducir otros, tal como se procede en seguida...".

Presenta el Tribunal los apartes que considera más destacados en relación con el caso a decidir, del dictamen rendido por el experto y continúa:

"...Para la Sala y de conformidad con las pruebas analizadas no existe, pues, ninguna duda acerca de que el contrato que existió entre la demandante, señora Lya Hoyos de Velásquez y las personas demandadas en este proceso, fue pura y simplemente el de *trabajo a domicilio* acerca de cuyas características y modalidades se ha expuesto, tanto en sentencias varias de la Honorable Corte Suprema de Justicia como por célebres profesores y tratadistas de Derecho del Trabajo, importantes teorías, en uno y otro sentido, principalmente en cuanto a sus elementos o factores constitutivos, para saber cómo ha de entenderse, por ejemplo, la habitualidad, la subordinación, la facultad de dirección y de dar órdenes por parte del patrono, la duración de la jornada, la ayuda de miembros de su familia al trabajador dentro de su propio domicilio, el suministro de materias primas y demás elementos de trabajo por el patrono, etc.

"No sobra expresar que el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas en los artículos 90 a 93, inclusive, del C. S. T.; a cargo de todo patrono que contrate trabajadores a domicilio, como fue el caso de los demandados respecto de la señora Lya Hoyos de Velásquez, sin que por parte alguna del proceso aparezcan pruebas sobre el cumplimiento que aquellos hayan dado a tales normas, quizás podría tenerse como un indicio importante en su contra para los fines aquí cuestionados, aunque no sea necesario. Pero no puede dejarse pasar inadvertido esto, máxime cuando en la realidad de los hechos se sabe que casi nunca se oye hablar siquiera de que algún patrono de los que acostumbran *contratar trabajos a domicilio* haya cumplido con las obligaciones que le imponen las citadas normas del Código Sustantivo del Trabajo...".

"...Parece también de interés traer a esta sentencia las dos transcripciones siguientes de lo mucho que ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la manera justa y ceñida a la ley como debe entenderse *el contrato a domicilio*. Se ha expresado así dicha Corporación: 'El trabajo a domicilio recibe la protección legal bajo la forma de contrato de trabajo, pero el C. S. T. no exige la concurrencia de los elementos generales de la relación laboral, sino la prestación habitual de servicios remunerados, sin que sea necesario que exista la continuada dependencia de que hablan los artículos 22 y 23. El trabajo a domicilio se realiza por medio de una serie de contratos de obra y la ley para proteger ese trabajo hace que se considere contrato laboral esa serie de contratos celebrados de tal manera repetida que forma un hábito.

"'No puede exigirse en el contrato a domicilio la continuada dependencia de que hablan las normas generales sobre contrato laboral, ni puede entenderse que existe un contratista independiente cuando el que contrata obras no tiene trabajadores a su servicio para realizarlas, ni puede desconocerse la existencia de la remuneración porque se pague el trabajo en razón de la obra realizada'. (Casación, 16 de junio de 1954, D. del T. XX números 115-117, página 30).

"'...Del trabajo habitual que una persona realiza en su domicilio, sola o con la ayuda de familiares, en favor y por cuenta de otra que le remunera, deduce la ley un contrato de trabajo entre ellas, esto es, todos los elementos que distinguen esta figura jurídica. En el fondo, el ordenamiento legal establece, respecto de la dependencia del empleado al patrono, una especie de presunción. Por lo tanto, no se destruye el contrato de trabajo a domicilio diciendo que el trabajador no estuvo sometido al control de la sociedad demandada, porque de ella no recibió órdenes e instrucciones, sino desquiciando los presupuestos, que sirvieron de base a ese tipo especial de relación laboral, a saber: que el trabajo no era ejecutado personalmente o con la ayuda de familiares sino de otras personas; que la labor no

fue habitual sino pasajera o accidental; que no la hizo por encargo de la sociedad ni había convenido previamente con ésta, por cada una, determinada remuneración'. (Sentencia, 18 de mayo de 1960, G. J. XCII, 1091).

"Declarada por la Sala, al igual que lo hizo el *a quo*, la existencia del *contrato de trabajo a domicilio* entre la señora Lya Hoyos de Velásquez y las personas demandadas, en las condiciones y circunstancias de que se ha hablado, conforme a las pruebas ya examinadas, es necesario hacer la determinación del *tiempo de servicios laborales* de la demandante y del *último salario* devengado por ésta..., etc.".

Hasta aquí el Tribunal.

De conformidad con lo expuesto por el fallador de segunda instancia en los pasos de la sentencia que se acaban de transcribir, éste para su decisión tuvo en cuenta tanto los contratos que fueron celebrados por las partes, y que él interpretó en relación con las tareas desempeñadas por la demandante para los demandados y en conformidad con todas las otras pruebas del proceso, como la testimonial, interrogatorio de parte, prueba pericial y documental.

De los mismos dos documentos que en fotocopia aparecen agregados a los autos contentivos de llamados contratos de obra, cuya aplicación rigurosa al tenor de su contenido literal impetra el casacionista, surge que la demandante se obligó a confeccionar camisas para hombre según los ordenamientos de la parte demandada de quien recibía el material o materia prima cortada. Que la señora Lya Hoyos de Velásquez se obligó a entregar terminadas en su confección esas prendas por precio determinado por unidad y tenía, además, la obligación de corregir los desperfectos que encontrara la parte demandada.

De esos dos contratos escritos y de las demás probaciones que se analizaron por el *ad quem*, éste encontró demostrados que la señora demandante ejecutó sus labores para los demandados *en su casa de habitación* y con *ayuda de sus familiares* por lo que dedujo que no se trataba de un contrato de obra propiamente dicho sino de un trabajo a domicilio.

Se ha dicho reiteradamente por la Corte que, en los contratos de obra se trata de una obligación de resultado y no de medio, es decir, que lo que el operario promete es una obra producida y no la energía directa de su trabajo, lo cual permite que el contrato pueda ejecutarse por personas distintas al mismo contratista; los riesgos en la ejecución del contrato corren por cuenta del operario; el operario debe realizar la obra con sus propios medios, es decir, debe poner los materiales y suministrar los elementos y maquinarias indispensables para la ejecución, mientras que en el trabajo a domicilio el artículo 89 del C. S. T. registra la presencia de los tres elementos esenciales de todo contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de servicios, la dependencia y la remuneración, si bien respecto del segundo el fenómeno de la subordinación ofrece las modalidades propias de la labor que regula, y en lo que se relaciona con el primero, la norma requiere habitualidad y extiende su operancia a los casos en que el servicio personal se preste con ayuda de miembros de la familia del trabajador.

Si, pues, del análisis de ese verdadero haz probatorio, analizado por el *ad quem* de manera singular en este juicio, encontró demostrado que la verdadera relación jurídico contractual que ligó a las partes demandante y demandada fue de *contrato de trabajo típicamente a domicilio* y no *contrato de obra*, dada la naturaleza de las funciones o servicios prestados por la demandante a la demandada y las demás circunstancias o hechos del proceso que analiza a la luz de los medios probatorios que precisamente determina, no aparece de manera evidente el error de facto que el censor le atribuye, y por lo tanto el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte de noviembre de mil novecientos setenta y tres, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Con costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRASLADO DEL TRABAJADOR

En materia de los cambios de oficio del trabajador o de su traslado, reconocida validez a la estipulación que los convenga, siempre que no impliquen desmejora de remuneración o de categoría, solo puede calificarse como ilícita cuando viola la dicha condición de desmejoramiento o en general, cuando perjudica al trasladado, y tales violación y perjuicio corresponde demostrarlos al trabajador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., cuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número... expediente número 4680.

(Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón).

Joaquín Gil García demandó, con la asistencia de apoderado, a Gaseosas Posada Tobón, S. A., ambos de las condiciones que recoge el negocio de la referencia, para que se condenara a la sociedad mencionada a indemnizarlo, conforme a la ley, por el despido indirecto que se produjo por violación de sus condiciones de trabajo y a la jubilación-sanción desde la fecha del despido, más las costas del proceso, pretensiones que fundamentó en los siguientes hechos:

"Primero. Laboré para la empresa demandada durante el período comprendido entre el 27 de septiembre de 1954, y el 8 de febrero de 1972, desempeñando el cargo de 'jefe de patios' y con una última remuneración mensual de $ 2.654.

"Segundo. El día 4 de febrero del año en curso, me vi forzado a desvincularme de la empresa por notoria y ostensible desmejora en mis condiciones de trabajo.

"Tercero. En enero 21 de 1972 la empresa me comunicó, por intermedio del gerente de fábrica, que debía trasladarme a desempeñar las funciones de encargado de la agencia en la ciudad de Santa Fe de Antioquia, hecho que entraña una sustancial modificación en mis condiciones de trabajo, ya que desde hacía largo tiempo venía cumpliendo las funciones de jefe de patios, en la ciudad de Medellín, con un cargo de relievancia dentro de las jerarquías de la compañía, dado el número de trabajadores que tenía bajo mi mando y las funciones que me tocaba desempeñar. Al trasladárseme a la ciudad de Santa Fe de Antioquia, mi posición se desmejoraba notablemente en cuanto a la categoría, aparte de que se me ubicaba fuera de mi familia, teniendo que repartir mi sueldo para atender a mi subsistencia y a la de los míos en Medellín, además de otras considerables desventajas, ya que mi edad no me permite soportar un clima tan insalubre como el de Santa Fe de Antioquia.

"Cuarto. Para demostrar mi buena voluntad con la empresa, señalé las condiciones bajo las cuales podría admitir el traslado, pero la empresa reiteró la orden y no aceptó modificación alguna a la relación contractual.

"Quinto. No obstante lo anterior traté de observar la manera como respondía mi salud ante el clima de Santa Fe de Antioquia, y al cabo de tres días de permanencia allí tuve que presentarme a consulta médica en el Seguro Social, donde se me expidieron dos fórmulas consecutivas y se me dio una incapacidad de tres días.

"Sexto. Ante esta situación me presenté a la empresa a solicitar se me dejara laborando en Medellín, pero la respuesta negativa que se me dio, hizo el que me viera obligado contra mi voluntad a presentar renuncia del cargo, en 4 de febrero de 1972".

La demandada se opuso a las acciones que se han reseñado, negando los hechos en la forma como fueron presentados por el demandante y sosteniendo, en lo fundamental, que conforme al contrato que tenía celebrado, Gil García, quien ya había desempeñado varios cargos en la empresa, había estipulado que desempeñaría cual-

quiera que se le asignara en sus dependencias, siempre que no se desmejoraran sus condiciones de trabajo o su remuneración, cosa que no había ocurrido, y que el actor se retiró voluntariamente del trabajo. Pidió la condena en costas para éste.

Tramitada la controversia, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento, la desató, en fallo de 14 de marzo de 1973, declarando improcedente la calificación sobre despido provocado y absolviendo a la empresa de los cargos de la demanda, por cuanto el contrato terminó por decisión voluntaria del trabajador.

Apelada esta sentencia por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la suya de 18 de enero de 1972, la revocó disponiendo en su lugar:

"1º Gaseosas Posada Tobón, S. A., está en la obligación de pagar al señor Joaquín Gil García la cantidad de cuarenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos ($ 46.453.00) por concepto de indemnización por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo que lo vinculó a ella.

"2º La misma compañía está, además, obligada a pagar a dicho señor Gil García una pensión mensual, proporcional, vitalicia de jubilación en cuantía de mil seiscientos noventa y tres pesos con veinticinco centavos ($ 1.693.25) a partir del ocho (8) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972).

"3º Las costas a cargo de la parte demandada".

Contra la providencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte demandada y habiéndoselo concedido el *ad quem* y admitido la Corte, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda presentada para sustentarlo. No hubo escrito de oposición.

El recurso extraordinario.

Persigue la casación total de la sentencia del Tribunal para que, en sede de instancia, se confirme la de primer grado, absolutoria de la sociedad demandada. Al efecto, con fundamento en la causal primera, formula el ataque que se sintetiza:

Acusa aplicación indebida, a través de errores evidentes de hecho, de los artículos 22, 23, 38, 39, 43, 55, 56, 57, 58, C. S. T.; 1602 C. C.; 6º 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, y 8º de la Ley 171 de 1961 y 260 del estatuto primeramente mencionado, así como falta de aplicación de los artículos 61, 11 y 57 del reglamento general del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, expedido mediante acuerdo número 224 de 1966; del artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del anterior acuerdo; de los artículos 9º, numeral 2º, de la Ley 90 de 1946, 5º del Decreto-ley 1695 de 1960, 7º del Acuerdo número 150 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 183 de 1964; del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y del artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo.

El recurrente manifiesta que los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, en el fallo que impugna, fueron los siguientes:

"1º No haber dado por demostrado, estándolo que Joaquín Gil García se retiró voluntariamente del servicio de la sociedad demandada, mediante presentación de renuncia aceptada por ésta.

"2º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la renuncia presentada por el demandante fue impuesta por el patrono por violación del contrato de trabajo por parte de éste.

"3º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el patrono rompió unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo.

"4º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que las cláusulas primeras de los contratos de trabajo celebrados entre las partes en 1970 y 1971 son ineficaces.

"5º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el traslado que se le hizo a Gil García por la sociedad demandada para que trabajara en Santa Fe de Antioquia implicaba la prestación de un servicio en lugar diverso al que se le contrató y una desmejora en sus condiciones de trabajo, y que la sociedad demandada no tenía razones válidas para hacerlo".

Estos errores acontecieron por la equivocada apreciación de los documentos de los folios 4 y folio sin número entre 16 y 17, 5 y 17, 6 y 16, 7 y 18, 8, 9 y 52, 49, 50 y 51 y 25 y 26, de la demanda con que se inició el juicio, en cuanto es confesión, de folios 1, 2 y 3 todos del cuaderno principal; y por no haber apreciado la prueba de confesión judicial contenida en la absolución de posiciones de Joaquín Gil García, de los folios 36 a 41. Agrega que, para ceñirse a la jurisprudencia de la Sala en relación con las denominadas pruebas no calificadas, también indica como apreciados erróneamente los testimonios de Héctor de Jesús Gómez (folios 30 y 31), Luis Carlos Andrade (folios 35 y 36) y Rafael María Her-

nández Agudelo (folios 41 y 42), y como dejado de apreciar, el de Oscar Trujillo Naranjo, a folios 27 y 28.

Para sustentar el cargo —dice el acusador— que en carta de folios 7 y 18 dirigida por el demandante Gil García al gerente de la demandada, de fecha 4 de febrero de 1972, el primero manifiesta claramente que renuncia el cargo que venía desempeñando y que, aun cuando agregó una serie de motivaciones, lo único que puede tomarse como expresión de su voluntad es su decisión de terminar el contrato de trabajo; que la sociedad, por su parte, en carta de 8 de febrero del mismo año acusó recibo de lo anterior y aceptó la renuncia de Gil García, rechazando, además, la aseveración del trabajador de que su renuncia había sido provocada, y que la apreciación correcta de estas cartas es, por consiguiente, la de que Gil García renunció y Gaseosas Posada Tobón, S. A., le aceptó la renuncia, incurriendo en error evidente el Tribunal al afirmar, en varios apartes de su fallo, que el patrono demandado había roto unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo. Acerca de la interpretación de estos documentos agrega el acusador, que el trabajador invocó, para fundamentar la supuesta provocación de su renuncia el traslado que le hizo el patrono para que prestara sus servicios en Santa Fe de Antioquia, en un cargo de menor categoría, lejos de su familia, teniendo hijos que están estudiando y a su señora con mala salud, traslado que considera como una modificación de sus condiciones de trabajo en forma desfavorable; pero que los motivos expuestos por el trabajador demandante al no ser aceptados por la sociedad demandada se convirtieron en hechos controvertidos, que debía demostrar quien los alegó de acuerdo con claros principios sobre carga probatoria aplicados por la jurisprudencia para los casos de terminación del contrato de trabajo.

En cuanto al documento contractual recalca que contiene cláusula sobre traslado siempre que el trabajador sea capaz de desempeñar el oficio y no se le desmejore en la remuneración ni en la categoría, pero que el Tribunal la estimó ineficaz en razón de jurisprudencia de la Corte que no es propia para la estipulación de autos, llegando después a la conclusión de que el traslado de Gil era desfavorable basándose en suposiciones, pues ninguna prueba establece hechos lesivos del trabajador y los que señala el fallador no tienen la significación que se les atribuyen conforme a las probanzas respectivas. Así, nada indica la desafiliación a los Seguros Sociales, en razón del traslado, y, por el contrario, consta a folios 25 y 26 que después de él lo siguieron atendiendo; que no hubo desmejoramiento de remuneración ni de categoría, ni sustracción de la jornada máxima legal; ni mengua del presupuesto familiar, ni desmejoramiento de las condiciones climáticas ni inexistencia de buenos colegios en Santa Fe para el estudio de los hijos, ni prueba de la mala salud de la esposa. Y, por el contrario, posibilidad de mejor remuneración por comisión en las ventas y mayor responsabilidad y categoría, además de que Gil estuvo en Santa Fe tres días y luego abandonó el cargo alegando una enfermedad que no se probó.

Se considera.

La decisión del *ad quem* —estimatoria de una renuncia provocada, con las consecuencias de indemnización por despido y jubilación proporcional que impugna el recurso— se informa en dos consideraciones: la ineficacia de la cláusula contractual sobre la obligación del trabajador de prestar sus servicios en cualquier lugar del país siempre que su traslado no implique desmejora de su remuneración o en sus condiciones de trabajo, y la de que el traslado de autos, de Medellín a Santa Fe de Antioquia, sin razones válidas, era desfavorable para Gil García, por tratarse de un lugar diverso de aquel para el cual se le contrató, en donde estuvo actuando por más de 16 años, en el que ha tenido su centro familiar y social y en el que están estudiando sus hijos y por cuanto implicaba sustracción a la jornada máxima legal, desafiliación al ICSS, cambio peyorativo en las condiciones de clima, mayor responsabilidad y desmejora en la remuneración, con atención de gastos personales en otra plaza, menguándose así el presupuesto de su familia.

La segunda consideración relatada no guarda correspondencia con la primera, pues si, de acuerdo con ésta, la cláusula sobre la obligación de aceptar los traslados, en los términos convenidos, era legalmente ineficaz, no se requería examinar si el traslado de autos se efectuó conforme a los dichos términos, los cuales solo tienen procedencia en el supuesto de su validez. En otras palabras, la conclusión sobre despido ilegal o renuncia provocada obedeció, en últimas, no a la ineficacia de la cláusula, ante la cual no se necesitaban más consideraciones, si no a que, habiéndosela pactado lícitamente, con validez laboral, no se cumplieron sus condiciones y términos por implicar el traslado de autos desmejoramiento de las condiciones de trabajo y de las económicas del trabajador.

Así precisados los fundamentos del fallo recurrido podría prescindirse del primer asunto, por cuanto a la cláusula, en sí misma, se la condujo a eficacia legal, aunque concluyéndose en

el despido injusto en razón de que el ejercicio de lo estipulado perjudicó al trabajador. Mas, para los efectos de la misión primordial de la Sala, conviene recordar que, de acuerdo con su jurisprudencia, lo que se ha descalificado, en situaciones semejantes, son las cláusulas que obligan al trabajador a prestar sus servicios en cualquier lugar que determine el patrono, sin más, por cuanto ello equivale a no fijar lugar determinado para esa prestación, lo que debe ser estipulación concreta en el contrato de trabajo, y a autorizar, a través de una forma aparente, que se vulnere la estabilidad en las condiciones de vida del trabajador y su derecho a desarrollarla en el mejor medio social posible para él y para su familia. Por eso se ha exigido que tales estipulaciones se condicionen a que los cambios de oficio o de lugar no produzcan desmejoramiento de las condiciones laborales o de remuneración, o, en general, perjuicio para el trabajador. A la estipulación de autos, que no registró la obligación de Gil García de aceptar cambios de oficio o de lugar en la forma absoluta descalificada por la jurisprudencia, sino que la condicionó a que ellos no implicaran desmejora en su categoría ni en su remuneración hay que reconocerle, pues, validez, en el entendimiento, además, de que tampoco autorizaba para que se la ejercitara, de modo general, con perjuicio del trabajador.

En el campo de la validez de la cláusula contractual de autos, en el que realmente se resolvió la litis, ha de apreciarse, respecto de sus términos para cambios de oficio y traslados, que ninguna de las probanzas destacadas por el acusador, ni otra alguna del proceso, establecen incapacidad de Gil García para desempeñar la agencia de Santa Fe de Antioquia, a la que se le trasladó, ni que este acto lo hubiese desmejorado en su remuneración o en la categoría correspondiente al cargo de jefe de patios en Medellín que anteriormente desempeñaba, que son las condiciones fijadas en el documento que gobernaba sus relaciones de trabajo; ni ninguna de todas esas probanzas respalda los supuestos del fallador para su decisión, respecto del perjuicio, en general, del trabajador, que ha señalado la jurisprudencia.

En efecto, que el demandante era capaz para el nuevo desempeño lo indican la carta de 21 de enero de 1972, de la empresa, a folio 4, por la que se le comunicó la determinación de trasladarlo como encargado de la agencia en Santa Fe de Antioquia, para "aprovechar su experiencia y dinamismo para sacar avante esa agencia, ya que en la actualidad atraviesa una grave crisis de administración", y la aceptación que dio Gil a esa determinación —luego de reclamar mejores condiciones económicas (folio 5)— al irse efectivamente a Santa Fe, al nuevo empleo, en el que permaneció tres días (folio 2, demanda inicial). Además de que el demandante jamás ha afirmado que no fuera capaz para el desempeño del traslado, ni ello fue materia del pleito, ni éste obedeció a ese motivo. Y en cuanto a la desmejora de remuneración, nadie la ha pretendido de modo directo, pues como encargado de la agencia de Santa Fe no iba a ganar menos que como jefe de patios en Medellín, y aun el revisor fiscal de la compañía, señor Oscar Trujillo Arango, quien fue quien le hizo entrega de la agencia mencionada, al demandante, aludió a que éste "posteriormente obtendría un mayor sueldo por comisión de ventas"; y nadie estableció, de modo atendible, respecto de la categoría, que la del encargado de la agencia de Santa Fe fuese inferior de la del jefe de patios de Medellín.

Todo aparece atribuido, pues, a un cambio desfavorable, por consideraciones acerca de la jornada de trabajo, de desafiliación al ICSS, de la mala salud de la señora del demandante, del colegio de los hijos, de las distintas condiciones de clima y de mengua del presupuesto familiar, al tener que atender el trabajador con el mismo sueldo, gastos en dos lugares.

Sin embargo, ninguna prueba versó sobre las jornadas en cada uno de los cargos a comparar, y a través de las solas denominaciones de ellos no puede concluirse que el de Santa Fe no estuviese sujeto a la ordinaria legal y el de Medellín sí; de la segunda razón lo que aparece es que Gil recibió atención médica del ICSS después de su traslado, según documento de dicha entidad a folios 25 y 26, y la mala salud de la esposa, ninguna pieza la contiene. Tampoco se probaron las diferentes condiciones de clima, y de la afirmada por el fallador no se relacionó que perjudicara a Gil García. La mengua, en fin, del presupuesto familiar quedó así mismo sin demostración y del cambio de colegios de los hijos no se fundó su imposibilidad, su inconveniencia o su perjuicio. *Es que en esta materia de los cambios de oficio del trabajador o de sus traslados, reconocida validez a la estipulación que los convenga, siempre que no impliquen desmejora de remuneración o de categoría, como la pactada de autos, y que no ocasionen perjuicio al trabajador conforme al desarrollo jurisprudencial de que se ha hecho mérito, la determinación patronal de producirlos, con razones válidas como en el* sub lite, *solo puede calificarse como ilícita cuando viola la dicha condición de desmejoramiento o, en general, cuando perjudica al trasladado. Y tales violación y perjuicio corresponde demostrarlos al trabajador, como lo sostiene el recurrente de autos con*

invocación de los principios sobre carga probatoria.

Por otra parte, las piezas reseñadas por el acusador exhiben todo lo contrario de los supuestos del Tribunal. Pues a más de que el contrato vigente entre la empresa y su empleado contiene la estipulación válida examinada, y de que aquélla tuvo razones atendibles para trasladar a su servidor, como también se vio, éste, que en posiciones reconoció su obligación pactada, efectivamente se fué a Santa Fe y allí estuvo tres días, retirándose después por pretendida enfermedad que no probó; como no probó tampoco el perjuicio que sufriera por las circunstancias de desmejoramiento que aducía.

En tales condiciones se configuran los errores acusados y a consecuencia de ellos, las violaciones de ley laboral en que se apoyan las condenas, y la sentencia del Tribunal ha de casarse para que la Corte, en sede de instancia, y con las apreciaciones probatorias expresadas, concluya que, en el presente asunto, no aconteció el despido injusto afirmado por el demandante Gil García, ni tienen fundamento legal sus pretensiones indemnizatoria y jubilatoria. Se confirmará, por lo tanto, la decisión absolutoria del primer grado.

Nada procede resolver sobre la jubilación por el ICSS, en virtud de las cotizaciones cubiertas por el promotor de la litis y por su retiro voluntario, hechos a los que se refiere la parte final del recurso, porque la litis no versó sobre ella, ni en su materia ni en su sujeto pasivo.

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 la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen que se han señalado, por cuanto condenó a Gaseosas Posada Tobón, S. A., a pagarle al demandante Joaquín Gil García, indemnización por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo que los vinculó y jubilación proporcional vitalicia, en las cantidades que expresa ese fallo, con costas para la sociedad demandada y, en sede de instancia, CONFIRMA la decisión absolutoria del *a quo* con costas para el actor, proferida en el juicio entre las dichas partes, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, el 14 de marzo de 1973.

Costas de la segunda instancia al apelante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Notifíquese, cópise, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAPITAL DE LA EMPRESA

El artículo 195 del C. S. del T. señala como capital de la empresa en determinada época, el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.—Bogotá, cuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4789. Acta número 3.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Magdalena Godoy Pinto, vecina de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía número 29018156 expedida en la misma ciudad, demandó, por medio de apoderado, a Fábrica de Camisas Ancla Meer Exelbirt, Limitada, para que fuera condenada al pago de reajustes, cesantía, pensión de jubilación, indemnización por incapacidad permanente parcial y honorarios de abogado.

Los hechos en que se apoya la demanda, son:

"a) La señora Magdalena Godoy, quien reside en la carrera 11 número 54-56 de esta ciudad, trabajó para la Fábrica de Camisas "Ancla" Meer Exelbirt, Limitada, de esta ciudad, durante 16 años continuos que se completaron el 30 de julio de 1970, y con fecha 27 de septiembre del mismo año fue despedida encontrándose enferma como se comprueba con la tarjeta de agosto 23 de 1970, que acompaño;

"b) A mi patrocinada se le pagaron la suma total de $ 6.140.90, como consta en el acta extendida en la Inspección de Trabajo número 886, de octubre 9 de 1970; en la cual consta que se le pagó auxilio de cesantía y vacaciones;

"c) A mi patrocinada no se le ha pagado el auxilio de cesantía el valor que le correspondía, pues los reajustes que están rigiendo a partir de 1962, le daban derecho a un valor mayor del que le fue pagado por este concepto;

"d) Además, por haberla despedido injusta e intempestivamente tiene derecho al pago de indemnizaciones y compensaciones en los términos de la ley;

"e) Mi patrocinada, por haber trabajado más de 16 años en la empresa ya mencionada y por haber sido despedida como se comprueba en la carta de 12 de agosto de 1970, tiene derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación;

"f) La señora Magdalena Godoy, quiere iniciar, adelantar y llevar hasta su terminación juicio ordinario laboral contra la Fábrica de Camisas Ancla, cuyo gerente es el señor Menashe Exelbirt, mayor y vecino de Cali y a quien para los fines de este juicio se puede localizar en las dependencias de esta empresa, carrera 7ª número 16-49, de esta ciudad, a fin de que se le pague auxilio de excedente de cesantía, los reajustes que todavía le adeudan, las indemnizaciones y compensaciones y la pensión mensual vitalicia de jubilación, desde la fecha en que fue despedida, pues ya en ella tenía más de 50 años, ya para que la represente me ha conferido poder y en ejercicio de él presento la siguiente".

El apoderado de la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, propuso excepciones de pago, carencia de acción, inexistencia de poder del actor para demandar, inepta demanda sustantiva, prescripción y la innominada, y contestó los hechos de la siguiente manera:

"Al a) la señora Magdalena Godoy sí laboró para la Fábrica de Camisas Ancla Meer Exelbirt, Limitada, por espacio de varios años y dejó de pertenecer a ella el 15 de septiembre de 1970. No es cierto en cuanto a la afirmación del estado físico de la demandante en el momento de su desvinculación laboral.

"Al b) Es cierto. Además, recibió la suma de tres mil setecientos treinta y un pesos ($ 3.731) moneda corriente, por concepto de indemnización convenida entre las partes, cantidad ésta que consta en el acta de conciliación número 886 del 9 de octubre de 1970.

"Al c) No es cierto. La empresa le pagó a la demandante lo que ordena la ley por concepto de cesantía.

"Al d) No es cierto. La empresa, en virtud de conciliación suscrita ante el Inspector Nacional

del Trabajo pagó una suma acordada por concepto de indemnización.

"Al e) No es cierto. La empresa en la fecha de terminación del contrato, o mejor de la desvinculación laboral de Magdalena Godoy, no tenía obligación de asumir esta clase de prestación, pues su capital era inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00).

"Al f) No es cierto. En el expediente no obra el poder que la señora Magdalena Godoy hubiese otorgado al doctor Arquimedes Viveros para instaurar las acciones o reclamaciones demandadas".

En sentencia dictada el 15 de febrero de 1974, procedente del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, fue absuelta la entidad demandada de las peticiones sobre reajustes y excedentes de auxilio de cesantía, y condenada a pagar pensión de jubilación a razón de $ 810.00 mensuales a partir del 15 de febrero de 1974, la cantidad de $ 6.897.60 por concepto de la pensión de jubilación entre el 12 de marzo de 1973 y la fecha antes anotada, y parcialmente las costas de la instancia. El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación contra dicha providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 9 de mayo de 1974, confirmó la decisión del *a quo* y condenó en las costas de la instancia, a la apelante. Contra dicho fallo interpuso el apoderado de la demandada, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y se encuentra admitido por la Corte.

El recurso.

Para sustentar el remedio extraordinario, el acusador presenta un solo cargo con base en la primera causal de casación laboral. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

El recurrente aspira a que se infirme el fallo acusado en cuanto confirmó la condenación que por pensión de jubilación decretó la providencia de primer grado, se revoque dicho gravamen y se absuelva por tal extremo a la demandada.

El cargo.

Dice el impugnador:

"La sentencia viola, por interpretación errónea el artículo 195 del C. S. T., en armonía con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el artículo 11 del Decreto 1611 de 1962.

"Demostración. Dispone el artículo 195 mencionado, que para los efectos de este estatuto sustantivo laboral, el capital de la empresa que se debe tener en cuenta es el de su declaración de renta por el año inmediatamente anterior.

"De otro lado, son presupuestos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación especial por despido injusto, al tenor de los prenombrados artículos 8º y 11 los siguientes: Tener 50 años de edad, en tratándose de mujeres, más de 15 años de servicios a la empresa y ser despedida la trabajadorà injustamente. Nace el derecho cuando se satisfacen estos requisitos. En el caso concreto el despido de la actora se produjo en 1970, cuando ya tenía la edad pensionable y también 50 años de edad.

"Luego resulta injurídico hacer una excepción en el presente caso a la regla general del artículo 195 y considerar, en contra de lo dispuesto expresamente por esta norma, que al año en que se debe tomar el patrimonio gravable de la empresa para determinar si está obligada o no a asumir o soportar la carga de la pensión de jubilación-sanción no sea el inmediatamente anterior de 1969 como lo pregona nítidamente el precepto en cuestión, sino otro diferente, o sea el mismo del año en que se configuró el derecho pensional.

"Por lo tanto, el entendimiento equivocado del Tribunal sobre el contenido y alcance jurídico del artículo 195 referido en armonía con los mentados 8º y 11 respecto del punto que se examina lo llevó a escoger equivocadamente el año de 1970 en que la empresa demandada sí tenía un patrimonio gravable de $ 800.000.00, en vez del año de 1969 en que no alcanzaba esta cifra, contrariándose por yerro de hermenéutica el sentido claro y genuino del artículo 195.

"Y del recto entendimiento señalado se habría seguido una solución para mi mandante en razón de la pensión-sanción que se comenta".

Se considera.

En la sentencia acusada se dice que la declaración de renta que debe tomarse para saber el capital de la empresa, es la del año en que nació el derecho. Esa afirmación se apoya en un párrafo de una sentencia de la Corte en que se distingue entre el capital de la empresa para los derechos que se determinan por la terminación del contrato y los que como la jubilación, se causan por otras circunstancias.

En realidad, el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo señala como capital de la empresa en determinada época, el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior. Por lo tanto, para saber si una empresa no tiene capital suficiente para

hacerla responsable de una obligación laboral, ha de averiguarse el capital de ella en el momento del nacimiento del derecho, para lo cual se ha de tener como tal, el valor del patrimonio gravable del año inmediatamente anterior.

Pero el sentenciador no interpretó erróneamente la norma citada, porque no hizo examen de ella, ni se apoyó en su contenido, ni siquiera la citó, sino que guiándose por un párrafo de una sentencia de la Corte que el ad quem *entendió mal, aplicó una regla distinta a la contenida en el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo. No hubo interpretación errónea, sino posiblemente ignorancia de la norma o indebida aplicación de ella. No se dice en el párrafo de la sentencia que transcribe el fallo recurrido, que deba tomarse en cuenta la declaración del año en que nace el derecho, sino que es el capital del año en que nace el derecho, el que determina la obligación del patrono, lo cual se establece por medio del patrimonio gravable del año anterior.*

El ad quem *hace otras consideraciones sobre el momento en que se adquiere el derecho a jubilación y sobre la manera como terminó el contrato de trabajo que no pueden aplicarse al caso, pues como el mismo sentenciador lo dice, harían más gravosa la situación del único apelante, por lo cual termina confirmando simplemente el fallo del* a quo.

El artículo 1º del Decreto 2218 de 1966, dice:

"Para efectos de la Ley 171 de 1961, se entiende que una pensión de jubilación se ha causado cuando se reúnen los siguientes requisitos:.

"a) Tiempo de servicio exigido por las normas legales, convencionales, reglamentarias o voluntarias, y

"b) Edad señalada por las normas legales, convencionales, reglamentarias o voluntarias.

"2. Sin embargo, decretada la pensión, el beneficiario deberá acreditar la separación del servicio para poder disfrutar de la prestación.

"3. Para los efectos de esa misma ley, se entiende que una pensión de invalidez se ha causado desde la fecha en que se adquirió el derecho a ella".

De tal manera que es equivocado decir que el derecho a la pensión restringida nace con el solo cumplimiento del tiempo servido, mayor de diez o de quince años, y el despido o retiro del trabajador, porque según la norma citada, es necesario que se cumpla el requisito de la edad, como claramente lo dice también la sentencia citada en el fallo recurrido. Esta norma no es para las pensiones plenas, que tienen la suya, sino precisamente para las pensiones reducidas de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Por lo que hace a la terminación por despido, de que habla el sentenciador, tal punto no puede tenerse como fundamento del fallo acusado, ya que el mismo fallador indica que no puede modificar por tal motivo lo resuelto por el inferior, ya que el recurso se entiende interpuesto solamente en lo desfavorable. Además, la parte demandada no admitió que la trabajadora hubiese sido despedida y sostuvo aun en el alegato oral ante el Tribunal, que el contrato había terminado por mutuo consentimiento. Luego, las consideraciones del ad quem *sobre despido no pueden ser fundamento del fallo acusado, ya que habiendo determinado el* a quo *que el contrato había terminado por mutuo acuerdo como lo sostenía la parte demandada, y no habiendo apelado de la decisión el demandante, esa situación no puede modificarse.*

En tales condiciones, aunque se hubiese operado la interpretación errónea acusada, no podría casarse la sentencia, porque ese error no incidiría en lo resuelto, ya que al tener que aceptar que el contrato terminó por mutuo acuerdo, el año en que se adquirió el derecho fue el de 1973, sin que el patrono hubiese demostrado que para tal año tenía un capital menor de $ 800.000.00 lo que hace que según el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, haya de presumirse que tenía el capital necesario para pagar la prestación impugnada.

Como tales bases que habrían de mantenerse, son las que dan fundamento al fallo de primer grado, la providencia habría de confirmarse aunque se admitiera la acusación formulada, por lo cual no ha de casarse la sentencia recurrida.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de nueve de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio seguido por Magdalena Godoy Pinto contra Fábrica de Camisas Ancla Meer Exelbirt, Limitada.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INTERPRETACION DE LA SENTENCIA

La sentencia no es solo su parte resolutiva sino que ella forma un todo con la motiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero cuatro de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 3. Radicación número 4514.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar).

Claudio Romero C., mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 3687414, expedida en Barranquilla, en donde reside, demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad comercial Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, representada por el señor Alvaro Bonilla C., o por la persona que al momento del traslado represente a la empresa, para que una vez cumplido el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, fuera condenada a pagarle lo que resulte a deberle por concepto de auxilio de cesantía, reajuste de vacaciones y vacaciones proporcionales, reajuste de prima de servicio, salarios o comisiones devengadas y, además, derechos que resulten en la secuela del juicio, como también al pago de los salarios caídos hasta cuando se le liquide el auxilio de cesantía y salarios dejados de pagar.

El apoderado de Claudio Romero afirmó como hechos:

"1º Mi poderdante comenzó a trabajar en la empresa desde marzo 9 de 1954, hasta diciembre 14 de 1970, fecha ésta en que fue despedido, o sea durante casi 17 años, y desde entonces la empresa ha cambiado varias veces de razón social, llamándose José V. Mogollón & Cía., Ignacio Segovia & Cía., Limitada, Papelequipo, Limitada, Mogollón & Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón".

"2º Desempeñó varios trabajos y durante los últimos años cumplió funciones de agente vendedor de equipos de oficina con sueldo variable, porque se le remuneraba a base de comisión, porcentaje sobre las ventas efectuadas, porcentaje que era modificado unilateral y caprichosamente por la empresa, violando con tal proceder el contrato de trabajo celebrado entre las partes en que se había fijado una comisión determinada".

"3º El gerente de la empresa, por estar abocada ésta a la quiebra debido a la negligencia en su manejo por sus directores, buscando pretextos infundados para despedir a mi poderdante y no pagarle la indemnización que señala la ley, comenzó por sancionarlo por supuestas faltas cometidas para configurar la justa causa de despido, sin cumplir el procedimiento que indica la ley, no teniendo validez dichas sanciones, lo despidió en carta fechada el 14 de diciembre de 1970".

"4º Cuando la empresa se dio cuenta, al dar por terminado el contrato de su falta, pues no existía la causa justa, quiso repararla o mejor dicho, corregirla, lo que fue rechazado por mi poderdante, pues ya estaba despedido".

"5º La empresa hasta este momento no le ha hecho la liquidación de sus prestaciones ni pagado algunas comisiones causadas, habiéndole solo presentado una liquidación informal mucho tiempo después, mes y medio, de su despido en la que no se computan todas las comisiones devengadas y por ende equivocada, con el fin premeditado de hacerle aparecer como deudor de la empresa, siendo que sí es deudora de él".

"6º A mi poderdante se le adeudan las vacaciones proporcionales de marzo a diciembre de 1970".

"7º A mi poderdante no se le ha pagado la indemnización a que tiene derecho correspondiente a los 17 años de servicios, por haber sido despedido sin justa causa".

"8º La empresa le adeuda comisiones de ventas verificadas por mi poderdante las que no se han computado para establecer el promedio de su sueldo durante el último año de servicios para

que sirva de base para liquidarle sus prestaciones. En atención a los hechos que anteceden, pido se condene a la empresa'':

''a) A pagar el auxilio de cesantía a que tiene derecho mi poderdante, previa una liquidación correcta'';

''b) A pagar las vacáciones que se le adeudan'';

''c) A pagar la indemnización de 17 años por haber sido despedido sin justa causa'';

''d) A pagar la diferencia de la última prima de servicio, pues fue liquidada sin tener en cuenta las comisiones causadas y no pagadas al momento del despido'';

''e) A pagar las comisiones causadas que se le adeudan, en atención a que dejó de existir con el despido el vínculo contractual entre las partes'';

''f) A pagar los salarios caídos hasta el momento que se verifiquen el pago de su cesantía y salarios que se le adeudan, todo lo cual suma más o menos la cantidad de $ 75.000.00''.

En derecho fundamentó el libelo en las ''normas pertinentes del C. S. T. y del C. P. L., Decreto legislativo número 2351 de 1965 y demás disposiciones legales''.

Admitida la demanda, el auto admisorio de la misma le fue notificado al señor Darío Berbessí en su condición de representante legal ''de la firma Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón'', y dicho representante confirió un poder como ''gerente de la Sucursal de Distribuidora Mogollón en Barranquilla'', para que el apoderado contestara la demanda propuesta por Claudio Romero C. contra la empresa que representaba.

El representante judicial de Distribuidora Mogollón contestó la demanda negando los hechos tercero, quinto, sexto y octavo; manifestó que no le constaban ni el segundo ni el cuarto, dijo igual cosa en cuanto al primero, pero indicó ''solo sé que se llama Distribuidora Mogollón''. Respecto al hecho séptimo, se atuvo a lo que se probara en el juicio.

Como excepciones perentorias propuso la de prescripción, pago, inexistencia de la obligación, ilegitimación de la causa y la genérica y como dilatoria invocó la de pleito pendiente referente a salarios..., vacaciones, primas y comisiones que ''el demandante está reclamando en juicio que cursa en el Juzgado Segundo Laboral de esta ciudad''.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla que conoció del juicio, decidió en la primera audiencia de trámite la excepción dilatoria de pleito pendiente, declarándola no probada, por considerar de la comparación que hizo de la demanda con el certificado expedido por el Juez Segundo Laboral del Circuito que se trataba de ''dos peticiones completamente diferentes'' las hechas en cada uno de los Juzgados.

Se puso fin al juicio en primera instancia, mediante sentencia de 30 de septiembre de 1972, según la cual el Juzgado resolvió:

''1º *Condenar,* como en efecto se condena, a la empresa Mogollón & Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, representada por su gerente, señor Darío Berbessí A., y en este juicio por el doctor Diego J. Bustillo, a pagar al señor Claudio Romero, representado en este juicio, por el doctor Hernán Maury Castro la suma de ciento seis mil ciento ochenta pesos con setenta y ocho centavos ($ 106.180.78) moneda corriente, así:

Cesantía	$ 42.354.89
Vacaciones	3.043.20
Ruptura unilateral del contrato de trabajo	52.495.20
Primas de servicio (diferencia) ..	652.89
Comisiones causadas.....	7.634.60
	$ 106.180.78

''2º *Declarar como en efecto se declaran como no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, legitimidad en causa,* propuestas por el apoderado de la demandada''.

''3º *Declarar, como en efecto se declara, probada en parte la excepción de pago,* propuesta por el apoderado de la demandada''.

''4º *Absolver,* como en efecto se absuelve a la demandada de los demás cargos de la demanda''.

''5º *Costas a cargo de la parte vencida del juicio*''.

Los apoderados de las partes apelaron de la anterior providencia y el recurso les fue concedido por el Juzgado.

Llegado el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el Presidente de Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, confirió poder al doctor Hernando Mendoza Dávila para que representara a la sociedad en el ordinario laboral de la referencia, o sea en el ''de Claudio Romero contra Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón'' y dicho apoderado, después de que se tramitaron varios incidentes de impedimento pidió en la audiencia de trámite de la segunda instancia la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda por no haberse notificado tal providencia a Mogollón & Cía., S. A., generándose en

esta forma, "la llamada nulidad constitucional". Al escrito mencionado acompañó el peticionario una fotocopia autenticada de la constitución de la sociedad y de sus reformas, lo mismo que una certificación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, según la cual "Mogollón y Cía., S. A.", aparece matriculada en el registro mercantil, que allí se lleva, con fecha veinticuatro (24) (sic) de mil novecientos setenta y dos (1972)". Acompañó un escrito que contiene la síntesis de su solicitud y que obra de folios 9 a 12 del cuaderno número 2.

Por su parte el apoderado de Claudio Romero C., critica la sentencia de primera instancia y pone de presente la equivocación en que aquélla incurrió cuando liquidó el auxilio de cesantía y las vacaciones de su poderdante, para pedir, en consecuencia, que de la primera prestación se dedujeron a favor de la empresa demandada la suma de $ 29.196.66, y que no se condenara a dos años de vacaciones, pues solo se pidió una condena por nueve meses que da una suma por este concepto de $ 1.824.79. En cambio, solicitó que el fallo fuera modificado en lo que se refiere a indemnización moratoria y que la demandada fuera condenada a su pago, desde el día del despido, hasta que se pagara a Romero el valor de su auxilio de cesantía y los salarios que se le adeudaban.

El Tribunal Superior no reconoció previamente la personería del apoderado constituido por Mogollón y Cía., S. A., ni resolvió lo referente a la nulidad propuesta, sino que puso fin a la segunda instancia mediante fallo de 13 de febrero de 1973, en el que accedió a modificar las condenas por cesantía y vacaciones en favor de la parte demandada, tal como lo solicitara el apoderado del demandante; revocó la condena por salarios insolutos y modificó la sentencia del *a quo,* condenando a Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón a pagar al demandante indemnización moratoria. En la misma sentencia decidió sobre la nulidad propuesta, expresando que no se configuraba.

La parte resolutiva del fallo de segundo grado, es como sigue:

"*Modifícase* el fallo apelado, el cual quedará así:

"1º *Condénase* a la demandada, Mogollón & Cía., o Distribuidora Mogollón, a pagar al demandante, señor Claudio Romero C., la suma de sesenta y ocho mil ciento treinta y un pesos con once centavos ($ 68.131.11) moneda legal, por los siguientes conceptos:

"Por cesantía	$ 13.158.23
Por primas	652.89
Por vacaciones	1.824.79
Ruptura sin justa causa	52.495.20
Total $	68.131.11"

"2º *Condénase,* así mismo, a la demandada a pagarle al demandante la suma de $ 101.04 diarios, a partir del 14 de enero de 1971 hasta cuando se verifique el pago a que se contrae esta sentencia".

"3º *Absuélvase* a la demandada de los demás cargos".

El apoderado constituido en la segunda instancia por Mogollón y Cía., S. A., y el que había actuado en la primera, en nombre de Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, interpusieron recurso de casación contra el proveído del Tribunal Superior y éste lo concedió, habiendo sido admitido posteriormente por la Corte.

El recurso.

Iniciado el trámite del recurso, el presidente de Mogollón y Cía., S. A., refiriéndose al juicio seguido por Claudio Romero contra "Distribuidora Mogollón o Mogollón y Cía., S. A.", confirió un poder para que el designado en él, representara a la sociedad, particularmente en lo relacionado con el recurso de casación que aquélla había interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por "la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla".

Aspira el representante judicial de Mogollón y Cía., S. A., a obtener la casación total del fallo recurrido, para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, revoque el proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla y en su lugar decida abstenerse de fallar el proceso por falta del presupuesto procesal "capacidad para ser parte" en la demandada, o declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha abril 16 de 1971 (folio 37, cuaderno principal).

En subsidio pide que, al revocar el fallo de primera instancia, se absuelva a la sociedad demandada de los cargos de la demanda.

Se presentó escrito de oposición.

El recurrente formula a continuación dos cargos, ambos por la vía indirecta, que se estudiarán en el orden en que fueron presentados.

Primer cargo.

Lo enuncia así el impugnador:

"Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el artículo 60 del

Decreto extraordinario 528 de 1964 por la indebida aplicación de los artículos 22, 23, 51, 61, 64, 65, 127, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1º, 2º, 6º, 8º, 10, 14 y 15 del Decreto extraordinario número 2351 de 1965 y del artículo 36, del C. de Procedimiento Laboral, en armonía con el artículo 2º del Decreto extraordinario 2351 de 1965, a consecuencia de errores evidentes de hecho en la estimación del poder que obra a folio 38, cuaderno principal; del certificado expedido por el Secretario del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, que obra a folio 39, del mismo cuaderno; de la confesión judicial contenida en la demanda, que obra de folio 30 al folio 32 de dicho cuaderno, de las cartas de folios 3, 4, 9, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 70 del cuaderno principal; 68 a 70 del mismo cuaderno; de la inspección judicial de folios 71 y 72 del mismo cuaderno; del poder que obra a folio 38, cuaderno 1º; de la contestación de la demanda (folio 40, cuaderno principal) y de la confesión contenida en ella, y por la falta de apreciación del certificado de la Cámara de Comercio y del poder y escrito que obran a folios 2, 13, 14, 9 y siguientes del cuaderno de actuación del Tribunal, así como del poder otorgado por Romero, a folio 1, cuaderno 1º".

En la sustentación del ataque, el recurrente, después de transcribir parte de la sentencia del *ad quem*, manifiesta que el error ostensible en que éste incurrió "consisten en confundir una sociedad anónima fundada en mayo de 1969 y que, por tanto, solo comenzó a existir en dicho mes y año, como es Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, con una entidad distinta como es Distribuidora Mogollón, existente ya en 1954, año en que según dice el Tribunal en el fallo acusado, a folio 27 del C. de su actuación, comenzó a trabajar el demandante con la sociedad demandada".

También dice que el sentenciador incurrió en error al afirmar que una sociedad anónima y una que no lo es, pueden ser, y en el caso de autos son una misma cosa, pues es física y jurídicamente imposible que Distribuidora Mogollón, existente ya en 1954 y Mogollón y Cía., S. A., de Cartagena, fundada en 1969, sean una misma persona jurídica.

En el caso de autos, continúa diciendo el recurrente, la demanda afirma transformaciones sucesivas de la persona jurídica Distribuidora Mogollón, pero no se alega sustitución de patronos, ni el debate se encaminó por este aspecto, sino que se sostiene que la persona jurídica Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, cuyo domicilio principal se fija en Barranquilla, es la misma que contrató los servicios del actor en 1954 y "que ha cambiado de nombre y de tipo varias veces", como que unas es colectiva, otras limitada y otras anónima. Sin embargo, agrega, no se dice que Distribuidora Mogollón, con domicilio en Barranquilla, sea la misma Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena y el Tribunal cuando desechó la nulidad propuesta por esta última, afirma que "es la misma persona jurídica demandada bajo la denominación de Mogollón & Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, con domicilio en Barranquilla, empresa con la cual el demandante comenzó a trabajar, según la demanda y el fallo acusado, en el año de 1954".

Más brilla el ojo, continúa, que si Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, se constituyó en mayo de 1969 y Distribuidora Mogollón existía en 1954 y, como lo confiesa la demanda, tuvo varias razones sociales como José V. Mogollón y Cía. (colectiva); Ignacio Segovia & Cía., Limitada; Papelequipo, Limitada; Mogollón & Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, sea persona jurídica existente desde 1954 y con domicilio en Barranquilla y transformada, como se ha dicho, no puede ser la misma Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena y existente solo desde mayo de 1969.

Lo anterior es de una evidencia tal, afirma el impugnador, que se llega a la conclusión de que Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, no es la demandada en este proceso, sino otra Mogollón & Cía, S. A., llamada también Distribuidora Mogollón, con domicilio en Barranquilla.

Afirmar, pues, que Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, es la misma demandada, Distribuidora Mogollón, existente desde 1954, es contraria la evidencia, que surge: 1º De la transcrita confesión contenida en la demanda. 2º De la carta de fecha julio 1º de 1962 (folios 3 y 4, cuaderno principal), que es un documento auténtico. 3º De la diligencia de inspección ocular de folio 71 del mismo cuaderno, en la que se lee: "...el apoderado de la demanda (sic) pone a disposición del Juzgado la liquidación del demandante donde se establece como fecha de entra (sic) el día 9 de marzo de 1954 y de retiro el 13 de diciembre de 1970, siendo el total del servicio diez y seis años, nueve (9) meses, cinco días..." 4º Del certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena, de fecha 1º de septiembre de 1972 (folios 13 y 14, C. del Tribunal), que no fue apreciado, y 5º De las cartas de folios 3, 4, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del cuaderno principal, y 68 a 70 del mismo cuaderno y del certificado de folio 8 "que son do-

cumentos auténticos y dicen a gritos cómo las relaciones laborales se iniciaron entre el actor y J. V. Mogollón & Cía., de Barranquilla, Limitada, en 1962 y continuaron, hasta su terminación, entre Distribuidora Mogollón y el demandante, muchos, pero muchos años antes de que la persona jurídica Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, se constituyera, esto es, tuviera existencia jurídica, por lo cual no pueden ser una misma esa sociedad y aquella empresa".

Manifiesta a continuación que a folios 25, 26 y 70 obran documentos auténticos, de los cuales surge la siguiente evidencia: "El señor Darío Berbessí, diciéndose 'gerente - encargado' de Mogollón y Cía., S. A., de Barranquilla, ratifica la extinción del contrato de trabajo del actor por abandono del cargo, el 14 de diciembre de 1970 (folio 25) y a folios 26 y 70, el demandante contesta esa carta a Mogollón y Cía., S. A., Barranquilla".

Expresa en seguida que es de toda evidencia que en esa actuación "no aparece Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, como no aparece en los documentos de folios 12, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 a 24, cuaderno 1º".

Repite que es cosa de bulto que en la demanda, ni en parte alguna del proceso, se ha alegado ni probado, sustitución de patronos, sino que ha aseverado identidad de persona jurídica entre Distribuidora Mogollón y Mogollón & Cía., S. A., de Barranquilla; de lo cual concluye el Tribunal en el fallo acusado, "que Distribuidora Mogollón de Barranquilla y Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, son una misma persona jurídica, conclusión que va contra la evidencia y demanda anteriormente determinada".

Más aún, el *ad quem*, al negar la nulidad propuesta por Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, reitera que ésta es la misma Distribuidora Mogollón, por la cual fue bien notificada en el proceso.

Vuelve a transcribir el fallo en esta parte y manifiesta que el poder que obra a folio 38, cuaderno 1º, fue otorgado por el señor Darío Berbessí como gerente de Distribuidora Mogollón, siendo entonces contrario a la evidencia que surge de este documento auténtico, afirma como lo hace el sentenciador, que tal poder fue conferido al doctor Diego Bustillo, por el nombrado Berbessí, en representación de Mogollón y Cía. S. A.

En otra parte de la acusación, expresa el recurrente que "es igualmente evidente, evidencia que desconoce el Tribunal en la parte transcrita del fallo acusado, al afirmar lo contrario, que el doctor Bustillo contestó la demanda actuando como apoderado de Distribuidora Mogollón, entidad con domicilio en esta ciudad (Barranquilla), en la calle 47 número 43-84", y en manera alguna en representación de Mogollón y Cía., S. A. (folio 42, mismo cuaderno).

Se refiere también el recurrente a que en la excepción de pleito pendiente, propuesta en la contestación de la demanda y sustentada con base en el documento auténtico de folio 39 (cuaderno número 1), no se nombra para nada a Mogollón y Cía., S. A., y, por tanto, no puede aseverarse que ésta y Distribuidora Mogollón son una misma, constituyendo entonces al afirmar tal identidad, un evidente error de hecho en la apreciación del certificado y de la contestación de la demanda y de la confesión judicial contenida en ella.

Afirma el impugnador que tan evidente es el hecho de que las personas jurídicas demandadas son diferentes, que en el curso de la segunda instancia, el *ad quem* aceptó un apoderado por Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena a tiempo que como apoderado de Distribuidora Mogollón continuaba el doctor Bustillo; que ambos interpusieron el recurso de casación y a los dos les fue concedido.

El impugnador manifiesta luego, que en resumen: "erró contra evidencia el sentenciador de segunda instancia cuando en el fallo recurrido afirma la identidad entre Mogollón & Cía., S. A., y Distribuidora Mogollón, entidad cuya razón social no indica tratarse de una sociedad legalmente constituida y de la cual se afirma ser la misma persona jurídica que Mogollón & Cía., de Barranquilla, Limitada; Ignacio Segovia & Cía., Limitada, y Papelequipo, Limitada, en la confesión contenida en el hecho 1º de la demanda, sin que esa identidad aparezca demostrada. Y erró contra la evidencia al hacer esa afirmación, porque va contra lo que ostensiblemente surge de los documentos auténticos que obran a folios 3, 4, 9, 12 a 24, inclusive, 68 a 70 y 78 del cuaderno principal, y de la inspección judicial de folios 71 y 72, mismo cuaderno: de la confesión del demandado, contenida en la contestación de la demanda y de los documentos auténticos de folios 38 (poder de Distribuidora Mogollón al doctor Bustillo) y 39 (certificado del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla), porque en ellos no aparece la identidad que el Tribunal afirma entre Distribuidora Mogollón y Mogollón & Cía., S. A., sobre todo ante la ostensible afirmación del certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena, que dice cómo Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en dicha ciudad, se constituyó en 1969, sin que en el certificado se diga que hubiera transformación o absorción o fusión de esa sociedad con una sociedad anteriormente existente, por lo cual brilla el ojo que tal socie-

dad Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, nacida jurídicamente en 1969, jamás puede ser la misma Distribuidora Mogollón, entidad cuya existencia se hace remontar a 1954''.

''Es también evidente y cosa que no se discute, que en la demanda no se afirmó que se tratara de una sustitución de patronos sino de sucesivas transformaciones de una misma persona jurídica que, se confiesa en la demanda, ya existía en 1954 (hecho 1º del libelo)''.

''Y es igualmente evidente que las cartas de folios 25 y 26 de Daniel Berbessí al actor y de éste a aquél, estén la primera escrita en membrete de Mogollón & Cía., S. A., *Barranquilla,* y dirigida, la segunda, a Darío Berbessí, gerente encargado de Mogollón & Cía., S. A., ciudad, esto es, Barranquilla, lugar en que se escribe la citada carta. No aparece de allí que se trate de Mogollón & Cía., S. A., con domicilio principal en Cartagena, ni tampoco que el demandante estuviere trabajando desde 1954 con la supuesta Mogollón, S. A., de Barranquilla. Ni de la inspección judicial, a folios 71 y 72 del C. 1º, aparece en forma alguna que la relación laboral que de allí se habla y que se hace remontar a 1954, hubiera sido entre Claudio Romero C. y Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, por lo cual, decir otra cosa, es contrariar la evidencia de esos documentos''.

''Pero lo que es más, tampoco aparece de dicha inspección judicial, que tal relación se hubiera trabado desde 1954 con esa supuesta Mogollón & Cía., S. A., de Barranquilla, y en cuanto al documento de la Inspección del Trabajo de Barranquilla (folio 20, C. 1º), allí aparece claramente como citada, en calidad de empleadora, Distribuidora Mogollón y no, Mogollón & Cía., S. A.''.

''Finalmente, debe tenerse en cuenta lo siguiente: en la segunda instancia, Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, pidió la declaración de nulidad del proceso, alegando que no aparece que se le hubiera notificado el auto admisorio de la demanda, pues Darío Barbessí obró ostensiblemente como gerente de la Distribuidora Mogollón, al dar el poder que obra a folio 38, C. 1º. Al nombrado Berbessí se notificó el auto de folio 33, mismo cuaderno, según el cual '. . .se admite esta demanda de mayor cuantía que intenta, por conducto de apoderado, el señor Claudio Romero C., mayor de edad, de este vecindario, contra Mogollón & Compañía o Distribuidora Mogollón, representada por el señor Alvaro Bonilla, mayor de edad, de este vecindario, o por la persona que haga sus veces. . .'. En esa providencia no se admite la demanda contra Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, sino como Mogollón & Cía., o Distribuidora Mogollón, lo que es ostensiblemente diferente, como evidente es que de los documentos analizados no surge la identidad de Mogollón & Cía., S. A., de Barranquilla y Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, ni la prueba de que ésta sea la principal de ella o de Distribuidora Mogollón''.

Dice también el recurrente que ''es preciso recordar que el domicilio, como elemento de la personalidad, natural o jurídica, es esencial, pues sirve para completar los caracteres distintivos que permiten identificar a esa persona. Y tratándose de sociedades, brilla el ojo que no es lo mismo decir Mogollón & Cía. (que indica una colectiva), que Mogollón & Cía., S. A., que denota una anónima''.

''Grave yerro es olvidarlo, como lo hizo el Tribunal, porque ese camino conduciría a las mayores arbitrariedades, como que con el fallo recurrido se pudiera mañana ejecutar a Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, sin que sea posible proponer excepciones distintas del pago, conforme lo dice el artículo 107 del C. Procesal del Trabajo''.

En este caso, agrega: ''Lo que se ha pretendido es, precisamente, provocar una confusión de personas jurídicas diferentes, para ejecutar sorpresivamente a la que no fue demandada ni fue notificada de la demanda''.

Manifiesta que cuando Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, se enteró de todo lo anterior, ya se había proferido sentencia de primera instancia, por lo cual fue en la segunda donde propuso el incidente de nulidad que el sentenciador decidió en el fallo acusado, afirmando ser una misma Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, que Distribuidora Mogollón o Mogollón & Cía., S. A., de Barranquilla, lo cual es contraevidente, como se ha demostrado.

En esta primera parte, el cargo termina así: ''Alegada en la respuesta de la demanda la excepción de *eligitimidad en la causa* y propuesta la nulidad de la actuación por Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena en la segunda instancia, por no ser el señor Darío Berbessí su representante legal, era preciso exigir del actor la prueba de que sí lo era''. ''Yerra, pues, contra la evidencia de la contestación de la demanda, al afirmar, como lo hace el Tribunal, que no se propuso la excepción de ilegalidad de la personería, que el Juzgado declaró no probada en el fallo de primera instancia. De allí que la aplicación del artículo 36 del C. Procesal Laboral, que hizo el sentenciador de segunda instancia, sea indebida, como secuela de los errores evidentes de hecho que se dejan demostrados''.

En una segunda parte del ataque, el recurrente explica por qué fueron aplicados indebidamente los artículos 22, 23, 127, 249, 186, 189, 306, 51, 61, 64 y 65 del C. S. del T. y los artículos 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 14 y 15 del Decreto extraordinario 2351 de 1965 y dice que ello tuvo por causa los mismos errores evidentes de hecho mencionados.

El opositor, por su parte, al referirse a este cargo, manifiesta que en ninguna parte dice el Tribunal que una sociedad que nace en 1969 es la misma que ya existía en 1954 y que tampoco aparece en ninguna parte de la sentencia que se haya afirmado "que una sociedad anónima y una que no lo es, son una misma cosa".

El apoderado de Romero manifiesta que lo expresado por el Tribunal fue muy diferente y para ello transcribe lo que aquél dijo para resolver sobre la nulidad propuesta. Termina solicitando que el cargo se rechace.

Se considera.

El recurrente, antes de entrar a explicar cómo las normas sustanciales de derecho, que en su concepto fueron violadas por el Tribunal, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho que para él son evidentes, hizo un resumen de ellos. La Sala aprovecha tal resumen para estudiar un cargo tan extenso como el formulado por el atacante.

Para el impugnador, existió indebida aplicación del artículo 36 del C. de P. L., porque no obstante haber propuesto la excepción de ilegitimidad de la personería, que el *a quo* declaró no probada en la sentencia de primera instancia, el Tribunal afirmó que no había sido propuesta. Como prueba de su aseveración indica la contestación de la demanda.

El hecho afirmado por el impugnador no es cierto.

El escrito de contestación de la demanda inicial del juicio corresponde al folio 40 del cuaderno número uno y en materia de excepciones dice:

"*Excepciones.* Propongo desde ahora las perentorias de prescripción, pago, inexistencia de la obligación de ilegitimación en la causa y cualesquiera otras perentorias que resulten probadas en el juicio. La dilatoria de pleito pendiente sobre lo referente a salarios, vacaciones, primas y comisiones que el demandante está reclamando en juicio que cursa en el Juzgado Segundo Laboral de esta ciudad".

Tampoco es verdad, como lo afirma el censor, que en la sentencia de primera instancia, la excepción de ilegitimidad de la personería se declarase no probada.

En el fallo citado se declararon no probadas las perentorias de prescripción, inexistencia de la obligación e ilegitimidad en causa.

La última de estas excepciones no se relaciona ni con la existencia de la persona jurídica ni atañe al hecho de quién es su representante.

No existió, pues, este error que imputa el recurrente al Tribunal, pues no se propuso la excepción de ilegitimidad de personería de la parte demandada, ni se discutió sobre su existencia.

El recurrente pretende que según el juicio, existían tres personas jurídicas distintas: Distribuidora Mogollón; Mogollón y Cía., S. A., de Barranquilla y Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena. Sin embargo, en su extenso escrito, a veces insinúa que la primera no era una sociedad regular.

No obstante lo dicho por el impugnador la Corte debe atenerse al libelo con que se inició el juicio que designa a una sola persona como demandada: Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón.

Sin embargo, se dice: Como en la demanda se indica que el domicilio de Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón era la ciudad de Barranquilla, entonces la demandada era distinta a la que con la primera razón social tenía su domicilio en Cartagena. El hecho no se probó por cuanto el certificado de la Cámara de Comercio de esta última ciudad llevado en la segunda instancia, no se decretó como prueba por el Tribunal.

También el recurrente dice que Mogollón y Cía., S. A., de Cartagena, solo se enteró del pleito luego de proferirse el fallo de primera instancia.

En el proceso aparece que Mogollón de Cartagena, en caso de tener allí su domicilio, conocía lo que estaba sucediendo con Claudio Romero en Barranquilla. En carta de folio 25, cuando la sociedad despide a Romero, su gerente encargado da cuenta de este hecho a la "Oficina del Trabajo", al "doctor Diego Bustillo" y a "*Mogollón Cartagena*" (subraya la Sala).

Posteriormente cuando "Diego J. Bustillo" fue designado apoderado de "Distribuidora Mogollón", tal designación es comunicada en copia por el gerente Berbessí a "Distribuidora Mogollón - Cartagena", al "doctor Diego J. Bustillo" y llevada al "archivo" (folio 38).

Expresa el impugnante que el Tribunal cometió grave error al olvidar que no es lo mismo para identificar a una persona jurídica decir como en este caso Mogollón y Cía., que indica una co-

lectiva que Mogollón y Cía., S. A., que denota una anónima.

Es verdad que en la parte resolutiva de la sentencia se refiere el Tribunal a "Mogollón y Cía. o Distribuidora Mogollón", pero de esto no se infiere que haya identificado mal a la parte demandada.

La sentencia no es solo su parte resolutiva sino que ella forma un todo con la motiva y así lo ha dicho esta Sala. En estas circunstancias el error anotado por el recurrente no existió porque así comienza el fallo:

"En Barranquilla, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos setenta y tres, siendo el día y hora fijados, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, integrada por los Magistrados doctores Juan Luis Mendoza, Arturo Vargas Ripoll y el Conjuez, doctor Jesús Guillermo Rincón, asistidos del Secretario de la corporación, a fin de llevar a cabo la audiencia en el juicio promovido por Claudio Romero C. contra la empresa Mogollón & Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón, llegado a esta superioridad en apelación de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito".

Anota el recurrente que en el juicio Darío Berbessí obró ostensiblemente como gerente de Distribuidora Mogollón al dar el poder que obra al folio 38, cuaderno 1º, y no aparece que se le hubiera notificado el auto admisorio de la demanda a Mogollón y Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, por lo que en la segunda instancia se propuso por ésta la declaratoria de nulidad de lo actuado.

Se repite que en la segunda instancia no se decretó como prueba el documento que contiene el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena sobre existencia y representación de Mogollón y Cía., S. A., pero, en cambio, al señor Darío Berbessí, sí se le notificó como representante de aquélla o de Distribuidora Mogollón y no dejó constancia ninguna respecto a tal acto (folio 37 vuelto). Que no hubiera dado poder en nombre de Mogollón & Cía., S. A., no tiene ninguna incidencia, pues precisamente el actor afirmó que la persona demandada se distinguía con cualquiera de los dos nombres. Insiste el recurrente en que no aparece de la inspección judicial que la relación entre Romero y la supuesta Mogollón y Cía., S. A., de Barranquilla, se hubiera trabado desde 1954.

La diligencia de inspección ocular sí lo declara y señala que la fecha de empleo es el 9 de marzo del dicho año, la de ruptura del vínculo, el 13 de diciembre de 1970, con un total de 16 años, 9 meses y 5 días. Igualmente se constata que ella que su cesantía arroja la cantidad de $ 25.417.02 a la que se le deduce una liquidación por $ 24.829.85, quedando un saldo a su favor de $ 587.17, pero que existen varias deudas a cargo del actor por la suma de $ 9.542.10.

Para demostrar el recurrente que existía Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Barranquilla y Mogollón & Cía., S. A., domiciliada en Cartagena, acude al membrete de la carta de folio 25 y al texto de la del folio 26.

El domicilio de una sociedad no se demuestra con estos medios. Además, escribir en Barranquilla una carta con el membrete de "Mogollón y Cía., S. A. - Apartado aéreo 69 - Barranquilla - Colombia", no es indicativo de que la ciudad de donde proviene la carta sea el domicilio único de la sociedad, la cual puede tener varios. Igualmente, escribir a esa sociedad a Barranquilla no indica necesariamente que sea dicha ciudad su domicipio principal.

Debe observarse, por otra parte, que los errores supuestos que el recurrente dijo había cometido el Tribunal los fundamenta en parte en los documentos de folios 3, 4, 9, 14, 15 y 16 y ellos no fueron tenidos en cuenta para decidir el litigio por el Tribunal por lo cual no pueden servir de fundamento para demostrar el error.

Los demás documentos se refieren a Distribuidora Mogollón, pero como se ha visto indistintamente la correspondencia era de ésta o para ésta o para Mogollón & Cía., S. A.

Todo lo anterior corrobora el hecho indiscutido de que el señor Berbessí hubiera aceptado ser el representante legal de Mogollón & Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón.

El cargo, además, lo fundamenta el recurrente en la no apreciación de los documentos de folios 2, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del cuaderno del Tribunal y 1 del cuaderno del Juzgado.

Los documentos de folios 2 y 1 del Tribunal y del Juzgado, respectivamente, son memoriales poderes que tuvo en cuenta cada uno de los jueces para permitir que intervinieran los apoderados respectivos.

En cuanto a los de 9 a 14 de la actuación del Tribunal, solo tiene el carácter de prueba, el de folios 13 y 14, pero él no fue decretado como tal, ni de oficio, ni a solicitud de parte y en ninguna forma lo tuvo en cuenta el *ad quem*, el cual decidió sobre la nulidad pedida teniendo en cuenta que se había notificado el auto admisorio de la demanda a quien dijo ser el representante legal de la entidad demandada, todo de conformidad con el artículo 36 del C. P. del T.

El examen de las dos instancias en este juicio, pone de presente, eso sí, una serie de errores pro-

cesales de los dos juzgadores, cuya corrección no pidieron las partes oportunamente y que en sede de casación no pueden enmendarse, por no existir en este recurso dentro de lo laboral la causal de nulidad.

Los errores de hecho no fueron demostrados y, por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Lo enuncia así el impugnador:

"Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el artículo 60 del D. E. 528 de 1964, violación, por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 51, 61, 64, 65, 127, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 14 y 15 del D. E. 2351 de 1965, a consecuencia de error de derecho en la estimación de la demanda y de los poderes que obran a folios 1 y 38, cuaderno 1º; de la confesión contenida en la contestación de la demanda (folios 40 y siguientes, mismo cuaderno) y del certificado del folio 20, cuaderno 1º, y por falta de apreciación del certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena, que obra a folios 13 y 14 C. de actuación del Tribunal".

En la sustentación del cargo sostiene el recurrente:

"Como se ha visto de las transcripciones del fallo acusado hechas en el cargo anterior, el Tribunal que falló la segunda instancia de este proceso consideró que en la primera instancia no se había propuesto la excepción de ilegitimidad de la personería ni se había debatido en el proceso sobre este aspecto, relativo a la de la parte demandada, por lo cual, siendo una misma Distribuidora Mogollón y Mogollón & Cía., S. A., debía tenerse a Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, como notificada por medio de Darío Berbessí, sin que el actor debiera probar la existencia de la sociedad demandada y su correcta representación. Ocurre, no obstante, que —como vimos— sí se propuso la excepción de 'ilegitimidad en la causa' (que no es otra que la relativa a la personería procesal del demandado), y en la segunda instancia se alegó la nulidad de la actuación por falta de notificación y de debida representación en el juicio, por parte de Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena".

"El Tribunal, no obstante el rechazo de la excepción en referencia, hecha en el fallo de primera instancia, decidió ignorar ese hecho y dar aplicación al artículo 36 del C. Procesal del Trabajo, en el sentido de que no era preciso al actor probar la existencia y debida representación en el proceso de Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena. Y al hacerlo, cometió el error de derecho de dar por probada la existencia de una sociedad con los documentos y piezas procesales que he determinado anteriormente, pese a que la ley exige la escritura pública, o, a lo menos, el certificado de la Cámara de Comercio que acredite la existencia legal de una sociedad comercial, como es Mogollón & Cía., S. A.".

"De otra parte, desatendió el certificado de dicha Cámara, que obra a folios 13 y 14, C. del Tribunal, del que aparece la plena prueba de la existencia de Mogollón & Cía., S. A., con domicilio en Cartagena, representada por el doctor Pedro Rojas Gutiérrez, como fundada en mayo de 1969, para decidir que se hallaba demostrada la existencia desde 1954, de dicha sociedad, con las relatadas pruebas o documentos auténticos, como una misma persona jurídica que Distribuidora Mogollón".

"Como lo dice el inciso 2º del numeral 1º del artículo 60 del D. E. 528 de 1964, hay lugar a la acusación por error de derecho cuando se da por establecido un hecho (v. gr., la existencia de una sociedad), con un medio probatorio no autorizado por la ley, que es precisamente lo ocurrido en este caso".

"Y como consecuencia de este error, el Tribunal hizo las condenas contenidas en la sentencia recurrida, con lo cual violó las normas sustanciales de derecho laboral determinadas en el enunciado del cargo, al declarar que entre Claudio Romero y Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, existió desde 1954 un contrato de trabajo que terminó en diciembre de 1970, por despido unilateral sin justa causa; que la nombrada sociedad anónima, debidamente representada en este juicio y notificada de la demanda, debe pagar a Romero, por concepto de cesantía, vacaciones, primas, ruptura unilateral del contrato y salarios caídos, las sumas que aparecen en el citado fallo, por aplicación de los preceptos arriba enumerados, no obstante que ellos son inaplicables a Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, por no haber sido demandada, ni notificada, de la demanda, ni representada en el proceso en debida forma, no oída y vencida en juicio (artículo 26, C. N.). Esa aplicación indebida se debe exclusivamente al error de derecho cometido por el sentenciador, conforme se deja demostrado".

"Alegada la excepción de 'ilegitimidad en la causa', al contestarse la demanda y de nulidad en la segunda instancia, lo procedente era que el actor probara, con la prueba legalmente admisible, la existencia de Mogollón & Cía., S. A., de Cartagena, desde 1954 y su identidad jurídica con Distribuidora Mogollón, lo que no hizo en el

proceso. Pero el Tribunal consideró innecesario hacerlo, por un erróneo concepto jurídico formado con base en el artículo 36 del C. S. Laboral (sic), quebrantando de contera los artículos 1º y 2º del D. E. 2351 de 1965''.

El opositor al referirse a este cargo manifiesta que ''no siendo exacto pues que al contestar la demanda se hubiera suscitado controversia sobre la existencia y personería de la demandada tampoco lo es que el Tribunal Superior de Barranquilla haya pasado por alto tal controversia. Y siendo esto así, como procesalmente está comprobado que lo es, no cabe el cargo que le formula el casacionista al fallo de segunda instancia de haber desconocido el certificado de la Cámara de Comercio allegado justamente ante el Tribunal y no al contestar la demanda o en la primera audiencia de trámite, pues lo que ha ocurrido es que el Tribunal, al revisar la sentencia de primera instancia, no podía aceptar que se iniciara la controversia que solo tiene cabida al inciarse el juicio, tal como lo ordena el artículo 36 del Código de Procedimiento Laboral''.

Termina manifestando que no existe el error de derecho alegado y, por tanto, el cargo, como el anterior, debe rechazarse.

Se considera.

En la primera instancia no se propuso, como lo afirma el recurrente, la excepción de ilegitimidad de la personería, ni se debatió el aspecto relativo a la existencia de la sociedad.

La excepción perentoria de ''ilegitimidad en la causa'', que propuso el apoderado del demandado no mira ni a la existencia ni a la representación de una persona jurídica.

Por esto al no plantearse la existencia y la debida representación de la demandada, el Tribunal sí debía, como lo hizo, sin cometer el error de derecho alegado, aplicar el artículo 36 del C. de P. L.

Pero también alega el recurrente que se cometió error de derecho por cuanto el Tribunal desatendió el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena sobre existencia y representación de Mogollón & Cía., S. A., como fundada en mayo de 1969, para decidir que se hallaba demostrada la existencia, desde 1954 de dicha sociedad.

No tuvo en cuenta el casacionista para hacer la anterior consideración, que en la segunda instancia el Tribunal no decretó pruebas, ni de oficio, ni a solicitud de parte y, por tanto, el certificado a que alude presentado en aquella instancia, mal podía ser tenido en cuenta por el Tribunal. No existe, pues, en razón de lo dicho, el error de derecho alegado.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 30 de abril de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio que adelantó Claudio Romero C. contra Mogollón y Cía., S. A., o Distribuidora Mogollón.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ESCUELA DE DERECHO BIBLIOTECA

PRIMAS EXTRALEGALES

Aspira el recurrente a que se imputen para el reconocimiento de lo debido por los dichos feriados, las primas extralegales que habitualmente pagaba la empresa en junio y diciembre de cada año.—Sin embargo, su carácter salarial, de incidencia para otros efectos, no la tiene para la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, que se recarga solamente sobre el salario ordinario, a términos del artículo 12 del Decreto 2351 de 1965.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 4. Expediente número 4713.

(Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Libardo Castrillón Correa contra la sentencia que dictó, el 11 de febrero de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra el Fondo Ganadero de Antioquia, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, recoge el expediente radicado en esta Sala bajo el número de la referencia.

En su escrito inicial el demandante impetró reconocimiento y pago de recargo legal en la remuneración correspondiente a trabajo nocturno y a trabajo habitual en domingos y festivos; reajustes en cesantía, primas, vacaciones e indemnización por despido injusto, indemnización por mora y las costas del proceso, pretensiones que fundamentó en los siguientes hechos:

"1. Fui trabajador del Fondo desde el 16 de noviembre de 1962, hasta que fui despedido sin causa justa el 28 de febrero de 1971.

"2. La causal alegada por la empresa para mi despido consistió en que ella necesitó contratar los servicios para la Burns de Colombia, porque yo era celador, que no es justa.

"3. No incluyeron en la liquidación de prestaciones todos los conceptos que según la ley es forzoso tener presentes, según el artículo 127 del Código.

"4. Al celador del día le pagaban más que a mí, cuando yo en realidad laboraba de noche, y durante todos los domingos y festivos.

"5. Había primas semestrales equivalentes al valor del sueldo que no incluyeron en esa supuesta liquidación que me hicieron, dos sueldos extras anuales".

El demandado se opuso a las peticiones del actor, manifestando que el despido lo produjo conforme al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y que la empresa liquidó los derechos del trabador, ciñéndose a las normas legales.

Tramitada la controversia, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en fallo de 27 de septiembre de 1973, resolvió:

"1º Condénase a la empresa Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., a pagar al señor Libardo Castrillón Correa, los siguientes conceptos:

"a) Por remuneración de trabajo nocturno, la suma de doce mil cuatrocientos doce pesos con ocho centavos ($ 12.412.08); b) Por reajuste de la liquidación de cesantía, la suma de tres mil doscientos cuarenta y ocho pesos con noventa centavos ($ 3.248.90); c) Por reajuste de la liquidación de vacaciones, la suma de trescientos setenta y un pesos con setenta y cinco centavos ($ 371.75); d) Por reajuste de la liquidación de indemnización, por despido injusto, la suma de dos mil doscientos sesenta y seis pesos con setenta y cinco centavos ($ 2.266.75).

"2º Absuélvese a la demandada de los demás cargos formulados por el demandante.

"3º Costas a cargo de la entidad demandada".

Posteriormente, el 26 de octubre del dicho año adicionó su providencia, conforme al artículo 311

del C.P.C., en el sentido de condenar al Fondo demandado a pagarle al demandante Castrillón Correa, a título de indemnización por mora, $ 36.66 diarios, a partir del 1º de marzo de 1971 hasta cuando le cancelen las condenas impuestas en aquélla.

Apeladas las decisiones del *a quo* por los apoderados de los litigantes, el Tribunal mencionado de Medellín, en la suya de la fecha igualmente expresada, la reformó así:

"1º Condénase al Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., representado por el doctor Jaime Tobón Villegas, a pagar al señor Libardo Castrillón Correa, las cantidades de dinero por los conceptos que se especifican a continuación: a) Trece mil seiscientos ocho pesos ($ 13.608.00) moneda legal, en razón de recargo legal por trabajo nocturno; b) Tres mil trescientos cuarenta y seis pesos con ochenta y cinco centavos moneda legal ($ 3.346.85), por reajuste de cesantía; c) Trescientos noventa y un pesos con noventa y cuatro centavos ($ 391.94) moneda legal, por reajuste de vacaciones, y d) Dos mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos con setenta y un centavos ($ 2.485.71) moneda legal, como reajuste de la indemnización por despido injusto.

"2º Declárase probada parcialmente la excepción de prescripción en lo que se refiere al pago del recargo legal por trabajó nocturno, tal como se explica en la parte motiva del fallo, y probada, así mismo, parcialmente la excepción del pago en lo que se refiere a recargo legal por trabajo en dominicales y festivos.

"3º Se absuelve al Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., por los demás cargos que le formula en el libelo el demandante Libardo Castrillón Correa.

"4º Condénase al Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., al pago de las costas del proceso en su primera instancia.

"De las condenaciones anteriores habrá de deducirse la cantidad de diez y ocho mil doscientos noventa y nueve pesos con veinte centavos moneda legal ($ 18.299.20) que la empresa demandada consignó el 21 de noviembre último, con destino al señor Libardo Castrillón Correa y la cual fue reclamada por el apoderado de éste, según el certificado secretarial de folio 44".

El recurso extraordinario.

Recibido en legal forma expresa su alcance así:

"Pretendo la casación parcial del fallo recurrido en cuanto confirma la absolución por trabajo habitual en domingos y festivos; en cuanto revoca la condenación por indemnización moratoria, en cuanto confirma las condenaciones por reajuste de cesantías y vacaciones con las únicas modificaciones observadas en la sentencia acusada y en cuanto absuelve por el reajuste de primas de servicio para que convertida la Honorable Corte en sede de instancia, confirme la decisión del *a quo* en cuanto condenó a la indemnización moratoria, pero con la modificación consistente en que el salario promedio diario no es la suma señalada por el *a quo* sino un salario superior; para que revoque las absoluciones por el salario por trabajo habitual en domingos y festivos y por el reajuste de primas condenando por estos conceptos a la demandada y para que confirme las condenaciones impuestas a título de reajustes de cesantías, vacaciones e indemnización por despido, pero modificadas aumentando el valor de las respectivas condenas, imponiendo, además, las costas de las instancias y del recurso".

Para estos efectos formula tres cargos, de la causal primera de casación laboral, los cuales se sintetizan y resuelven en su orden. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo.

Afirma aplicación indebida, a través de errores evidentes de hecho de los artículos 179, 180 y 181 CST., en armonía con los textos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968 y 1626 y 1627 y siguientes y concordantes del Código Civil, relacionados éstos con el artículo 127 del estatuto laboral arriba mencionado, y de los artículos 186, 64, 249, 253, 306 y 127 CST., con sus contemplaciones de los preceptos 14, 8º y 17 del Decreto 2351 citado.

Los errores de hecho consistieron:

"1. Dar por demostrado, sin estarlo, que en las tarjetas de folios 23 y 24 existe prueba del pago total del trabajo habitual en todos los domingos y festivos ocurridos en todo el lapso servido. 2. No dar por demostrado, estándolo, que el único pago a título de trabajo habitual en todos los domingos y festivos, es el señalado a folios 17, y el establecido en la inspección judicial, lo que solo constituye pago parcial. 3. No dar por demostrado, estándolo, que hay bases probatorias en los documentos mal apreciados para condenar por reajuste de primas de servicio. 4. No dar por demostrado, estándolo, que lo único cancelado al demandante a título de trabajo habitual en domingos y festivos fue la diferencia entre lo que la empresa consideró sueldo mensual $ 1.100.00

y la suma pagada, $ 1.455.00. 5. No considerar que los valores correspondientes al demandante a título de recargo legal por trabajo nocturno y por primas extralegales permanentes engrosan el salario base de liquidación del valor del día domingo o festivo trabajados habitual y permanentemente durante el tiempo de servicio. 6. No haber considerado que los valores jurídicamente devengados por el demandante a título de trabajo habitual en domingos y festivos inciden en la liquidación de las cesantías, primas, vacaciones e indemnización por despido injusto".

Y en esos errores incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la inspección judicial de folios 18 y siguientes; de los cuadros de folios 23 y 24 y del informe del demandado al folio 17, todos del cuaderno principal.

La incidencia de los errores la expresa el acusador así:

"Como consecuencia de los errores el *ad quem* tuvo en cuenta las disposiciones citadas en el cargo, pero les restringió los efectos y, en consecuencia, con un simple pago parcial declaró el pago total por trabajo habitual en domingos y festivos, por cuanto no aplicó un salario triple como lo ordena la norma indebidamente aplicada, sino un salario diferente, y no incluyó, además, en el salario base para determinar los valores del día domingo y festivo habitualmente laborados los recargos legales por trabajo nocturno, ni el sueldo y medio permanentemente recibido por año de servicios, liquidando entonces las cesantías, vacaciones e indemnización por despido con un salario inferior al devengado de verdad por el demandante, y absolviendo por el reajuste de primas de servicio y de no haber sido por esos errores el Honorable Tribunal no hubiese absuelto por el trabajo habitual en domingos y festivos por declarar el pago total de ellos, sino que hubiese condenado a la parte insoluta que se quedase a deber después de liquidar los valores de esos conceptos incluyendo los porcentajes nocturnos y sueldo y medio adicionales; igualmente, hubiese estimado que el salario base para condenar al reajuste de cesantías, vacaciones e indemnización por despido no era el tomado por el *ad quem*, sino el salario incrementado con los valores insolutos de los domingos y festivos y, además, hubiera visto las bases suficientes para el reajuste de las primas. Por tanto, debe casarse el fallo recurrido y en decisión de instancia sentenciarse en la forma solicitada en el alcance de la impugnación".

En el capítulo destinado a la demostración del cargo, el impugnador transcribe los apartes pertinentes del fallo del Tribunal y comenta que del documento del demandado del folio 17 y de la inspección judicial, relacionados con los cuadros de folios 23 y 24, aparece que el trabajo habitual en domingos y festivos fue pagado sin que se hubiese incluido en los salarios para su liquidación los valores correspondientes por el recargo del trabajo nocturno y por las primas extralegales consistentes en un sueldo y medio por año; luego yerra el sentenciador al absolver por el extremo de recargos por trabajo habitual en domingos y festivos, pues aquellas pruebas establecen un pago parcial o incompleto y no total. Del mismo modo se ostenta el yerro en la liquidación de los reajustes por cesantía, vacaciones e indemnización por despido injusto.

Para resolver se considera:

El fallador *ad quem* apreció que no había lugar a reconocimiento alguno por el concepto de recargo por el trabajo habitual en domingos y festivos, como lo había decidido también el *a quo*, porque, de conformidad con las piezas que destaca el recurrente, el servicio prestado en esos días fue pagado oportunamente a Castrillón, quien, por otra parte, recibió el descanso compensatorio respectivo, según los testimonios de Jesús Uribe Arango y Armando Builes Castro, acerca de los cuales no se afirma error. Este último punto no será objeto de examen, por inatacado, y la cuestión se contrae a si lo pagado por dominicales y festivos cubrió también la consideración atinente al trabajo nocturno y lo correspondiente por primas extralegales, o si quedó insoluta alguna parte legal. Para este efecto basta atender a que las pruebas reseñadas se refieren al pago de domingos y festivos con base en remuneración que no cubría el 35% de su circunstancia nocturna. Tanto que, por ello, el fallador produjo condena por ese extremo, respecto del tiempo que estimó no prescrito, y la empresa canceló su valor, ante el fallo de primer grado, y el Tribunal dedujo, en el suyo, lo solucionado por ese medio. Se ostenta, en consecuencia, que lo pagado por domingos y festivos, conforme a las pruebas de que se ha hecho mérito, no atendió al porcentaje del 35% que correspondía por la prestación nocturna del servicio, y erró el fallador, en su decisión absolutoria por esta súplica, al apreciar un pago total, cuando él era incompleto, en el porcentaje dicho.

Aspira el recurrente a que se imputen también para el reconocimiento de lo debido por los dichos feriados, las primas extralegales que habitualmente pagaba la empresa en junio y en diciembre de cada año. Sin embargo, su carácter salarial, de incidencia para otros efectos, no la tiene para la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, que se recarga solamente

sobre el salario ordinario, a términos del artículo 12 del Decreto 2351 de 1965.

No se acoge, pues, este otro factor para la liquidación que proceda, en razón de la prosperidad del ataque examinado, si bien en la decisión subsiguiente de instancia se atenderá al mencionado 35% insoluto y a la parte proporcional de primas extralegales para los otros derechos que resulten así mismo parcialmente cancelados, a consecuencia del yerro en su base de liquidación.

Prospera el cargo, en los términos expuestos.

Segundo cargo.

Acusa infracción directa del artículo 65 CST, por falta de aplicación.

El recurrente transcribe el pasaje del fallo del *ad quem*, en el que éste no compartió "el criterio de la mala fe asignado en este caso" por el *a quo*, al Fondo demandado, y por el que el Juzgado le impuso la indemnización moratoria; y sostiene que "las dudas" que tuvo el patrono para no cancelar oportunamente los derechos causados no son excusa admisible, como no lo es la ignorancia de la ley, por lo que no debió absolverse de la indemnización moratoria.

Se considera.

La infracción directa de la ley, como lo tienen largamente explicado la doctrina y la jurisprudencia, acontece por ignorancia del fallador acerca de ella o por rebeldía contra su mandato. En el caso *sub júdice* la absolución obedeció no a que el Tribunal ignorara la existencia del artículo 65 CST, ni a que se rebelase contra su ordenamiento sino a que, al enfrentar la conducta patronal con el dicho texto —el cual, por otra parte, no se puede señalar como dejado de aplicar— encontró en aquel comportamiento razón atendible o buena fe, por cuya virtud y conforme al entendimiento correcto de la norma, no procedía la sanción moratoria. No se trata, pues, del concepto directo que predica el acusador, quien lo que debe demostrar ante la decisión que impugna es que la situación fáctica, conforme a las pruebas, exhibe una conducta en el patrono distinta de la apreciada por el fallador. Y como no es esto lo que intenta, el ataque no es estimable.

Tercer cargo.

En forma subsidiaria del anterior y también por la vía directa formula aplicación indebida del artículo 65 CST.

Mas está dicho que, en el presente asunto, la absolución por mora obedeció a apreciación sobre la buena fe del patrono conforme a las pruebas, y este fundamento del fallo solo puede destruirse por la vía indirecta, demostrándose, en la forma debida, que erró el fallador en esa estimación fáctica, por exhibir las pruebas el hecho opuesto, es decir, la mala fe patronal. Pero lo que se ha aducido no lo fue por el camino probatorio que se requería.

Tampoco prospera, por lo expuesto, este cargo.

Decisión de instancia.

Por la prosperidad del cargo primero han de revisarse los extremos de la litis sobre recargo de trabajo en domingos y festivos, y las liquidaciones de cesantía, primas, vacaciones e indemnización moratoria, fijados como objetivos de la impugnación, así:

Domingos y festivos.

Como el demandado excepcionó prescripción, el derecho por este extremo se limitará al mes de junio de 1970, ya que la demanda fue notificada el 5 de junio de 1973 y la remuneración se causaba mensualmente. (Artículo 488 CST.). El tiempo a liquidar es, pues, de 9 meses, hasta el 28 de febrero de 1971, en que terminó el contrato de trabajo. (Se anota que la estimación de este lapso difiere de la del *ad quem* sobre recargo por trabajo nocturno; pero se trata de pretensión diferente, acerca de la cual lo que el fallador declaró fue pago, que en el recurso se decidió incompleto, y que en instancia ha de resolverse conforme a las posiciones de las partes en la litis).

Durante esos nueve meses, la inspección judicial que incorporó los cuadros de folios 23 y 24, sobre pagos de derechos del trabajador Castrillón Correa, arroja cancelado por domingos y festivos la suma de $ 4.201.34. Estimándose que este valor cubrió lo que habría correspondido sobre el sueldo que comprendía el descanso, y habiéndose dado el compensatorio correspondiente a cada feriado y condenádose, en fin, por trabajo nocturno (no impugnado), a un 35% del sueldo ordinario, lo que falta por cancelar es un 35% de aquella suma de $ 4.201.34, por recargo insoluto de trabajo en domingos y festivos, para un valor de $ 1.470.47.

Cesantía.

El tiempo de servicios, que terminó el 28 de febrero de 1971, ha de liquidarse hasta el 31 de diciembre de 1962 con base en el promedio de lo

devengado en el último año de trabajo por haber tenido variaciones el sueldo en los tres últimos meses, según las pruebas reseñadas (artículo 253-1 CST.). El mes y medio anterior (16 de noviembre - 31 de diciembre de 1962), no puede liquidarse, porque las probanzas no muestran el salario con que deba hacerse tal liquidación (artículo 253-2, *ibídem).*

Para ese efecto, el salario base se integra con el promedio de todo lo devengado durante el último año de servicios (desde marzo de 1970) conforme al cuadro de folio 24, por sueldo ordinario, dominicales y festivos, el 35% de la suma anterior, y la duodécima de lo correspondiente por las primas extralegales para un valor de $ 2.227.70. Corresponde un valor total de $ 18.192.89, de los cuales ha de deducirse lo pagado, según las mismas piezas, en cantidad de $ 12.744.35. El reajuste es, pues, de $ 5.448.54.

Primas.

Las no prescritas corresponden a junio y a diciembre del 1970. Aparecen pagadas, en el cuadro de folio 24 incorporado en la inspección judicial, con valores que no incluyen los ya señalados que debieron imputarse. Al reajustarse con referencia a las cifras que les son propias, arrojan valores de $ 969.38 y $ 1.141.17, respectivamente, para un total de $ 2.110.55, de los cuales se pagaron por el concepto legal $ 1.464.44. Se condenará, en consecuencia, por esta prestación a $ 646.11.

Vacaciones.

Al momento de la terminación del contrato no estaban prescritas las vacaciones por los años que se cumplieron en 15 de noviembre de 1968, 1969 y 1970. No se tenía derecho por el tiempo restante, por ser menor de 6 meses. En aquel momento el derecho a disfrutar de las dichas vacaciones se convirtió en compensación en dinero, que no está prescrito por no haber transcurrido tres años hasta la notificación de la demanda. Con base en el último salario, que fue de $ 2.227.70, corresponde por este extremo la suma da $ 3.341.58, de lo cual aparece pagada la cantidad de $ 2.788.30. El reajuste será, pues, de $ 553.25.

Indemnización por despido.

Por los 8 años y 3 meses y medio de servicios, corresponde la suma de $ 14.481.75, de los cuales aparecen pagados según la inspección judicial, $ 9.872.54. El reajuste será, pues, de $ 4.609.21.

En los términos de la presente decisión de instancia se reformarán las condenas del *a quo* por cesantía, vacaciones e indemnización por despido injusto y se revocarán sus absoluciones por recargo de trabajo en días domingos y festivos por primas de servicio, condenándose, en su lugar, por los valores expresados respectivamente.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinal de trabajo promovido por Libardo Castrillón Correa contra el Fondo Ganadero de Antioquia, de las condiciones de autos, en cuanto por su ordenamiento primero, condenó al Fondo mencionado a pagar al demandante Castrillón las sumas de $ 3.346.85, por reajuste de cesantía; $ 391.94, por reajuste de vacaciones, y $ 2.485.71, por reajuste de indemnización por despido injusto y en cuanto por su ordenamiento tercero absolvió al dicho demandado de las súplicas sobre primas y vacaciones y, en sede subsiguiente de instancia, con reforma de la sentencia de 20 de octubre de 1973, del Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en el mismo juicio, condena a las cantidades de cinco mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 5.448.54) moneda legal, quinientos cincuenta y tres pesos con veinticinco centavos ($ 553.25) moneda legal, y cuatro mil seiscientos nueve pesos con veintiún centavos ($ 4.609.21), moneda legal, por conceptos de reajustes de cesantía, vacaciones e indemnización por despido injusto, respectivamente, y REVOCA las absoluciones del *a quo* por recargo de remuneración de trabajo en domingos y festivos y por reajuste de primas de servicio, CONDENANDO, en su lugar a las sumas de un mil cuatrocientos setenta pesos con cuarenta y siete centavos ($ 1.470.47) moneda legal, y seiscientos cuarenta y seis pesos con once centavos ($ 646.11) moneda legal, en su orden. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

UNIDAD DE EMPRESA

Para que el fenómeno de la unidad de empresa aproveche a un trabajador, es necesario que éste haya prestado servicios precisamente cuando existió la unidad de empresa y no antes o después de ella.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4807. Acta número 5.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Gabriel Jaramillo Montoya, domiciliado en Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 533737 expedida en la misma ciudad, demandó al Banco del Comercio, S. A., para que dicha entidad fuera condenada a reconocerle y pagarle pensión de jubilación proporcional al tiempo servido, y costas del juicio.

Como fundamento de sus pretensiones, el actor presentó los siguientes hechos:

"1º Laboré al servicio del Banco del Comercio, en forma continua, por el período comprendido del 1º de enero de 1955 al 2 de diciembre de 1966, es decir, un tiempo total de 11 años, 11 meses. El tiempo anotado se discrimina así: del 1º de enero de 1955 al 31 de mayo de 1959, como gerente de la Sucursal de Almadelco, S. A., en Medellín, y del 1º de junio de 1959 al 2 de diciembre de 1966 como gerente del Banco del Comercio, Sucursal Medellín, y gerente de zona en la ciudad anotada.

"2º Almacenes Generales de Depósito del Comercio, S. A., ALMADELCO; durante el tiempo en que estuve vinculado a su servicio, formaba parte integrante del Banco del Comercio, estaba orientado y dirigido por los directivos del Banco mencionado y en mayo de 1959 se me solicitó, por el Gerente General del Banco del Comercio, señor Camilo Herrera Prado, que me trasladara, previa renuncia en Almadelco, a gerenciar la Sucursal del Banco del Comercio en la misma ciudad de Medellín.

"3º En efecto, presenté mi renuncia en Almadelco y pasé a gerenciar la Sucursal del Banco del Comercio, antes referida. Era tan evidente esta vinculación y relación entre Almadelco y el Banco del Comercio que figuro, incluso, como vinculado laboralmente a Almadelco hasta el 10 de junio de 1959 como puede constatarse en la liquidación de prestaciones que se agrega, y a pesar de que empecé a laborar como gerente del Banco del Comercio, Sucursal de Medellín el 1º de junio de 1959, como se constata también en el respectivo contrato de trabajo.

"4º En el año de 1959, el Banco del Comercio poseía, de las 135.505 acciones constitutivas de Almadelco, 96.571. Y esta entidad formaba, como antes se dijo, por todos los aspectos, parte integrante del Banco del Comercio, como filial del mismo.

"5º El 3 de diciembre de 1966, el Banco del Comercio dio por terminado, unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo que tenía firmado con el suscrito. Como pretexto para la desvinculación laboral se determinan en la carta de despido, situaciones que nunca tuvieron ocurrencia y se habla de presunta negligencia por parte del suscrito en negocios del Banco que se habían efectuado hacía varios años, resultando ostensible que no existía causa alguna justa para el despido.

"6º Durante toda mi vinculación laboral al Banco del Comercio, siempre fui felicitado, estimulado y ascendido por el señor Gerente General o Presidente del Banco y por la Junta Directiva del mismo, y esto, hasta 15 días antes de mi despido. Y es bien conocido que mi desvinculación ocurrió simplemente por un acto de ofuscación y ligereza del señor Gerente General de la entidad.

"7º El último sueldo mensual promedio devengado por el suscrito, arroja un valor de $ 10.000, calculado sobre el último año de servicios. Y es esta la base, o la que se pruebe, para la jubilación solicitada.

"8º Conforme se lee, en acta de conciliación, levantada ante el Inspector Nacional del Trabajo de Medellín, el día 21 de septiembre de 1967, el Banco del Comercio me reconoció y pagó, por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo la suma de $ 45.864.46 por los últimos 7 años y medio laborados. El solo reconocimiento de tal suma, a pesar de las salvedades consignadas en el acta, confirma y concreta que no hubo causa justa para el despido.

"9º El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, determinó que si el trabajador es despedido injustamente después de 10 años de servicios, tiene derecho a pensión proporcional de jubilación cuando cumpla los 60 años de edad, si no tenía tal edad al ser desvinculado de la empresa.

"10. Cuando fui despedido del Banco del Comercio, sin justa causa, tenía un tiempo de servicios de 11 años, 11 meses, pero no llenaba el requisito de la edad. El 18 de marzo de 1971, cumplí la edad de 60 años, según se comprueba con la partida de nacimiento que anexo.

"11. El 27 de julio de 1971, reclamé al Banco del Comercio el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación especial a que tengo derecho. Me fue negada, con el argumento de que la conciliación referida antes, había dejado 'definidas y canceladas todas las diferencias entre las partes derivadas del vínculo contractual de trabajo que entre ellas existió'. Y a un nuevo reclamo formulado por mi apoderado, se le contestó en igual forma, como se constata en la carta de fecha abril 3 de 1972, que se anexa.

"12. La interpretación que se ha hecho por el Banco del Comercio, del alcance y contenido de la conciliación mencionada es inadecuado. En efecto, la conciliación solo se refirió a los puntos allí descritos, es decir, al reajuste de prestaciones y salarios y a la determinación de una suma por indemnización en razón de una ruptura unilateral del contrato. Pero resulta ostensible que el reconocimiento de la indemnización implica, aunque otra cosa se diga, la aceptación tácita de que el despido fue sin justa causa. Y, además, quedó muy claramente determinado que el suscrito insistió en que el despido se había efectuado sin justa causa, ilegal, como allí se explica.

"13. Pero es que también, las prestaciones sociales son irrenunciables y no podía transigirse un derecho para cuyo nacimiento y perfeccionamiento faltaba aún el requisito de la edad. La pensión proporcional de jubilación que me corresponde no ha sido ni renunciada ni transigida por el suscrito y se me debe la misma a partir de la fecha en que cumplí la edad de los 60 años".

La parte demandada se opuso a las declaraciones pedidas, propuso excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, inexistencia de la obligación, cosa juzgada, prescripción y la genérica, y contestó los hechos en la siguiente forma:

"*Al hecho primero.* No es cierto, como se enuncia. Solamente a partir del ocho de junio de 1959, el señor Jaramillo se posesionó ante el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, como Gerente del Banco del Comercio, Sucursal de Medellín. Antes de esa fecha, el demandante estuvo vinculado por contrato de trabajo a una persona jurídica distinta, concretamente a "Almacenes Generales de Depósito del Comercio, S. A., ALMADELCO", ente jurídico con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, y distinto a sus socios individualmente considerados. Su vinculación al Banco del Comercio, que es la sociedad demandada, apenas sí alcanza a un período de siete años y medio aproximadamente.

"*Al hecho segundo.* No es cierto. Ya he dicho que se trata de dos personas jurídicas distintas una de otra, con personalidad jurídica propia cada una de ellas, y con patrimonio independiente.

"*Al hecho tercero.* Acepto que el señor Jaramillo haya renunciado a Almadelco, y que hubiera adquirido luego su empleo en el Banco del Comercio. Naturalmente por ser aquél un patrono distinto a éste le debió liquidar sus prestaciones sociales al operarse su desvinculación. Después como lo acepta el mismo señor Jaramillo Montoya en el acta de conciliación celebrada en la Oficina Regional del Trabajo de Medellín, se vinculó al Banco del Comercio en junio de 1959, tal como se desprende también del oficio de nombramiento, de la carta de aceptación y del acta de posesión ante el señor Gobernador, que como ya se dijo, tiene fecha junio 8 del mismo año.

"*Al hecho cuarto.* No me consta el número de acciones que por esa fecha tuviera o pudiera tener el Banco del Comercio en Almadelco que es una sociedad anónima con acciones representadas en títulos negociables. Precisamente la característica de la sociedad anónima es la de que se constituyen en consideración al capital y no en consideración a las personas que lo suscriben. Naturalmente, las obligaciones que adquiera en desarrollo de su objeto, son obligaciones propias de la sociedad, independientemente de los sus-

criptores o tenedores de acciones. Es obvio que el accionista, a través de su aporte, forma parte de la sociedad. Pero es absurdo, como se pretende en este hecho, que la sociedad, que tiene su patrimonio propio, forma parte del socio.

"*Al hecho quinto.*-No es cierto. El Banco tuvo causas justas para desvincular al señor Jaramillo Montoya.

"*Al hecho sexto.* Repito que la desvinculación laboral del señor Jaramillo del Banco del Comercio tuvo causas suficientemente justas.

"*Al hecho séptimo.* No lo acepto. Me atengo a lo que se demuestre.

"*Al hecho octavo.* No es cierto como se presenta. El Banco, en todo momento y a través de sus directores, ha sostenido la justicia de la causal del despido del señor Jaramillo, y así lo sostuvo en el acta de conciliación celebrada ante el señor Inspector de la Oficina Regional del Trabajo en el mes de septiembre de 1967. Como el demandante a su turno insistía en la injusticia de la causal, el Banco aceptó la conciliación propuesta y pagó la suma de dinero acordada y que figura en el acta, para conciliar definitivamente las obligaciones que pudieran resultar a su cargo por razón del punto generador del diferendo, que era precisamente la causa del despido. Con esta conciliación, que tiene el efecto de cosa juzgada, se terminaba cualquier reclamación posterior que pudiera originarse en la causa de la desvinculación.

"*Al hecho noveno.* Es cierto la existencia del mandato legal citado, pero no es cierto que el caso del señor Jaramillo encuadre dentro de sus postulados.

"*Al hecho décimo.* No es cierto.

"*Al hecho undécimo.* Es cierto que el señor Jaramillo ha reclamado del Banco un presunto derecho a la pensión de jubilación, pero no ha sido posible para el Banco atender esa petición, por carecer el actor de ese derecho.

"*Al hecho decimosegundo.* No acepto las consideraciones que este hecho contiene.

"*Al hecho decimotercero.* El planteamiento hecho aquí por el demandante es notoriamente injurídico sobre el alcance de la conciliación. No puede hablarse en este caso de renuncia de derechos, puesto que el señor Jaramillo no concilió sobre un derecho cierto e indiscutible.

"La conciliación versó sobre las causas del despido y naturalmente sobre las prestaciones que pudiera generar en caso de que el despido fuera declarado judicialmente injusto. Obviamente, si había discusión en cuanto a la causa generadora, las prestaciones que de ella pudieran o no resultar, no constituía derechos ciertos e indiscutibles que pudieran impedir la conciliación, cuyo efecto es el de producir cosa juzgada, como ya se dijo antes".

En sentencia del 13 de noviembre de 1973, del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, fue condenada la entidad demandada a pagar a Gabriel Jaramillo Montoya, $ 3.681.95 mensuales a título de pensión de jubilación, a partir del 18 de marzo de 1971, y las costas de la instancia. El apoderado de la entidad demandada apeló de la sentencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de 27 de mayo de 1974, confirmó en todas sus partes el fallo apelado y condenó a la demandada al pago de las costas de la instancia. El apoderado del Banco del Comercio interpuso contra la providencia del *ad quem*, recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y se encuentra admitido por la Corte.

El recurso.

Está formulado por la causal primera de casación laboral y presentado en dos cargos que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Con el recurso se pretende la casación total de la sentencia recurrida, la revocatoria del fallo de primer grado y la absolución del Banco del Comercio respecto a lo pretendido por Gabriel Jaramillo Montoya.

Primer cargo.

Lo expresa el censor así:

"La providencia recurrida violó directamente, por aplicación indebida, del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968) y, por falta de aplicación, el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que, a su turno, la llevó a mal aplicar el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

"Mi representado no discute que su contraparte, inmediatamente antes de haber entrado a su servicio como Gerente de la Sucursal de Medellín, ocupó la Gerencia de los Almacenes Generales de Depósito del Comercio, S. A. (ALMADELCO) en la misma ciudad. Pero, para los efectos de la unidad de empresa que declaró el *ad quem*, en esa época —junio de 1959— la norma que existió era el artículo 194 del Código Sustantivo

del Trabajo. Por consiguiente, a la luz de este artículo ha debido dilucidarse ese fenómeno. Sin embargo, el fallador de 2º grado lo esclareció de manos del 15 del Decreto 2351 de 1965, aun no adoptado, inexistente en el momento en que ocurrió el cambio aludido.

"Es que el *a quo* aplicó de modo inequívoco este precepto. Y el *ad quem* confirmó su proveído tanto en la parte motiva como en la parte resolutiva, sin hacerle rectificación ninguna. Bien es cierto que menciona el 194. Para ello sucedió por razón de la jurisprudencia de esa Sala de la Honorable Corte —adoptado en desarrollo de aquel precepto y no de éste— en que se apoya su inferior y él mismo. En esta jurisprudencia, en efecto, se hace una simple referencia a otra anterior tomada en relación con el artículo 194 para concluir que ella 'no excluye el que esas 'varias unidades' puedan ser personas jurídicas, pues si están formadas por los mismos o casi los mismos socios, es claro que dependen económicamente de éstos'. Esta conclusión se refuerza aún más si se toma en cuenta de que la frase del artículo que aplica —varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica— pertenece al cuerpo del 15 del Decreto 2351 de 1965, ya que en el del 194 del Código Sustantivo del Trabajo no figura la palabra 'económicamente' ".

El recurrente agrega tres consideraciones para la decisión de instancia; la primera relativa a la falta de prueba de que las actividades económicas de las unidades de explotación fuesen similares, conexas o complementarias; la segunda sobre la falta de prueba del tiempo servido a Almacenes Generales de Depósito del Comercio, S. A. (ALMADELCO), porque los documentos de los folios 2 a 7 provienen de un tercero y no fueron ratificados ni confrontados, y los testimonios no determinan eficazmente ese tiempo de servicios, y la tercera sobre la cosa juzgada que se produjo en relación con la justicia o injusticia del despido de que fue objeto Gabriel Jaramillo Montoya, pues la conciliación abarcó tanto la indemnización por despido, como la pensión de jubilación que se habría causado desde la terminación injusta del contrato.

El opositor asevera que la argumentación del recurrente envuelve cuestiones de hecho inadmisibles en un cargo por vía directa; alega que la norma aplicable para la unidad de empresa era la vigente en el momento de nacer el derecho a la jubilación; considera que el precepto 15 del Decreto 2351 de 1965 está embebido en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo; advierte que según párrafo que transcribe, el fallador citó en apoyo de la providencia, el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo; y encuentra en el caso estudiado, configurados los elementos jurídicos constitutivos de la unidad de empresa.

Se considera.

El *ad quem* no apoyó el fallo acusado en el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo, sino en el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, pues las consideraciones sobre dependencia económica y sobre el carácter de filial de Almadelco respecto a la demandada, que contiene la sentencia recurrida, corresponden a la última de las normas citadas y no a la primera, sobre la cual apenas hubo una referencia por razón de la jurisprudencia que aplicó el *a quo*, pero no porque ese precepto original hubiera servido de apoyo a la decisión de segundo grado.

Para que el fenómeno de la unidad de empresa aproveche a un trabajador, es necesario que éste haya prestado servicios precisamente cuando existió la unidad de empresa y no antes o después de ella. En el caso presente, era necesario establecer que Almadelco constituía una misma empresa con el Banco del Comercio, S. A., cuando Jaramillo Montoya prestó servicios en la primera entidad.

El tiempo servido no siempre es determinante del derecho a una prestación, sino que apenas sirve de medida a la cuantía, como en el caso de la indemnización por despido o de la cesantía. Por lo tanto, el fenómeno de la unidad de empresa no puede referirse a la adquisición de una prestación o indemnización, sino a que el tiempo servido lo fue a una misma empresa, como lo exige el régimen de las prestaciones patronales.

Por lo anterior, en el caso presente, la norma aplicable sobre la unidad de empresa era la vigente en el tiempo durante el cual el trabajador prestó servicios en Almacenes Generales de Depósito del Comercio, S. A., para saber si la unidad de explotación económica perteneciente a Almadelco dependía junto con la del Banco del Comercio, de esta última entidad.

Como Gabriel Jaramillo Montoya prestó servicios a Almadelco hasta junio de 1959, la norma aplicable para determinar la unidad de empresa era el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente en dicha época, y no el 15 del Decreto 2351 de 1965, que no había surgido a la vida jurídica. Por ello fue indebida aplicación del último precepto, que hizo la sentencia acusada.

A pesar de lo anterior, no es posible casar la sentencia impugnada, porque en las consideraciones de instancia se llega a la conclusión de

que aplicando correctamente la norma vigente en 1959, se encuentra que existió la unidad de empresa que invoca el demandante en el juicio.

Según el documento del folio 137, que hace parte de la inspección judicial, el Banco del Comercio, S. A., tuvo en diciembre de 1954, de 1955, de 1956 y de 1959, la mayoría de las acciones de Almadelco, y en diciembre de 1957 y de 1958, una cantidad de acciones muy cercana a la mitad del total de Almadelco. De lo anterior resulta que las dos unidades de explotación económica pertenecientes a Almadelco la una y al Banco del Comercio, S. A., la otra, dependían en el tiempo en que Gabriel Jaramillo Montoya trabajó para la primera, de una misma persona jurídica, el Banco del Comercio, S. A.

Por otra parte, de los testimonios recibidos en el juicio resulta la dependencia administrativa que Almadelco constituía para el Banco del Comercio, S. A. El testigo, doctor León Londoño, habla claramente de la necesidad de que Almadelco consultara al Banco del Comercio, S. A., las operaciones importantes y de la dependencia que los Almacenes de Depósitos respecto a los bancos que tienen como accionistas. El testigo, Darío Londoño Mejía, fue el reemplazo del demandante en Almadelco y declara que dicha entidad dependía entonces del Banco del Comercio, S. A., que como gerente de Almadelco en Medellín, recibió instrucciones del gerente del Banco del Comercio, S. A., que las operaciones de crédito necesitaban el visto bueno del Banco, que éste descontaba los bonos emitidos por Almadelco, que la Junta Directiva de esta entidad estaba constituida por funcionarios del Banco, y que el testigo para ingresar al servicio de Almadelco hubo de tener larga entrevista con el gerente del Banco del Comercio. El testigo, doctor Ignacio Betancur destaca la injerencia que el Banco tenía en Almadelco por ser el prestamista y financiador, y también como copartícipe de sus actividades. El testigo, Jaime Villaveces, no niega la dependencia, sino que advierte cómo los directivos de las dos compañías no eran los mismos, pero admite que el gerente del Banco o su representante eran asesores de Almadelco, y tampoco niega que los directivos de Almadelco fueran funcionarios del Banco, como afirma el testigo Darío Londoño Mejía.

De lo anterior resulta que las unidades de explotación pertenecientes a Almadelco y al Banco del Comercio, S. A., dependían entre 1955 y 1959 de la persona jurídica del Banco del Comercio, y que en esas unidades de explotación económica se desarrollaban actividades similares, por ser de crédito, conexas y complementarias, desde que el Banco financiaba las operaciones de Almadelco y descontaba los bonos emitidos por ésta.

A la luz del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta la unidad de empresa invocada en la demanda y admitida en los fallos de instancias.

Respecto al tiempo servido al Banco del Comercio, S. A., no existe discusión alguna, pues fue aceptado por la parte demandada. En cuanto al tiempo servido a Almadelco, se demuestra con el documento del folio dos que según el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil se considera expedido bajo juramento, por provenir de institución de crédito establecida en el país y referirse a operaciones comprendidas dentro del género de negocios para los cuales está legalmente autorizado y que aparecen registradas en sus libros o constan en sus archivos, ya que la contratación de trabajadores para su servicio, cumple tales requisitos. No es, por lo tanto, necesaria la ratificación por el que firma el certificado, y en cuanto a su mérito probatorio ha de tenerse en cuenta que la credibilidad es mayor en el presente caso, por cuanto tal certificación puede hacer derivar obligaciones a cargo de la entidad. Por ese motivo se encuentra plenamente establecido el tiempo servido.

En cuanto a la terminación del contrato, se observa que no se discutió el despido sino la causa de él, pero no habiendo logrado la parte demanda demostrar la justa causa de terminación, el despido se considera injustificado.

En cuanto a la cosa juzgada de que trata el censor al finalizar el ataque, cabe advertir que conciliado fue la indemnización que por despido injusto reclamaba el trabajador y que el patrono negaba por estimar que la terminación había tenido justa causa. Ambas partes admitían en la conciliación que había habido despido, pero discrepaban en la justicia o injusticia de él. Pero lo conciliado fue la pretensión no reconocida, la indemnización reclamada y no admitida, sin que pueda decirse que al conciliar sobre un derecho indemnizatorio que se pretende por el trabajador y se desconoce por el patrono, pueda afirmarse que se admitió el fundamento de una de las dos posiciones encontradas, ya que si se llega a tal punto, la misma razón habría para decir que la conciliación admitió la justicia o la injusticia del despido. La conciliación versó, pues, sobre la indemnización y no sobre la causa de ella.

Tampoco puede admitirse que la conciliación se refirió a la pensión de jubilación, porque no se dijo expresamente que comprendiera tal prestación, porque el trabajador no la reclamaba, y porque no es cierto que para esa época se hubiese causado ese derecho, porque el trabajador no

había cumplido los 60 años de edad, y el artículo 1º del Decreto 2218 de 1966 exige para el nacimiento de la pensión reducida que se cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios.

Tampoco es admisible que en el presente caso se haya producido el fenómeno de la cosa juzgada respecto a la pretensión del juicio, o sea, respecto a la pensión de jubilación.

No ha de casarse la sentencia por virtud del primer ataque.

Segundo cargo.

Es del siguiente tenor:

"La sentencia impugnada violó indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 19, 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo y 473 y 474 del Código Judicial.

"Este quebrantamiento se produjo a consecuencia de los siguientes errores evidentes de hecho: a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la conciliación llevada a cabo entre mi procurado y Gabriel Jaramillo Montoya versó sobre unos reajustes prestacionales y la indemnización por el despido de que éste fue objeto, y b) No haber dado por demostrado, estándolo, que la conciliación dicha versó sobre las diferencias que surgieron entre mi asistido y Gabriel Jaramillo Montoya respecto a la justicia o injusticia del despido de que éste fue objeto.

"Tales errores evidentes de hecho fueron el resultado, a su turno, de la defectuosa apreciación por el sentenciador de 2º grado del documente visible a folios 27 a 28.

"Para demostrarlos me remito a la tercera alegación de instancia del cargo anterior, que doy por reproducida en éste. Solo que agregando que, en lo que se refiere al reajuste de prestaciones, tal documento no recoge conciliación ninguna sino la atestación llana de un pago de unos derechos ciertos e indiscutibles, no susceptibles de ese fenómeno jurídico.

"Si, pues, la conciliación versó sobre la justicia o injusticia del despido sufrido por Gabriel Jaramillo Montoya, tuvo que haber cobijado todas sus consecuencias, no apenas la de la indemnización por él, sino, así mismo, la de la pensión proporcional por él. Y si cobijó las consecuencias concernientes a esta prestación social, no puede negarse que ella quedó bajo el manto de la cosa juzgada que hacía imposible reexaminarla posteriormente para ningún propósito".

El opositor se expresa de la siguiente manera:

"Reza el literal g) del acta de conciliación que obra al folio 28 del expediente: 'Quedó pendiente de arreglo entre las partes la petición relativa a la *indemnización por ruptura ilegal del contrato*. El Banco estima que su conclusión obedeció a justa causa, en tanto que para el trabajador fue ilegal. En atención a que existen razones valederas en pro de una y otra tesis, las partes decidieron conciliar sus diferencias al respecto, aceptando el Banco el pagar al reclamante Jaramillo Montoya la suma de cuarenta y cinco mil ochocientos sesenta y cuatro pesos con cuarenta y seis centavos'. ¿Conciliar sus diferencias respecto de qué? Ya estaba dicho: respecto de la '*indemnización* por ruptura ilegal del contrato' (míos los subrayados). No es dable entender el párrafo anterior de otra manera, por los siguientes motivos: a) Porque lo que quedó pendiente según la diligencia fue la 'petición relativa a la *indemnización* por ruptura ilegal del contrato'; b) Porque en ninguna parte de la diligencia se alude siquiera a la jubilación proporcional, y mal podía versar la conciliación sobre una materia acerca de la cual en la diligencia se guarda un completo silencio, ya que los puntos sobre los cuales aquélla ha de recaer deben haberse determinado claramente; c) Porque solo puede conciliarse un conflicto de intereses, esto es, que la conciliación tiene por objeto provocar el avenimiento de las partes sobre derechos u obligaciones que afecten a las partes en su patrimonio económico, pero no en su patrimonio moral. Es conciliable la *cuantía* de una determinada prestación o derecho patrimonial, pero en ningún caso la *conducta* misma de la cual esa prestación o derecho se derivan, y d) Porque, finalmente, el derecho de jubilación no es renunciable ni cesible, como resulta de los artículos 14 y 343, en relación con el 342, del Código Sustantivo Laboral, y la conciliación en la forma como el casacionista la presenta implicaría una renuncia total del derecho del trabajador".

Se considera.

El objeto de la conciliación fue la indemnización por despido, derecho que se discutía por la razón de que el trabajador lo consideraba injusto y el patrono justificado. En la conciliación las partes ceden de sus pretensiones, pero no admiten los fundamentos de derecho alegados por la otra parte, porque ello conduciría simplemente al reconocimiento del derecho de la contraparte y, por lo tanto, no habría conciliación.

En el presente caso no puede admitirse que se hubiera reconocido la justa causa del despido, porque entonces no habría existido conciliación sino una concesión graciosa del patrono por la aceptación del trabajador de su carencia de de-

recho, de la misma manera que si se entendiera que el patrono había pagado por haber admitido que el despido había sido injusto, no habría conciliación, sino el reconocimiento del derecho del trabajador.

La diferencia consistía en el derecho a la indemnización por despido y la conciliación se resolvió mediante un pago convenido, que solucionaba la diferencia de pretensión pero no consistía en el reconocimiento de la causa alegada por una de las partes.

El documento de folios 28 y 29 muestra cómo hubo diferencia entre las partes por razón de unos factores de liquidación que no fueron tenidos en cuenta para el pago de prestaciones, y la conciliación se produjo en este aspecto, porque el Banco aceptó, en parte la reclamación y la desechó en otra parte. Conciliaron, pues, al ceder cada uno parte de sus pretensiones. En cuanto a la diferencia sobre la indemnización por despido, el patrono y el trabajador mantuvieron sus posiciones en cuanto a la calificación del despido, pero admitiendo que ambas tesis obedecían a razones valederas, convinieron en el pago de una suma que evitaba el litigio pero que no definía la justicia ni injusticia del despido.

El entendimiento que el Tribunal tuvo del documento mencionado fue correcto, ya que en dicha prueba no se expresa que se haya aceptado por las partes la justificación de la terminación, ni que se hubiera transigido o conciliado sobre el derecho a pensión de jubilación, que no se reclamaba en ese momento.

No habiendo incurrido el sentenciador en los errores de hecho propuestos, el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Gabriel Jaramillo Montoya contra el Banco del Comercio, S. A.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



IRREGULARIDADES PROCESALES

Evidentemente el Juez del conocimiento incurrió en una serie de irregularidades procesales, tales como la de celebrar audiencias preparatorias de trámite que no están previstas en el Procedimiento Laboral y la de suspender las audiencias para continuarlas en otro día, solución esta última a que acuden con frecuencia los funcionarios de primera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 4.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Alfonso Martínez Rave, mayor y vecino de Medellín, demandó, en libelo que "coadyuvó" abogado a quien confirió poder, a la sociedad Cabarría y Cía., C. por A., para que previo el procedimiento de rigor se la condene a pagarle las sumas que corresponden a:

"1º Las cesantías por diez años, cinco meses y quince días de servicio, liquidados por el valor del último salario $ 4.800.00 mensuales y descontándole solamente aquellas partidas autorizadas por la Inspección de Trabajo. 2º La indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del patrono, que corresponde al equivalente de 325 días de salario. 3º Pago, cuando cumpla la edad que la norma exige, de la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Para hacer efectiva esta disposición su Despacho se servirá tomar las medidas concernientes a fin de que el patrono no eluda en alguna forma su cumplimiento. 4º La indemnización por mora en el pago ya que una vez terminado el contrato no se pagó, en forma inmediata, el monto total de las prestaciones y salarios. 5º Bonificación de un sueldo y cinco días de vacaciones, por haber cumplido 10 años de servicio a la compañía. 6º Liquidación de vacaciones sobre comisiones en todos los años de servicio, y las adicionales ofrecidas por 10 años. 7º Comisiones 2º semestre de 1970. 8º Indemnización por salarios caídos o mora en el pago de salarios y prestaciones. 9º Rectificación de promedio de comisiones sin tener en cuenta las vacaciones, lo cual aumenta el promedio del salario mensual. 10. El pago de vacaciones sobre el excedente del salario base y el promedio de comisiones garantizados, la cual no se hizo sino el segundo semestre de 1970. 11. Las costas del juicio".

Los hechos de la demanda expresan, en síntesis, lo siguiente: Alfonso Martínez Rave prestó sus servicios a Cabarría y Cía. C. por A., desde el 1º de agosto de 1960 mediante contrato de trabajo escrito que inicialmente fue de aprendizaje, atendiendo los diferentes artículos que figuraban tanto a nombre de la demandada como de Quimor, Limitada, y de Inandina, sociedades éstas dos últimas que estaban controladas por la primera; el 26 de septiembre de 1962, a petición del señor Nolasco Uribe V., Gerente de Cabarría y Cía. C. por A., que era al mismo tiempo Gerente de Quimor, Limitada, firmó nuevo contrato con esta última sociedad con vigencia a partir del 1º de septiembre, pero continuó en el mismo cargo, con las mismas funciones y remuneración; el 11 de enero de 1965 firmó nuevo contrato con Quimor, Limitada, representada por su Gerente en Bogotá, señor Guillermo León R., bajo el pretexto de un aumento de sueldo y con la obligación de seguir atendiendo los artículos de Quimor, Limitada, Cabarría, Limitada e Industria Quimor Andina (Inandina), entidades que son dependientes del mismo patrón; la sociedad demandada estableció, para estímulos de sus empleados una bonificación especial por servicios de cinco, diez, quince y veinte años, y fue así como el demandante recibió el 1º de septiembre de 1965 una carta del Gerente de Quimor, Limitada, con un cheque por $ 600.00 como bonificación por haber cumplido 5 años de servicios

en las compañías Cabarría y Quimor, y se le colocó un escudo verde por tal acontecimiento. En el mes de febrero de 1968 el señor Nolasco Uribe Velásquez, quien continuaba figurando como Gerente y representante legal de Cabarría, Limitada, y de Quimor, Limitada, le informó a Martínez Rave y a otros trabajadores que por cuestiones de forma y para efectos contables y tributarios debían dar por terminado el contrato de trabajo con Quimor, Limitada, y firmar otro con Cabarría, Limitada, lo que así hicieron enviando las renuncias a Bogotá y firmando un contrato con Cabarría, Limitada, que empezó a regir el 1º de marzo de 1968; previamente había recibido el demandante las prestaciones sociales correspondientes al contrato con Quimor, Limitada. El trabajo continuó igual, sin que se hubieran presentado modificaciones en las funciones, con la excepción de que el demandante pasó a ser vendedor local. El 21 de septiembre de 1970, en vista de que había cumplido diez años de servicio y no se le había reconocido el estímulo prometido, Martínez Rave envió nota recordando tal hecho, habiendo recibido respuesta el 2 de octubre en el sentido de que su tiempo de servicio no era desde 1960 sino desde 1968; reclamó nuevamente, pero por medio de apoderado, y el doctor Nolasco Uribe, el mismo que le había hecho firmar el nuevo contrato y prometió responsabilizarse de lo que pasara, le contestó el 19 de octubre negándole el derecho a la bonificación; insistió en carta de 21 de octubre en su reclamación y el 2 de noviembre recibió una respuesta despectiva. En vista de la negativa de la Compañía, el demandante solicitó absolución de posiciones a Nolasco Uribe como representante legal de Cabarría, quien las absolvió el 23 de noviembre luego de algunas incidencias. Como resultado de la situación tensa que se creó entre las partes, el 10 de diciembre, Martínez Rave recibió una nota del señor Martín Bernal en la cual se le comunicaba su traslado a Cartagena, que no aceptó porque las condiciones eran desventajosas y demostraban una *retaliación* por sus reclamos como respondió en carta de 17 de diciembre. Al día siguiente salió en vacaciones y el 11 de enero de 1971 cuando regresó no se le permitió por parte del señor Nolasco Uribe que trabajara en esa oficina, por lo cual acudió a la Oficina de Trabajo, a donde asistió un apoderado de Nolasco, quien eludió el fin de la citación. El 14 de enero envió Martínez Rave una última nota, que tuvo como respuesta una comunicación recibida el 15, pero con fecha 12, en la cual daban por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral, alegando que entendían su actitud como un rompimiento unilateral del contrato. A juicio del demandante las sociedades Cabarría y Quimor, en el fondo constituyen una sola empresa, y para sustentarlo señala una serie de hechos que discrimina; a los empleados que tenían automóvil Cabarría, Limitada, les reconocía la suma de ochocientos pesos que no figuraba en el contrato, por lo cual su promedio salarial mensual era de $ 4.800.00, integrado así: salario básico, $ 1.500.00; promedio de comisiones, $ 2.500.00 y sobre-remuneración por uso del vehículo personal, $ 800. La liquidación del promedio semestral de comisiones se hacía incorrectamente y las vacaciones solo se pagaban sobre el salario base y la garantía que la empresa concede por concepto de comisiones, excluyendo el excedente semestral.

Al contestar la demanda el señor Nolasco Uribe Velásquez, en escrito "coadyuvado" por su apoderado judicial negó los hechos, se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de acción, ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva de la parte demandante y demandada, petición antes de tiempo, pago por consignación, prescripción, inepta demanda, y acumulación indebida de acciones.

En la primera audiencia celebrada el trece de marzo de mil novecientos setenta y uno, que el Juzgado del conocimiento Cuarto Laboral del Circuito de Medellín denominó de conciliación y P. de trámite, el demandante corrigió la demanda para pedir la condena por dominicales y festivos y amplió las facultades a su apoderado judicial. Admitida la corrección de la demanda, se ordenó correr traslado de ella al demandado por el término de cinco días. El diez y nueve de abril en audiencia también denominada de conciliación y P. de trámite, se declaró clausurada la misma audiencia y se abrió una preparatoria de trámite, dentro de la cual se decretaron las pruebas solicitadas en la demanda y en su respuesta. Celebradas tres audiencias de trámite, la última de las cuales se suspendió y continuó en otro día, el Juzgado del conocimiento citó para audiencia de juzgamiento, que se celebró, luego de varios aplazamientos, el treinta de abril de mil novecientos setenta y tres, y en la cual se dictó el fallo de primer grado en cuya parte resolutiva se dispuso:

"1º SE CONDENA a la sociedad Cabarría y Cía. C. por A., representada por el doctor Nolasco Uribe Velásquez, a pagar al señor Alfonso Martínez Rave las siguientes sumas: a) Cinco mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 5.462.54) moneda legal, por concepto de bonificación especial. De esta suma se ordena descontar la cantidad de $ 2.883.03,

conforme a lo expresado en la parte motiva del fallo; b) Treinta y seis mil seiscientos treinta y nueve pesos con treinta centavos moneda legal ($ 36.639.30), por concepto de cesantía; c) Cincuenta mil novecientos sesenta y dos pesos con treinta y nueve centavos ($ 50.962.39) moneda legal, como indemnización por despido sin justa causa. 2º Se condena, así mismo, a la sociedad Cabarría & Cía., C. por A., a reconocerle y pagarle al señor Alfonso Martínez Rave, una pensión de jubilación proporcional al tiempo servido, una vez éste reúna y acredite los requisitos legales. 3º Se ABSUELVE a la sociedad demandada de las restantes peticiones formuladas por el actor. 4º Del total de las condenas impuestas, se ordena deducir la cantidad de $ 16.704.54 consignada por la empresa demandada para el pago de comisiones y prestaciones sociales del actor. 5º La empresa opositora pagará las costas del juicio".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia dictada el veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres decidió el doble recurso en la siguiente forma:

"*Primero.* Cabarría y Cía., C. por A., está en la obligación de pagar al señor Alfonso Martínez Rave las siguientes cantidades: a) Por cesantía, treinta y seis mil seiscientos treinta y nueve pesos con treinta centavos ($ 36.639.30); b) Por bonificación especial, cinco mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 5.462.54); c) Como indemnización por despido sin justa causa, cincuenta mil novecientos sesenta y dos pesos con treinta y nueve centavos ($ 50.962.39); d) Por concepto de jubilación proporcional, la suma de un mil ochocientos once pesos con veinte centavos ($ 1.811.20), a partir de la fecha en que cumpla o haya cumplido cincuenta (50) años de edad; e) A título de indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones debidas, la suma de ciento cincuenta y seis pesos con siete centavos ($ 156.07) por día, a partir del quince (15) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971) y hasta cuando sean cancelados los reconocimientos a que se refieren los apartes a) y b) de esta resolución. *Segundo.* Se ABSUELVE a dicha sociedad de los otros cargos de la demanda. *Tercero.* Del monto de las condenaciones anteriores, se deducirá la suma de diez y seis mil setecientos cuatro pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 16.704.54) ya consignados por el patrono. *Cuarto.* Costas en un setenta por ciento (70%) a cargo de la demandada. En esta forma queda CONFIRMADA en parte, con REFORMAS y REVOCADA en parte la sentencia que dictó el señor Juez Cuarto Laboral de este Circuito, el treinta (30) de abril de mil novecientos setenta y tres".

Recurrió en casación el apoderado de Cabarría y Cía., C. por A. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte se decidirá, previo el estudio de la demanda extraordinaria; la réplica del opositor fue presentada extemporáneamente.

La demanda.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "Pretendo con la prosperidad del primer cargo, la casación total del fallo impugnado para que, en sede de instancia se *declare la nulidad* de todo lo actual en el proceso a partir del auto de 22 de febrero de 1971 (folio 74, cuaderno principal), por el cual se citó para audiencia de conciliación y preparatoria de trámite. Con la prosperidad de cualquiera de los restantes cargos, aspiro que se case parcialmente la sentencia acusada en cuanto por sus numerales primero, literales a), b), c), d) y e) se impusieron condenas a la demandada por los conceptos de auxilio de cesantía, bonificación especial, indemnización por despido sin justa causa, pensión de jubilación proporcional e indemnización moratoria y por el cuarto se impusieron las costas a la demandada, y para que una vez hecho lo anterior, y procediendo como Tribunal de instancia, se *revoque* la sentencia de primera instancia en sus numerales primero, segundo y quinto y, en su lugar, se *absuelva* a la sociedad demandada por los conceptos de bonificación especial, auxilio de cesantía, indemnización por despido sin justa causa, pensión de jubilación proporcional, indemnización moratoria y se impongan las costas de las instancias a la parte demandante o, en subsidio, se hagan dichas condenaciones con base en el salario realmente establecido en el plenario y se absuelva por la indemnización moratoria".

Trae la demanda seis cargos, que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

"Con base en la causal primera del artículo 60 del D. E. 528 de 1964, acuso la sentencia impugnada de ser violatoria, por infracción directa, falta de aplicación de los artículos 28, 44, 45, 77, 79, 80 y 145 del Código de Procedimiento Laboral, 26 de la Constitución Política y 152 y 157 del Código de Procedimiento Civil y como consecuencia de tales violaciones, de violar, por aplicación indebida, los artículos 7º, 8º y 17 del

Decreto-ley 2351 de 1965, 22, 23, 65, 127, 172, 173, 174, 176, 177, 194, 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, y 8º de la Ley 171 de 1961''.

Luego de enunciar el cargo el recurrente hace un relato de algunos actos procesales en los siguientes términos:

''El Juzgado del conocimiento, una vez contestada la demanda, citó para audiencia de conciliación y *preparatoria de trámite,* en la cual *no intentó la conciliación ni se refirió* a ella, entró directamente a tramitar el negocio, reconociendo nuevos poderes al apoderado judicial del demandante y aceptando la corrección o ampliación de la demanda con las nuevas peticiones por salarios en dominicales y festivos, lo que sólo *podía hacer en la primera de trámite,* clausuró tal audiencia, sin señalar fecha para otra (cuaderno principal, folios 74 y 77). Por señalamiento que se hizo por auto de marzo 29 de 1971 (folio 80), se celebró otra audiencia que se denominó de conciliación y preparatoria de trámite, el 19 de abril siguiente, en la cual se entró directamente a tramitar el juicio, como puede verse (cuaderno principal, folio 81), por la declaración de que no había pruebas por practicar en tal oportunidad. Acto seguido declara que por ausencia de una de las partes 'se declara clausurada ésta' y se 'abre una preparatoria de trámite', dentro de la cual se decretan las pruebas pedidas en la demanda y en su respuesta, se declaró cerrada dicha audiencia y se citó para la *primera de trámite* para el 29 de abril siguiente. En la fecha indicada se celebró la primera de trámite en la que se entró directamente a recibir testimonio a Rodolfo Castañeda y luego se declara cerrada (cuaderno principal, folio 82). El 22 de junio de 1971, se celebra la segunda de trámite en la cual se practican varias pruebas (cuaderno principal, folio 170), se declara cerrada y se cita para otra, el 3 de agosto siguiente. En la fecha indicada se celebra la *tercera de trámite,* se inicia la inspección ocular y luego se suspende tal diligencia, se da por terminada la audiencia de trámite y se señala para otra el día 15 de septiembre siguiente, la que, efectivamente se celebra con la denominación de *tercera audiencia de trámite, continuación,* pero que es en realidad *cuarta de trámite* como lo reconoce el mismo Juzgado en dicha audiencia (cuaderno principal, folios 205 y 206). Como puede verse, se celebraron *seis audiencias de trámite,* contra la prohibición terminante del artículo 45 del C. de P. L. Se denominaron dos de ellas como *preparatorias de trámite,* cuando conforme al artículo 44 del mismo estatuto no hay sino tres clases de audiencias, de conciliación, de trámite y de juzgamiento. Se omitió la audiencia de conciliación, como etapa previa, no obstante su perentoria exigencia a tenor de los artículos 77 y 78 del estatuto procesal laboral. Se aceptó la corrección de la demanda en la primera audiencia *preparatoria de trámite,* que legalmente no existe, cuando ello solo era posible dentro de la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Laboral. Se decretaron las pruebas pedidas en la demanda y su respuesta en la *segunda audiencia preparatoria de trámite,* que legalmente no existe, cuando ello solo podía hacerse en la primera audiencia de trámite, una vez clausurada la audiencia de conciliación, como expresamente lo dispone el artículo 79 del citado estatuto. Se dio comienzo a la práctica de las pruebas en la primera audiencia de trámite, cuando ello solo podía ocurrir en la segunda de trámite o de pruebas, por mandato expreso del artículo 80 del C. de P. del T. Lo anterior es suficiente para concluir que al presente juicio se le aplicó un procedimiento caprichoso, creado por el Juez, totalmente distinto al previsto por el Código de Procedimiento del Trabajo, lo que implica la violación del artículo 26 de la Constitución Política que exige la sujeción estricta al procedimiento establecido por el legislador para que pueda pronunciarse sentencia de fondo. Tal caso de antiprocesalismo hace absolutamente nulo todo procedimiento adelantado a partir de la primera audiencia celebrada en este juicio, a tenor del artículo 152 del C. de P. C., desarrollo del artículo 26 de la Constitución, ya citado, y así estaba obligado a declararlo el juzgador de la segunda instancia; absteniéndose de dictar sentencia, con aplicación del artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por virtud de lo dispuesto por el artículo 145 del C. de P. del T., normas que al igual que las anteriores, resultan violadas por falta de aplicación''.

Se refiere el impugnador a la incidencia de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y de las normas procesales en la de las sustanciales relacionadas en la enunciación del cargo y concluye:

''Con la aplicación de la primera serie de normas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín se habría abstenido de dictar sentencia de fondo, habría declarado la nulidad de todo lo actuado en el presente juicio y, por lo mismo, no habría aplicado la segunda serie de normas sustantivas laborales que, por lo mismo, resultaron violadas por aplicación indebida. Por tal razón el cargo debe prosperar y la sentencia impugnada debe ser casada totalmente para proceder, ya como Tribunal de instancia a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que

citó para la primera *audiencia preparatoria de trámite".*

Se considera.

Evidentemente el Juez del conocimiento incurrió en una serie de irregularidades procesales, tales como la de celebrar audiencias preparatorias de trámite que no están previstas en el Procedimiento Laboral y la de suspender las audiencias para continuarlas en otro día, solución esta última a que acuden con frecuencia los funcionarios de primera instancia.

Pero que el Juez, luego de la audiencia de conciliación celebre una que denomina "preparatoria de trámite" no tiene la gravedad que el recurrente le asigna, pues debe entenderse que es la audiencia de trámite contemplada en el artículo 79 del Código Procesal del Trabajo para que se decreten las pruebas y se surtan los incidentes previstos en el mismo Código, se corrija la demanda, se propongan excepciones, etc., y tampoco la tiene el que las audiencias en las cuales se pratican las pruebas se hubiesen denominado primera, segunda y tercera audiencia de trámite, cuando en realidad eran más las que se habían efectuado, ni que la tercera se hubiese suspendido y reanudado en otro día, completando así un mayor número de las señaladas en la ley, porque en nada se afectó el derecho de las partes. Las irregularidades anotadas, por lo demás, no están contempladas como causal de nulidad ni violan el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues no recortan el derecho de defensa.

Sobre irregularidades similares ya se había pronunciado esta Sala de la Corte en los siguientes términos:

"Los artículos 44 y 45 del Código Procesal del Trabajo consagran las clases de audiencias que pueden celebrarse en el procedimiento del trabajo, que son: de conciliación, de trámite y de juzgamiento, y ordena que en ningún caso podrán celebrarse más de cuatro audiencias de trámite. El artículo 79 de la misma obra expresa que si fracasa el intento conciliatorio, acto seguido, y en audiencia de trámite se decretarán las pruebas que fueren conducentes y necesarias. Luego la audiencia que se celebra a continuación de la conciliación y en la que se decretan las pruebas, no es preparatoria de trámite sino que es por definición legal audiencia de esta naturaleza y obviamente es la primera de las cuatro que permite el artículo citado. Con el sistema de llamar audiencia preparatoria a la que legalmente es primera de trámite, puede llegarse a celebrar cinco audiencias de esa clase, cuando la norma solamente permite cuatro, pero esa desatención de la regla procedimental no está constituida en motivo de nulidad, no viola el derecho de defensa ni es contraria al debido proceso, ya que no coarta esas garantías y aun podía pensar que se hace en busca de una mayor amplitud del debate. Si bien es cierto que la actuación es desajustada al procedimiento en cuanto permite una mayor extensión del trámite, no por ello puede declararse nulidad alguna ni es incorrecto el decreto de pruebas, ya que fue pronunciado en la oportunidad procesal correcta aunque mal llamada por el juez "preparatoria de trámite". La Sala encuentra que tal manera de prolongar la actuación no está ajustada a la norma procedimental y en rigor contraría el principio de economía procesal, al que atiende el límite del número de audiencias de trámite, por lo cual no deben los jueces celebrar como audiencias preparatorias de trámite, no autorizadas por la ley, aquellas que la misma norma denomina de trámite". Gaceta Judicial, tomo CXXXVIII números 2340 a 2345, páginas 978 y 979.

Cuanto a la audiencia de conciliación no es cierto que no se hubiese celebrado, porque aun cuando en la primera audiencia denominada de conciliación y preparatoria de trámite nada se dijo sobre el particular, en la segunda con la misma denominación efectuada el diez y nueve de abril de mil novecientos setenta y uno, se dijo, según el acta respectiva: "En vista de la ausencia de una de las partes, se declara clausurada ésta y se abre una preparatoria de trámite". Dio así el Juzgado cumplimiento al artículo 24 del Código Procesal del Trabajo, que entiende que no hay ánimo de conciliación cuando cualquiera de las partes o ambas no concurrieron a la audiencia respectiva y al artículo 79 ibídem, *que ordena declarar clausurada la conciliación cuando el juez considere que no es posible el acuerdo, abriendo acto seguido la audiencia de trámite para decretar las pruebas.*

No sobra advertir, por último, que con este cargo pretende el impugnador que se declare la nulidad de lo actuado, es decir, invoca la nulidad como causal de casación, siendo así que ella fue expresamente suprimida por la Ley 16 de 1968. No subsana el error la circunstancia de que se presente el cargo dentro de la causal primera de casación, pues aun cuando en ella pueden aducirse los errores in procedendo, *es necesario que se demuestre una relación de los mismos con la violación de normas sustanciales, lo que no sucede en el caso en estudio, en donde el casacionista pide la nulidad de lo actuado, presentando un error* in procedendo *no como simple medio sino como fin en sí mismo considerado.*

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Cargo segundo.

"Con base en la causal primera del artículo 60 del D. E. 528 de 1964, acuso la sentencia impugnada de ser violatoria, por infracción directa, por falta de aplicación, de los artículos 28, 44, 45, 77, 79, 80 y 145 del Código de Procedimiento Laboral, 26 de la Constitución Política y 152 y 157 del C. de P. C. y como consecuencia de la violación de esta primera serie de normas, de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 65, 127, 194, 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo y 7º, 8º y 17 del D. L. 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961 a consecuencia de los errores de hecho, evidentes y manifiestos en los autos, en que incurrió el sentenciador por la errónea apreciación de unas pruebas".

Repite el casacionista textualmente la relación de las irregularidades que indica en el cargo primero y dice que siendo nulo todo el procedimiento, resultan nulas o inexistentes todas las pruebas practicadas en el juicio; hace una relación de las que considera mal apreciadas por tal motivo y dice que por esa errónea apreciación el sentenciador incurrió en los siguientes errores de hecho:

"Haber dado por demostrado que Cabarría y Cía., C. por A. y Quimor, Limitada, constituyen una unión empresarial, hecho alegado como básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido o, por lo menos, no ha sido demostrado. 2. Que entre el demandante Alfonso Martínez y Cabarría y Cía., C. por A. existió un contrato de trabajo entre el primero de septiembre de 1960 y el 14 de enero de 1971, hecho alegado como básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido o, por lo menos, no se ha demostrado en el proceso. 3. Que dicho contrato de trabajo terminó unilateralmente por despido sin justa causa, hecho alegado como básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido o, por lo menos, no ha sido demostrado en el plenario. 4. Que la sociedad demandada tenía establecida una bonificación especial para sus trabajadores cuando cumplieran cinco, diez, quince y veinte años de servicios, hecho alegado como básico, pero que manifiestamente no ha existido o, por lo menos, no ha sido demostrado en el juicio. 5. Que la sociedad demandada no pagó ni consignó lo que realmente debía al demandante a la terminación del contrato de trabajo, incurriendo en mora, de mala fe, hecho alegado como básico por el actor, pero que manifiestamente no ha ocurrido o, por lo menos, no ha sido acreditado en el juicio. 6. Que la sociedad demandada hizo pagos parciales del auxilio de cesantía, antes de la terminación del contrato de trabajo, sin los requisitos legales, hecho alegado como básico en la demanda inicial del litigio, pero que manifiestamente no ha ocurrido o, por lo menos, no ha sido acreditado en el plenario. 7. Que el salario promedio mensual del demandante, durante el último año de servicio, fue de $ 4.682.29, hecho alegado como básico pero que manifiestamente no ha existido o, por lo menos, no ha sido acreditado en el juicio".

Se refiere luego a la incidencia de los errores de hecho en la violación de las normas sustanciales y termina así:

"Al prosperar este cargo deberá casarse la sentencia acusada en sus numerales primero, literales a), b), c), d) y e) y cuarto y, en sede de instancia, se *revocará* la sentencia del *a quo* en sus numerales primero, literales a), b) y c), segundo y quinto y, en su lugar, *se absolverá* a la demandada por las súplicas del auxilio de cesantía, bonificación especial, indemnización por despido injusto, pensión proporcional de jubilación, indemnización moratoria y se hará condenación en costas a cargo del demandante. Se confirmará, en lo demás, el fallo de primera instancia".

Se considera.

En este segundo cargo sí se señala el error *in procedendo* como origen de la infracción de normas sustanciales, pues los errores de hecho se hacen consistir en haber apreciado el Tribunal Superior pruebas que a juicio del recurrente están viciadas de nulidad, por lo cual deben considerarse, por ese aspecto, como erróneamente apreciadas.

Sin embargo, respecto a la nulidad de las pruebas practicadas en el proceso, cabe hacer la misma observación que se hizo al estudiar el cargo primero; la celebración de audiencias preparatorias de trámite y de estas últimas en número mayor de cuatro son irregularidades que no están previstas como causal de nulidad en el proceso laboral y no afectan derechos de las partes como para considerar que se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional. Cuanto a la pretendida falta de la audiencia de conciliación, ya se vio cómo tal afirmación no es cierta, pues fue abierta y clausurada por inasistencia de una de las partes.

No existiendo nulidad en el proceso las pruebas que se practicaron en las audiencias, cualquiera que hubiera sido el número de las de trámite, son válidas, por lo cual no incurrió el fallador en la errónea apreciación de las mismas, y en consecuencia, tampoco se produjeron los errores de hecho indicados por el impugnador. El cargo no prospera.

Tercer cargo.

"Con base en la causal primera del artículo 60 del Decreto extraordinario 528 de 1964, acuso la sentencia impugnada de ser violatoria, por interpretación errónea del artículo 127 del C. S. T. y por falta de aplicación de los artículos 128 y 130 del mismo estatuto y, por aplicación indebida, de los artículos 65, 194 y 249 y 254 del C. S. del T. y 17 del D. L. 2351 de 1965, esta última violación a consecuencia de los errores de hecho, evidentes y manifiestos, en que incurrió el sentenciador por la errónea apreciación de unas pruebas".

Manifiesta el recurrente que la sentencia acusada llega a las siguientes conclusiones: que las sociedades Cabarría y Cía., C. por A. y Quimor, Limitada, forman una unidad empresarial; que el demandante prestó sus servicios sin interrupción a dicha unidad empresarial y que, en consecuencia, todo el tiempo servido estuvo regido por un solo contrato de trabajo, a pesar de que acepta que entre las partes se celebraron varios contratos; que la empresa consignó la suma de $ 16.704.54 y que el trabajador recibió un subsidio mensual de $ 800.00 por utilizar su propio vehículo al servicio de la empresa. De otro lado, la demanda de casación considera que hubo varios contratos de trabajo que terminaron legalmente y que en tales ocasiones se le hicieron válidamente al trabajador liquidaciones definitivas del auxilio de cesantía.

Transcribe el impugnador el pasaje del fallo recurrido en el cual se computa como salario la suma de $ 800.00 que el trabajador recibía por utilizar su propio vehículo y dice que el sentenciador, no obstante que acepta que el subsidio mensual de $ 800.00 no era retribución de servicios personales sino de servicios de transporte en el cumplimiento de las labores propias del demandante, lo toma como salario, interpretando equivocadamente, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y que de haberlo interpretado correctamente y aplicado los artículos 128 y 130 del mismo estatuto habría llegado a la conclusión de que tal suma no constituía salario y, por lo tanto, no la habría tenido como tal para incluirlo en las liquidaciones de las condenas que produjo.

Se refiere el casacionista a la conclusión de que existió un solo contrato de trabajo entre la sociedad Cabarría y Cía. C. por A. y el demandante desde el 1º de septiembre de 1960 y el 14 de enero de 1971, y dice que ella se debió a la errónea apreciación de unas pruebas que analiza así:

"a) El contrato escrito de trabajo celebrado entre el demandante y Quimor, Limitada (folios 40 y 41 del cuaderno principal), firmado el 26 de septiembre de 1962 y la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales, de la misma fecha, visible al folio 255 del expediente y documentos en los cuales aparece que el cargo desempeñado por el trabajador era el de *almacenista,* con sueldo fijo mensual de $ 600.00 y una escala de comisiones; b) El contrato de trabajo celebrado entre el actor y Quimor, Limitada, el 11 de enero de 1965, visible al folio 42 del expediente en que el trabajador figura como *vendedor de almacén,* con sueldo fijo de $ 1.000.00 y una escala de comisiones totalmente distinta a la que se había pactado en el contrato anterior; c) El contrato de trabajo celebrado entre el demandante y Cabarría, Limitada, el primero de marzo de 1968 y la *liquidación definitiva de prestaciones sociales* practicada y pagada, el día anterior, 29 de febrero de 1968, por Quimor, Limitada, como aparece a folios 54 y 347 del expediente. En dicho contrato el trabajador figura como *vendedor local,* con sueldo fijo de $ 1.500.00 mensuales y una escala de comisiones *totalmente distinta* a las que figuraban en los anteriores contratos; d) Los certificados de la Cámara de Comercio, visibles a folios 86 y 167 y 175 a 179, de los cuales surge que Cabarría y Cía. C. por A. y Quimor, Limitada, son jurídicamente dos sociedades distintas, independientemente autónomas, no sólo para efectos contables o tributarios como lo dice el sentenciador, sino para todos los efectos jurídicos, sin perjuicio de que para efectos laborales puedan conformar una unidad empresarial; e) Las posiciones extrajuicio del representante legal de la demandada (folios 48 y siguientes), que aclaran el contrato de administración que existía entre Cabarría, Limitada, y Quimor, Limitada, hasta 1968, marzo, *mes en que se retiró de Medellín* Quimor, Limitada, circunstancia que por sí sola justifica la terminación del contrato de trabajo entre el demandante y Quimor, Limitada, la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales y la firma de nuevo contrato con Cabarría y Cía. C. por A.; f) Los hechos 3º y 7º de la demanda inicial del litigio, en los cuales se confiesa los hechos anteriores, es decir, la firma de los contratos de trabajo con Quimor en 1962 y con Cabarría, Limitada, en 1968, la liquidación y pago de las prestaciones sociales en tales oportunidades y la confesión de que en tales actos se dio 'por terminado el contrato de trabajo' aunque agregando que 'por cuestiones de forma y para efectos contables y tribtuarios', lo que puede explicar las razones, pero no quita valor y consecuencias jurídicas a la *terminación*

del contrato de trabajo respectivo, máxime cuando se confiesa que hubo renuncia escrita; g) Los documentos de folios 1 y 25, 26, 28, 30 y 31, del expediente que están acordes con las pruebas anteriores, sobre la existencia de varios contratos sucesivos de trabajo y que, si bien pueden dar base para declarar la unidad empresarial, *no permiten desconocer* la terminación en 1962 y en 1968 de los contratos de trabajo, el primero con Cabarría y el segundo con Quimor, ni la validez de las respectivas liquidaciones definitivas de prestaciones sociales; h) La póliza de seguro (folio 2), en relación con las posiciones absueltas por el demandante y demandado (folios 48, 208 y siguientes y 210 y siguientes) y las declaraciones de Rodolfo Castañeda (folio 82), José Grajales (folio 170), Jorge Alvarez (folio 172) y Diego Rodríguez (folio 228), analizadas por el sentenciador conjuntamente con las pruebas anteriores y que si bien, por una parte, demuestran la unidad de empresa, por la otra, acreditan la existencia de varios contratos de trabajo sucesivos, la terminación de los mismos por renuncia escrita y el pago definitivo de prestaciones sociales en cada oportunidad, no solo para efectos contables y tributarios sino para todos los efectos, inclusive, en 1968, por la mala situación de Quimor, Limitada, y el retiro de esta firma de la oficina de Medellín; i) Las inspecciones oculares (folios 180 y siguientes, 201 y siguientes, 228 y siguientes, y 240 y siguientes), que demuestran cómo el giro de negocios de Quimor y de Cabarría son distintos, y cómo los gastos de la oficina de Medellín, causados por razón de las actividades de Quimor, Limitada, eran cargados contablemente en los libros de Cabarría y C. por A.".

Y agrega: "Basta la lectura de las pruebas reseñadas, para concluir que tanto en 1962 como en 1968, hubo terminación del contrato de trabajo que regía las relaciones entre el demandante y Cabarría en la primera fecha y entre el demandante y Quimor, Limitada, en la segunda, y que, consecuencialmente, en ambas fechas hubo pago definitivo del auxilio de cesantía. Una cosa es que se llegue a la conclusión de que hubo unidad de empresa y que la relación de servicios fue interrumpida y otra, que de allí se deduzca, como lo hizo el Honorable Tribunal, que hubo *un solo contrato de trabajo* y que, por lo mismo, los pagos *definitivos de cesantía fueron parciales* y, por tanto, NULOS. Esta última conclusión carece de todo respaldo probatorio y sería darle valor de prueba a la afirmación del demandante de que la entendió como parcial y a la de algunos testigos (empleados y ex empleados de la demandada), interesados en sacar avante tal *creencia,* violando flagrantemente el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el error de derecho vicia la buena fe. Por aquí concluyó el sentenciador ordenando el pago del auxilio de cesantía total y comparándolo con lo consignado, derivó a la afirmación de que había mora patronal y mala fe por la desproporción entre lo debido y lo consignado".

Como errores de hecho el impugnador indica los siguientes:

"1. Haber dado por demostrado que entre las partes *hubo un solo contrato de trabajo,* cuando lo plenamente acreditado es que hubo varios. 2. Haber dado por demostrado que las liquidaciones de cesantía por terminación del contrato, pagados al actor en septiembre de 1962 (por Cabarría) y en 29 de febrero de 1968 (por Quimor, Limitada), eran *parciales* cuando lo plenamente acreditado en el proceso es su carácter de liquidaciones definitivas. 3. No haber dado por demostrado estándolo plenamente, que el único lapso por el cual se adeudaba cesantía el 14 de enero de 1971, fecha de terminación del último contrato de trabajo, era el corrido entre el 1º de marzo de 1968 y el 14 de enero de 1971. 4. Haber dado por demostrado que existía desproporción entre lo consignado y lo adeudado por cesantía y bonificación especial, cuando lo plenamente demostrado es que el auxilio de cesantía de 2 años, 10 meses y 14 días y la bonificación especial, liquidadas con el salario real, dan una suma inferior a la consignada. 5. Haber dado por demostrado que existía mora en el pago de prestaciones sociales al momento de terminar el contrato de trabajo, cuando lo establecido es que con la consignación se cubrió la totalidad de lo adeudado por tal concepto. 6. Haber dado por demostrado que hubo mala fe en la mora en el pago de prestaciones sociales, cuando lo plenamente acreditado en el proceso es que no hubo deuda pendiente, no hubo mora y, por lo mismo no hubo mala fe. 7. Haber dado por demostrado que la bonificación especial era deuda cierta en el momento de la terminación del contrato de trabajo, cuando la unidad de empresa era discutible y su declaración judicial solo tiene efectos a partir de la sentencia conforme al artículo 194 del C. S. del T.".

Habla el casacionista de la incidencia de los errores de hecho en la violación de las normas sustanciales cuya violación acusa y termina:

"Al prosperar este cargo, deberá casarse la sentencia impugnada en su *numeral primero,* literales a), b) y e) y el *cuarto* consecuencialmente y como Tribunal de instancia, *se revocarán* los literales a) y b) de los numerales *primero y quinto* del fallo del *a quo* y, en su lugar, se con-

denará a la demandada al pago de $ 11.161.58 por auxilio de cesantía y $ 3.882.29 por bonificación especial, se la absolverá de la petición por indemnización moratoria y de las costas del juicio y *se la confirmará,* en los demás''.

Se considera.

El casacionista involucra en el cargo que se estudia conceptos de violación de la ley que son incompatibles, como la interpretación errónea, falta de aplicación (infracción directa), y la aplicación indebida, esta última a través de errores de hecho, o sea en forma indirecta. Sin embargo, si se estudia el fondo del cargo se observa que los conceptos por interpretación y falta de aplicación son independientes de la acusación de violación de la ley a través de errores de hecho, y solo tienen de común la incidencia en la violación de unas mismas normas sustanciales, por lo cual, y sin que por ello se afecte gravemente la técnica del recurso, se estudiarán por separado.

Interpretación errónea del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y por falta de aplicación de los artículos 128 y 130. Al referirse al salario con el cual debían liquidarse las prestaciones e indemnizaciones objeto de las condenas dijo el Tribunal Superior:

''El salario devengado por el demandante fue el deducido por el *a quo,* o sea el de $ 4.682.29, que resulta de sumar al básico de $ 1.500.00, el promedio de comisiones obtenidas en el último año y el subsidio de $ 800.00 que la empresa concedía al trabajador por utilizar, a su servicio, su propio vehículo'' (folios 209 y 250).

El anterior pasaje es el mismo que transcribe el casacionista para indicar en qué parte del fallo recurrido se produjo la interpretación errónea del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Fácilmente se observa que el sentenciador no hace referencia alguna al sentido de la norma, a como debe entenderse. Se limita a dar por establecido un hecho, el pago de un subsidio de $ 800.00 que la empresa concedía al trabajador por utilizar, a su servicio, su propio vehículo, dándole carácter de salario a esa suma recibida. De modo que si se violó el artículo 127 citado, no pudo ser porque hubiese sido interpretado erróneamente, por cuanto en el pasaje transcrito el fallador de segunda instancia no decidió cuál es el pensamiento de la norma, sino que la aplicó a un hecho que encontró subsumido en la misma, sin que hubieran mediado errores de interpretación. Al no demostrarse la violación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, tampoco se ha demostrado falta de aplicación de los artículos 128 y 130 que el casacionista relaciona con la interpretación errónea de aquél. Por el aspecto estudiado el cargo no prospera.

Errores de hecho. El Tribunal Superior luego de hacer referencia a los contratos de trabajo celebrados entre Martínez Rave y Cabarría, Limitada; Quimor, Limitada, y nuevamente Cabarría, Limitada, dijo lo siguiente:

''Para el demandante, se trata de una sola relación de trabajo, iniciada con Cabarría y concluida a su servicio, con un intermedio de dependencia para Quimor, pues con los dos cambios solo buscaron los dueños de la explotación, efectos puramente formales, contables y tributarios, ajenos por completo al propio interés del agente, a los que se sometió no sin recelo, inducido por las garantías que en cada ocasión le dieron de que en nada afectarían ellos sus funciones, remuneración, forma de trabajo, artículos que debía atender, etc. Para la defensa aparece extraña la demanda, por cuanto Quimor y Cabarría son dos sociedades jurídicamente distintas, entre las cuales no existe ningún vínculo, con objetivos propios e independientes, ajenas cada una de ellas totalmente a las relaciones que el señor Martínez haya tenido con la otra.

Muy difícil, si no imposible, resulta aceptar como cierta esta última proposición, conocidos todos los elementos de juicio que obran en el expediente y que la contradicen rotundamente, llevando a pensar que, como lo aduce el demandante, esas dos sociedades, aunque contable, tributaria y formalmente aparecen separadas, en el fondo han tenido conexiones muy íntimas.

El señor Nolasco Uribe, interrogado en posiciones antes del juicio y en las postrimerías de la relación, cuando ya se hacía inminente un rompimiento, admitió: que ha sido Gerente Regional de las dos compañías en esta ciudad, aunque de Quimor solo hasta febrero de 1968; que desde el ingreso del señor Martínez a la empresa en 1960, fue su jefe y el encargado de fiscalizar el cumplimiento de sus funciones; que en su condición de Gerente es quien ha firmado todos los cheques que se expiden a nombre de las dos sociedades, los de Quimor hasta febrero de 1968; que se le concedió a Martínez una prima, autorizada por las dos compañías, sumando el tiempo trabajado por él en cada una de ellas, la cual no puede ser otra que la de que habla el documento de folio 1, otorgada en 1965; que las dos sociedades a que venimos haciendo referencia establecieron para sus trabajadores una prima para los cinco, diez, quince y veinte años de servicios y, además, un tiempo adicional de vacaciones, así como la costumbre de colocar un escudo de dife-

rentes categorías para distinguir la antigüedad de sus empleados, aunque advierte que, a partir de 1966, sus comités directivos, por conducto de su representante legal, señor Martín Bernal, aclararon que tales distinciones no se darían sino a quienes hubieran cumplido el tiempo requerido en una sola de ellas; que mientras Martínez fue empleado de Quimor vendía productos de Cabarría y ganaba comisiones por este concepto, las que le eran pagadas por Quimor; que en la calle 57, número 52-42 han funcionado simultáneamente la gerencia, depósito e instalaciones de las dos sociedades; que están pagando las jubilaciones de Quimor en la oficina de Medellín con cheques de Cabarría, pues ya no funciona aquélla en esta ciudad; que Cabarría y Cía., teniendo en cuenta los servicios prestados por la señorita Emilia Jiménez, así como su estado de salud y su lealtad para las dos compañías, no vacilaron en concederle la jubilación; que Quimor dejó de actuar en Medellín desde marzo de 1968, por lo que todo el personal de la oficina en la actualidad pertenece a Cabarría y está afiliado al I.C.S.S. Bajo el número patronal correspondiente a ella; que el señor Martín Bernal ha firmado diferentes comunicaciones y documentos en su condición de presidente al mismo tiempo de las dos sociedades; que los señores Rafael Montoya, Francisco Agudelo y Débora Grajales, compañeros de trabajo del accionante, recibieron hace poco las bonificaciones establecidas por la empresa, por haber cumplido 20, 15 y 5 años de servicio, respectivamente; que para mantener la unidad de la oficina, los reglamentos fueron iguales para Cabarría y para Quimor y son los mismos que hoy tiene Cabarría; que el Gerente, la secretaria de la Gerencia, la cajera, el jefe de almacén y de bodegas, el operario de empaques, el conductor y su ayudante, el cobrador, el celador y la aseadora, así como el vehículo de distribución, atendieron todas las gestiones y negocios de Cabarría y de Quimor, hasta cuando esta última existió en Medellín, y luego siguieron atendiendo los de la primera; que en la dirección anotada atrás se encuentran los productos para venta y distribución de Cabarría y de Quimor.

Las declaraciones de Rodolfo Castañeda (82), José Grajales (17), Jorge Alvarez (172) y Diego Rodríguez (228), con suficiente conocimiento de causa, corroboran y amplían las confesiones del gerente local y, unas y otras, permiten deducir, en acuerdo con el Juzgado *a quo*, que la sociedad demandada y Quimor han operado en esta ciudad en estrecha conjunción, bajo una misma dirección, en una misma oficina, validos del mismo personal y explotando la venta de productos agro-químicos similares o complementarios (insecticidas, fungicidas, abonos, desinfectantes, etc.). Así mismo, las numerosas certificaciones emanadas de la Cámara de Comercio de Bogotá (de folio 87 a folio 167), bien parangonadas en la alegación de folio 259, corroboran la idea de que los cambios de contratación a que fue sometido el personal, fueron simplemente formales y correspondientes a los estructurales, hechos con fines tributarios y contables, pero no destinados entonces (aunque esa es la intención posterior), a afectar fundamentalmente el *status* de los trabajadores aplicados al común servicio de las dos compañías y al de Industria Química Andina, constituidas, en general, por la mismas personas naturales y jurídicas, y que mudaban de nombre o de capital al vaivén de sus intereses del momento.

Era, valga la expresión, una especie de simbiosis en la que Cabarría, Limitada figuraba como la matriz.

Contemplando el asunto de otra manera, cabe afirmar también, con base en la información testimonial obtenida, que si durante un poco más de cinco años, entre septiembre de 1962 y febrero de 1968, el demandante pasó a desempeñar las mismas funciones que venía cumpliendo hasta la primera fecha expresada, para Cabarría, con el nuevo rótulo de dependiente de Quimor, Limitada, ello tuvo lugar por disposición de la firma que lo empleó en 1960, esto es, de la demandada, de acuerdo con explicaciones que le dio el gerente común de las dos compañías a que hemos venido haciendo referencia, quien, a raíz de éste y del segundo cambio, explicó a los trabajadores que éstos no tenían trascendencia laboral para ellos; que era cuestión de reorganización; que se trataba simplemente de pasar nominalmente de una sección a otra. De suerte que la transferencia a Quimor correspondió a la voluntad de la primera y postrera empleadora.

Se saca, pues, en conclusión, con base en el artículo 194 del Código, que la entidad demandada es la responsable de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo celebrado con ella por Alfonso Martínez en el 1º de septiembre de 1960 y que terminó el 14 de enero de 1971".

Como puede observarse, el Tribunal fundamenta su decisión principalmente en la absolución de posiciones del gerente regional de las compañías Cabarría y Quimor, en Medellín, prueba que analiza en toda su extensión en los testimonios de Rodolfo Castañeda, José Grajales, Jorge Alvarez y Diego Rodríguez, y en las certificaciones expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá. De estas pruebas deduce la existencia de una serie de hechos en los cuales se

apoyó para concluir que la sociedad demandada responde por las obligaciones surgidas del contrato de trabajo que la ligó con Martínez Rave desde el 1º de septiembre de 1960 hasta el 14 de enero de 1971. Sin embargo, el impugnador, en relación con dichas pruebas se limita a indicar lo que a su juicio ellas demuestran, pero sin que censure la apreciación que de ellas hizo el sentenciador, sea porque les haga decir lo contrario de lo que expresan, o por haberse formado juicio errado por fallas críticas o por inadecuada aplicación de las reglas lógicas o principios científicos que las informan.

Así sobre las posiciones extrajuicio del representante de la demandada, dice que aclaran el contrato de administración que existía entre Cabarría, Limitada, y Quimor, Limitada, pero no indica en qué consiste la aclaración, ni si ésta desvirtúa el análisis que de las mismas hizo el Tribunal.

De los certificados de la Cámara de Comercio afirma que de ellas surge que Cabarría y Cía., C. por A., y Quimor, Limitada, son jurídicamente dos sociedades distintas no solo para efectos contables o tributarios sino para todos los efectos jurídicos, oponiendo así su personal apreciación a la del sentenciador que dice que solamente lo eran para fines tributarios y contables, pero sin que diga cómo dicha conclusión, la del Tribunal Superior, es contraria a lo que brota de las pruebas. Los testimonios los relaciona el recurrente con el documento que obra a folio 2 y con las posiciones absueltas por el demandante y demandado para decir que si bien es cierto que demuestran la unidad de empresa, también acreditan la existencia de varios contratos de trabajo, la terminación de los mismos por renuncia escrita y el pago definitivo de prestaciones en cada oportunidad, no solo para efectos contables y tributarios sino para todos los efectos, pero sin que demuestre cómo la prueba fue erróneamente apreciada, ni por qué de la correcta apreciación de las mismas emanan las conclusiones del casacionista, opuestas a las del sentenciador.

El mismo defecto en la sustentación del cargo lo repite el impugnador en relación con las otras pruebas, que, por otra parte, no constituyeron fundamento primordial de la decisión del *a quo*.

No habiéndose demostrado los errores de hecho indicados por el recurrente, el cargo no prospera.

Cuarto cargo.

"Con base en la causal primera del artículo 60 del D. E., 528 de 1964, acuso la sentencia impugnada, de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 7º, literal b), numerales 5º y 7º y artículo 8º del D. L. 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961 y falta de aplicación del numeral 6º del literal a) del mismo artículo 7º del D. L. 2351 de 1965, a consecuencia de los errores de hecho, manifiestos en los autos, en que incurrió el sentenciador por la errónea apreciación de unas pruebas".

Como pruebas erróneamente apreciadas indica las siguientes:

"1. Las documentales visibles a folios 24 a 31 del expediente que contienen las cartas cruzadas entre las partes sobre la bonificación especial reclamada por el demandante, por diez años de servicios, que implican un debate sobre la existencia de la unidad de empresa en cabeza de la demandada, pero que no dan base para vincularla con la terminación del contrato, como lo hace el Honorable Tribunal, y que muchísimo menos se solucionaba con *un traslado provisional* del demandante a Cartagena. Solo apreciando tal documental erróneamente, puede llegarse a la conclusión que sacó el sentenciador, 2. El contrato de trabajo (folio 45), celebrado entre las partes el 1º de marzo de 1968 en *Bogotá, D. E.*, según el cual vincula el trabajador su capacidad de trabajo a la demandada y de *'las empresas, sociedades o compañías filiales, subsidiarias o vinculadas'* como VENDEDOR LOCAL y del literal g) de la cláusula tercera de dicho contrato, que expresamente da cuenta de que han convenido *'en forma expresa'* que el patrono fijara y cambiara la línea de productos, la clientela y los territorios donde debía ejercer su actividad el trabajador, de donde, en forma insólita, leyendo lo que no dice el documento, el sentenciador deduce que no había autorización para el traslado y que solo podía cambiar la actividad del trabajador dentro de la plaza de Medellín, por ser vendedor local, cuando en forma expresa y *no litografiada* sino escrita a máquina, demostrando el acuerdo expreso y concreto de las partes, se ha dicho que puede ser cambiado el territorio donde debía ejercer las actividades el actor. El documento habla de que Martínez es soltero, se ignora qué familia tenga, si vive con ella, si está obligado a sostenerla, cuáles son sus relaciones sociales y, sin embargo, el sentenciador habla de la desmejora del demandante por sus vinculaciones familiares, sociales y económicas con Medellín. 3. Los contratos celebrados entre Quimor, Limitada, en septiembre 1º de 1962 y en 11 de enero de 1965 (folios 40 y 42), en los cuales también aparece como *soltero* y de los que surge que se facultaba a la empresa para cualquier cambio de territorio, dentro de sus dependencias, siempre que no se desmejorara la condición del empleado. 4. La carta de la empresa para el deman-

dante (folio 32), comunicándole *su traslado provisional* a Cartagena, con aumento de $ 200 sobre el sueldo básico y la garantía del promedio de sueldos y comisiones ganados en 1970 y la oferta de pagar los gastos del traslado a Cartagena y *'a la finalización de su comisión reconoceremos, igualmente, los respectivos gastos de su regreso a Medellín'*. No era un traslado *definitivo* como lo toma el fallador, sino *provisional,* una *comisión,* durante la cual va a tener un aumento de sus ingresos, por lo menos de $ 200.00 mensuales. No puede deducirse de esta carta que se desmejore la condición del trabajador, ni en lo social ni en lo económico ni en lo familiar y *mucho menos* que es más oneroso para el demandante vivir por un tiempo en Cartagena que en Medellín. La carta de diciembre 17 de 1970 (folio 34), dirigida por el demandante a la demandada, comunicándole que no acepta el traslado a Cartagena y alegando: 'como ustedes saben mi residencia y sede de actividades familiares, sociales y profesionales ha sido siempre la ciudad de Medellín y, por tanto, cualquier traslado implica para mí un aumento de gastos superior al salario total que me pagarían ustedes'. Es esta la única referencia en el proceso a la desmejora económica, social, familiar y profesional del trabajador, con el traslado a Cartagena y el *sentenciador* le dio valor de plena prueba cuando no es prueba, es la simple afirmación de parte interesada. 6. La carta de enero 12 de 1971 de la demandada para el actor, en la cual da por terminado el contrato de trabajo, por justa causa, ciador deduce, en forma insólita, que fue el demandante quien terminó el contrato por causa imputable al patrono''.
imputable al trabajador, y de la cual el sentenciador deduce, en forma insólita, que fue el demandante quien terminó el contrato por causa imputable al patrono''.

Los errores de hecho los hace consistir en:

''1. Haber dado por demostrado que el traslado del trabajador a Cartagena fue originado por el reclamo de la bonificación especial y una venganza patronal por tal motivo cuando tal hecho manifiestamente no ha ocurrido o, por lo menos, no se ha demostrado en el proceso. 2. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el trabajador tenía familia que debía trasladar a Cartagena, con gastos excesivos, cuando lo que aparece demostrado en el proceso es que era soltero y no hay una sola prueba de que tuviera o sostuviera familiar alguno. 3. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el traslado a Cartagena era *definitivo,* cuando lo plenamente demostrado es que era *provisional.* 4. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el costo de la vida es más alto en Cartagena que en Medellín, cuando tal hecho no ha sido siquiera insinuado en el proceso. 5. Haber dado por demostrado que el aumento de $ 200.00 mensuales era *irrisorio,* frente a los gastos que demandaba al trabajador el traslado a Cartagena, cuando tal hecho no ha sido acreditado en el proceso. 6. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el patrono, con el traslado comentado, causaba perjuicio maliciosamente al trabajador, cuando tal hecho no ha sido acreditado en el proceso. 7. No haber dado por demostrado, estándolo, que la demandada tenía razones respetables para el traslado del trabajador que las expuso en la respectiva comunicación. 8. Haber dado por demostrado que el trabajador dio por terminado el contrato, cuando lo plenamente demostrado es que dicho contrato lo terminó el patrono por justa causa imputable al trabajador. 9. No haber dado por demostrado, estándolo, que la negativa, injustificada del trabajador a aceptar el traslado provisional a Cartagena, constituía justa causa para que el patrono diera por terminado el contrato de trabajo. 10. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que hubo despido sin justa causa, del demandante''.

Termina así el recurrente:

''Al prosperar este cargo deberá casarse la sentencia acusada en sus *numerales primero,* literales c) y d) y *quinto.* Y en sede de instancia, se deberá *revocar* los *numerales primero,* literal c), *segundo* y *quinto,* para en su lugar, *absolver* a la demandada, por las peticiones de indemnización por despido injusto, jubilación proporcional por la misma causa y de las costas del juicio''.

Se considera

Sobre la terminación del contrato de trabajo dijo el fallador de segunda instancia:

''En cuanto a la forma como terminó el contrato de trabajo, todo inclina a pensar que fue la solicitud que hizo el trabajador de esa bonificación (folio 30), la que llevó a la empresa a ponerle fin, buscando como pretexto una orden de traslado a la sucursal de Cartagena, que de antemano podía presumir que no sería aceptada, primero, porque el contrato celebrado el 1º de marzo de 1968 (folio 45), no lo autorizaba, y segundo, porque la transferencia implicaba desmejora notoria del señor Martínez, por haber sido obviamente Medellín el centro de sus actividades laborales, familiares y sociales durante mucho tiempo, según lo puntualizó él en su carta de 17 de diciembre de 1970 (folio 34): aparte de que el ofrecido aumento de $ 200.00 (folio 32), resultaba irrisorio; todo lo cual está bien explicado en el fallo de primera instancia, cuya conclusión, que la Sala acoge, fue la de que el patrono

dio lugar a la terminación del contrato por parte del trabajador, por violación de los numerales 5º y 7º del aparte b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, y la de que, por ende está obligado a pagarle la indemnización prevista en el artículo 8º *ibídem*. Por la misma razón, la demandada se encuentra en la obligación de concederle al demandante una pensión proporcional de jubilación, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, computada teniendo en cuenta el tiempo servido: 10 años, 4 meses y 14 días, a partir del día en que cumpla 50 años. Su monto es de $ 1.811.20''.

El casacionista tiene razón cuando considera que no se encuentra demostrado que exista relación entre la solicitud que hizo el demandante para que se le concediera una bonificación especial y la orden de traslado a Cartagena que le fue dada por la sociedad demandada a Martínez Rave, cuyo incumplimiento culminó con la nota de despido. La última carta enviada por Martínez Rave insistiendo en su solicitud fue dirigida el 21 de octubre de 1970 (folio 30) y fue respondida con carta del 2 de noviembre de 1970 (folio 32), en la cual Cabarría y Cía. C. por A. manifiesta que no se considera obligada de la bonificación solicitada, por razones que expone, y que espera que en esa forma haya quedado definitivamente aclarada su posición. La carta en la cual se ordena al demandante que se traslade a Cartagena tiene fecha diciembre 11 de 1970, un mes 9 días después de la negativa, y no hay nada en ella, y si existe, el Tribunal no lo hizo, que permita deducir que se tomó la decisión de trasladar al trabajador en vista de que anteriormente había hecho un reclamo que no fue atendido favorablemente. La apreciación razonable de las pruebas no llega hasta el extremo de que puedan hacerse conjeturas como la del fallador de segunda instancia, cuando dice que ''todo inclina a pensar que fue la solicitud que hizo el trabajador de esa bonificación (folio 30), la que llevó a la empresa a ponerle fin buscando como pretexto una orden de traslado a la sucursal de Cartagena...''. Tiene razón el casacionista en este aspecto de la acusación.

Cuanto a que la sociedad demandada podía presumir que no sería aceptada la orden de traslado, porque el contrato vigente no lo permitía y la transferencia implicaba desmejora notoria de las condiciones de Martínez, además de que el aumento de $ 200.00 era irrisorio, se observa lo siguiente: el contrato de trabajo celebrado el 1º de marzo de 1968 entre Cabarría, Limitada, y el demandante estipula en la cláusula primera: ''...*el patrono* podrá asignar al *empleado*, dentro de cualquiera de sus dependencias actuales o futuras, cualquier otro puesto o cargo sin desmejorar la remuneración económica del *empleado*'', y en la cláusula g) se agregó: ''Se conviene en forma expresa que queda al arbitrio del *patrono* la asignación de los territorios, clientela, productos y líneas de representación que debe trabajar *el empleado* y que el cambio de dichos territorios, clientela, productos o línea de representación, todo lo cual es aceptado de antemano por *el empleado*, no implica desmejora alguna en las condiciones del *empleado*, pues esta facultad la estipulan las partes como inherentes de las atribuciones del *patrono* y dadas las modalidades propias de los servicios que *el empleado* se obliga a prestar''. Es decir, que el patrono podía trasladar al trabajador fuera de Medellín, lugar en donde inicialmente se obligó a prestar sus servicios, siempre que ello no desmejorara económicamente al trabajador. Es clara la apreciación errónea de esta prueba cuando el fallador de segunda instancia concluye que la facultad de trasladar no se pactó en el contrato de trabajo.

Respecto a la desmejora notoria del señor Martínez Rave, el Tribunal Superior se apoya en las manifestaciones que éste hizo en una carta dirigida a la empresa. Siendo una declaración del propio demandante, no podía tomarse como prueba sino en cuanto lo perjudicaba y no en lo que lo favorecía, que debía demostrar por otros medios. Y como el Tribunal acogió lo favorable, apreció erróneamente la prueba.

No hay tampoco prueba alguna de que el aumento de $ 200.00 que se le ofreció al trabajador fuese irrisorio y la afirmación que hace el fallador de segunda instancia no deja de ser una suposición.

Por último, el *ad quem* acogió los argumentos del Juez de primer grado en cuanto concluyó ''que fue la empresa quien rompió en forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo'' (folio 321), y, sin embargo, con base en los mismos argumentos afirmó: ''que el patrono dio lugar a la terminación del contrato por parte del trabajador'', conclusión que no explica y que de todos modos se opone a la carta de 12 de enero de 1972, por medio de la cual la sociedad demandada dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

La errónea apreciación de las pruebas a que se ha hecho referencia condujo al Tribunal Superior a incurrir en los errores de hecho anotados por el recurrente, especialmente en los de haber dado por demostrado que la sociedad demandada dio lugar a la terminación unilateral del contrato y en no haber dado por demostrado que Cabarría y Cía., C. por A., lo dio por terminado unilateralmente sin justa causa, pues que-

dó comprobado en el proceso que el trabajador se negó a cumplir sin motivo justificativo alguno una orden de traslado para lo cual estaba facultado el patrono contractualmente y que no implicaba desmejora para el trabajador. Estos errores de hecho incidieron en la violación de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, por cuanto con base en dicho error, el Tribunal Superior ocndenó a la sociedad demandada a pagar la indemnización por terminación unilateral sin justa causa y a la pensión especial por más de diez años de servicio y despido sin justa causa. Se casará el fallo en lo pertinente y en decisión de instancia se absolverá a Cabarría y Cía., C. por A., de esas peticiones, previa revocatoria de la condena que por esos conceptos hizo el fallador de primer grado.

Quinto cargo.

"Con base en la causal primera del artículo 60 del Decreto E. 528 de 1964, acuso la sentencia impugnada, de ser violatoria, por interpretación errónea del artículo 127 del C. S. T. y por falta de aplicación, de los artículos 128, 130 y 253 del mismo estatuto y por aplicación indebida, por hacerles producir consecuencias jurídicas distintas a las previstas en los artículos 17 del D. L. 2351 de 1965 y 65 y 249 del C. S. del T. La sentencia impugnada, da por demostrados los siguientes hechos que no se discuten para los efectos de este cargo. 1. Que el demandante estuvo vinculado laboralmente a la demandada desde el 1º de septiembre de 1960 hasta el 14 de enero de 1971. 2. Que en el último año de servicios el demandante tenía un salario fijo de $ 1.500.00 mensuales, un promedio mensual de comisiones de $ 2.382.80 y que recibía como cuota mensual por el uso al servicio de la empresa del vehículo propio del demandante, la suma de $ 800.00. 3. Que el demandante tenía derecho a una bonificación especial de 1 mes de salario y cinco días de vacaciones por haber cumplido 10 años de servicios. 4. Que hubo una consignación de $ 16.704.54 por auxilio de cesantía. 5. Que hubo dos pagos parciales del auxilio de cesantía, con los requisitos legales, los cuales descuenta de la condena. Pero, al determinar el salario básico para liquidar el auxilio de cesantía y la bonificación especial, suma al sueldo fijo, y, al promedio mensual de comisiones que da $ 3.882.29, la suma de $ 800.00 mensuales que se le pagaban por el uso del vehículo del demandante al servicio de la demandada, con lo que viola, por interpretación errónea el artículo 127 del C. S. del T. que dice que constituye salario todo lo que implique 'retribución de servicios' que lógicamente ha de entenderse 'servicios personales' y no 'servicios de transporte'. Sin la violación anterior y la aplicación correcta de los artículos 128 y 130 del mismo Código, los cuales, por no haber sido aplicados, resultan violados, habría concluido que no constituyen salario las sumas que el trabajador recibe *'para desempeñar a cabalidad sus funciones como los gastos de representación, medios de transporte...'* y que los viáticos no constituyen salario en lo que tengan por finalidad *'proporcionar los medios de transporte'*, el sentenciador habría concluido que el salario básico para todos los efectos legales, en el último año de servicios, era de $ 3.882.29 y no de $ 4.462.29 que tuvo en cuenta y así habría liquidado la bonificación especial y la cesantía. Por otra parte, aplicó el artículo 17 del D. L. 2351 de 1965, indebidamente, haciéndole producir consecuencias jurídicas distintas a las previstas por la norma pues al pago que ella ordena liquidar el auxilio de cesantía con el último salario devengado todo el tiempo posterior al 1º de enero de 1963 el sentenciador liquidó todo el tiempo servido por el actor desde el 1º de septiembre ed 1960 hasta el 14 de enero de 1971, y violó, por no aplicar el artículo 253 del C. S. T. que era el aplicable para liquidar el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicio del 1º de septiembre de 1960 al 31 de diciembre de 1962. Y, como es obvio, resulta violado, por aplicación indebida, el artículo 249 del mismo Código, que en relación con el 253 y el 17 del D. L. 2351, consagraba el auxilio de cesantía. Sin tales violaciones el sentenciador habría reconocido el auxilio de cesantía de 8 años sobre la base de un salario básico de $ 3.882.29, o sea la suma de $ 31.058.32 a la que habría descontado la suma de $ 14.869.98 pagados parcialmente en forma válida, según el fallo, lo que da un saldo insoluto de $ 16.188.34, inferior a la que reconoce como consignada por la empresa demandada. Y, por lo mismo, no habría aplicado el artículo 65 del C. S. del T., para condenar por indemnización moratoria sobre la base de una mora en el pago y una mala fe en la mora deducida de la desproporción entre lo debido por cesantía y lo consignado por el mismo concepto, por lo que lo violó, por aplicación indebida, sino que correctamente aplicado, le habría servido para imponer la absolución por tal concepto. Al prosperar este cargo deberá casarse parcialmente la sentencia impugnada en cuanto por sus *numerales primero,* literales a), b) y e) y *cuarto,* condenó al pago de $ 36.639.39 por cesantía, $ 5.462.54 por bonificación y de la indemnización moratoria a razón de $ 156.07 y a las costas en un 70% de las causadas y, como Tribunal de instancia, *modificara* los literales a) y b)

del *numeral primero* del fallo del *a quo,* limitando la condena por auxilio de cesantía a la suma de $ 16.188.34, la de bonificación a $ 3.882.29, revocará el numeral *quinto* de dicho fallo, *absolverá* a la demandada de la petición de indemnización moratoria y de las costas del juicio y *confirmará* en lo demás, dicha sentencia".

Se considera.

También en este cargo se estudiarán por separado las acusaciones por interpretación errónea del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y falta de aplicación de los artículos 128, 130 y 253, y la aplicación indebida del artículo 17 del D. L. 2351 de 1965, que son independientes, pero según el casacionista confluyen en la violación de los artículos 65 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto a la interpretación errónea del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el recurrente, como en el cargo tercero, se limitó a decir que al determinar el Tribunal Superior el salario básico para liquidar el auxilio de cesantía y la bonificación especial, agrega al sueldo fijo y al promedio mensual de comisiones la suma de $ 800.00 mensuales que se le pagaban al demandante por el uso de un vehículo al servicio de la demandada, interpretando así erróneamente dicho artículo. Pero no dice cómo se cambió el sentido de la norma, ni cuál es su verdadero contenido para que la Corte escoja entre ambas interpretaciones cuál es la correcta y pueda así realizar la confrontación de la sentencia con la ley. No ha demostrado el casacionista, por lo tanto, la errónea interpretación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, ni la subsiguiente falta de aplicación de los artículos 128 y 130 *ibídem* que relaciona con la infracción del primero.

Cuanto a la aplicación indebida del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como norma legislativa permanente por la Ley 48 de 1968, la hace consistir el casacionista en que el Tribunal Superior liquidó todo el tiempo servido por el trabajador demandante con el último salario devengado, incluyendo el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1960 y el 31 de diciembre de 1962.

Ahora bien: el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, establece la regla general que la traía también el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, de que para liquidar el auxilio de cesantía cuando se trata de salario fijo, se toma como base el último mensual devengado por el trabajador, salvo que haya tenido variación en los tres últimos meses, además de que exceptúa el período anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), que se liquidará de acuerdo con las normas vigentes hasta esa fecha. En consecuencia, al trabajador le corresponde demostrar el último salario mensual devengado para que se tome como base para liquidar todo el tiempo de servicio. Si hubo variación en los tres últimos meses la carga de la prueba recae sobre el patrono, así como la de los salarios y sus aumentos que incidirían en la aplicación del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo para la liquidación del período anterior al 31 de diciembre de 1962, por tratarse de un régimen exceptivo. Aplicó el *ad quem* correctamente el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, por cuanto el patrono no aportó la prueba de las variaciones del salario devengado por Martínez Rave.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Sexto cargo.

"Con base en la causal primera del artículo 60 del D. E. 528 de 1964, acuso la sentencia impugnada de ser violatoria, por interpretación errónea del artículo 127 del C. S. del T. y, por falta de aplicación de los artículos 128 y 130 del mismo Código y, por aplicación indebida de los artículos 65 y 249 del C. S. de T. y 8º y 17 del D. L. 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961. La sentencia impugnada, da por demostrados los siguientes hechos que no se discuten para los efectos de este cargo.

1. Que el demandante estuvo vinculado laboralmente a la demandada desde el 1º de septiembre de 1960 hasta el 14 de enero de 1971. 2. Que en el último año de servicios el demandante tenía un salario fijo de $ 1.500.00 mensuales, un promedio mensual de comisiones de $ 2.382.29 y que recibía como cuota mensual por el uso al servicio de la empresa del vehículo propio del demandante, la suma de $ 800.00. 3. Que el demandante tenía derecho a una bonificación especial de 1 mes de salario y cinco días de vacaciones por haber cumplido 10 años de servicios. 4. Que hubo una consignación de $ 16.704.54 por auxilio de cesantía. 5. Que hubo dos pagos parciales del auxilio de cesantía, con los requisitos legales, los cuales descuenta de la condena. Pero, al determinar el salario básico para liquidar el auxilio de cesantía y la bonificación especial, suma al sueldo fijo y, al promedio mensual de comisiones que da $ 3.882.29 la suma de $ 800 mensuales que se le pagaban por el uso del vehículo del demandante al servicio de la demandada, con lo que viola por interpretación erró-

nea el artículo 127 del C. S. del T. que dice que constituye salario todo lo que implique 'retribución de servicios' que lógicamente ha de entenderse 'servicios personales' y no 'servicios de transporte'. Sin la violación anterior y la aplicación correcta de los artículos 128 y 130 del mismo Código, los cuales por no haber sido aplicados resultan violados, habría concluido que no constituyen salario las sumas que el trabajador recibe *'para desempeñar a cabalidad sus funciones como los gastos de representación, medios de transporte...'* y que los viáticos no constituyen salario en lo que tengan por finalidad *'proporcionar los medios de transporte'*, el sentenciador había concluido que el salario básico para todos los efectos legales, en el último año de servicios era de $ 3.882.29 y no de $ 4.862.29 que tuvo en cuenta y así habría liquidado la bonificación especial y la cesantía. Aplicó indebidamente, sobre el salario equivocadamente determinado, los artículos 249 y 17 del D. L. 2351 de 1965, para determinar el auxilio de cesantía, el 8º del mismo Decreto para liquidar la indemnización por despido y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 sobre pensión proporcional de jubilación, por la misma causa. Y, consecuencialmente, aplicó indebidamente el artículo 65 del C. S. del T. sobre la base de que había una desproporción entre lo debido y lo consignado, cuando sin las violaciones ameritadas tal desproporción no existe. La errónea interpretación del artículo 127 del C. S. del T. llevó, igualmente, al sentenciador a reconocer una bonificación de $ 5.464.54 cuando la que corresponde es de $ 3.882.29. Sin tales violaciones el fallo impugnado habría reconocido por auxilio de cesantía $ 31.058.32 de la cual habría deducido lo legalmente pagado, en forma parcial, como lo hizo, en suma de $ 14.869.98, lo que da un saldo de $ 16.188.34 para imputarle los $ 16.704.54 consignados. Habría reconocido $ 3.882.29 como bonificación especial. La condena por indemnización por despido injusto la habría liquidado en $ 42.705.19. Y, la jubilación proporcional la habría reconocido en $ 1.455.86 mensuales. Y, por lo mismo, no habría violado, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. del T., pues habría desaparecido la desproporción entre lo debido y lo consignado por cesantía, y, por tanto, con su aplicación correcta, se habría absuelto por este extremo. Al prosperar este cargo se casará la sentencia acusada en sus *numerales primero*, literales a), b), c), d) y e) y *cuarto* y, en sede de instancia, se modificarán los numerales *primero* del fallo del *a quo*, en sus literales a), b) y c) y *segundo* y *quinto*, para concretar las condenas así: a) $ 3.882.29 por bonificación; b) $ 16.188.34 por auxilio de cesantía; c) $ 42.705.19 por indemnización por despido injusto. Se absolverá por los extremos de la indemnización moratoria y de las costas del juicio *y se confirmará*, en lo demás, el fallo de primera instancia. En los términos anteriores dejo descorrido el traslado que para sustentar el recurso se me corrió''.

Se considera.

Sobre la motivación por interpretación errónea del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo cabe repetir lo mismo que se dijo al estudiar los cargos tercero y quinto, por cuanto el impugnador también repite casi textualmente los argumentos que en ellos expresa. No se ha señalado en el cargo cuál fue la errónea interpretación de la norma citada, ni cuál es la correcta, pues el recurrente solo aduce que el fallador al darle carácter de salario a la suma de $ 800.00 mensuales que se le pagaban al demandante por el uso del vehículo, incurrió en la interpretación errónea. Ante esta mera afirmación no le es dable a la Corte indagar si el sentido que el Tribunal Superior le dio al artículo 127 citado es el correcto o no. Como la violación de los artículos 128 y 30 del Código depende de la anterior, tampoco se ha demostrado ni las consecuenciales de los artículos 249 y 65 del estatuto laboral, 8º y 17 del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961. El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada el veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral. En cuanto en el artículo primero condena a Cabarría y Cía., C. por A., a pagar a Alfonso Martínez Rave la suma de cincuenta mil novecientos sesenta y dos pesos con treinta y nueve centavos ($ 50.962.39) como indemnización por despido sin justa causa, aparte c) y la suma de un mil ochocientos once pesos con veinte centavos ($ 1.811.20) a partir de la fecha en que cumpla o haya cumplido 50 años de edad, por concepto de jubilación proporcional, aparte d) decisiones que confirman lo resuelto por el *a quo* en el aparte c) del artículo 1º y modifican la condena en abstracto del artículo 2º, respectivamente, y en sede de instancia se REVOCAN esas condenas del Juez de primer grado contenidas en el fallo de 30 de abril de mil novecientos setenta y tres, y en su lugar se ABSUELVE a Cabarría y Cía., C. por

A., de las peticiones sobre indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo y pensión proporcional de jubilación, contenidas en la demanda instaurada por Alfonso Martínez Rave.

NO SE CASA EN LO DEMÁS.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



VOCACION DE PERMANENCIA

Lo que ha dicho la Corte sobre la vocación de permanencia que tiene el contrato de trabajo se relaciona con la indemnización y determinadas prestaciones a que tiene derecho el trabajador cuando es despedido sin justa causa.—Si tal cosa no fuera así, no existiría en el Código de la materia, la regulación sobre terminación del contrato por parte del patrono, pagando indemnización de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero veintiséis de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 5. Radicación número 4445.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar).

Víctor Julio Niño Gallo, por conducto de apoderado, demandó a la sociedad anónima Cementos Diamante, representada por su presidente, Eduardo Silva C.; o por quien haga sus veces, para que mediante los trámites del juicio ordinario laboral de mayor cuantía, se hicieran en contra de aquéllas las siguientes o parecidas declaraciones y condenas.

Primera. Que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que se desarrolló entre el 15 de enero de 1947 y el 16 de junio de 1970.

Segunda. Que se declare que en el tiempo a que se alude en la petición anterior no se presentó ninguna interrupción en el dicho contrato de trabajo.

Tercera. Que se condene a Cementos Diamante, S. A., a pagarle el valor de los domingos y días festivos comprendidos entre el 16 de diciembre de 1968 y el 15 de junio de 1970.

Cuarta. Que con base en la condena anterior, se le reajusten las primas de servicio y las vacaciones causadas a su favor, durante el mismo lapso a que se refiere la petición tercera.

Quinta. Que se condene a la sociedad demandada a pagarle el valor de la cesantía por todo el tiempo de servicios, deduciendo el monto de los pagos por dicho concepto, que se hubieren verificado válidamente, con sujeción a las normas sustantivas.

Sexta. Que se condene a Cementos Diamante, S. A., a pagarle el valor de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los anteriores salarios y prestaciones, a partir del 16 de junio de 1970 y hasta el día en que el pago total se verifique.

Séptima. Que se condene a la demandada a pagarle el valor de la indemnización contemplada en el literal d) del inciso cuarto del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, deduciendo de aquélla la suma correspondiente al monto de lo pagado en la liquidación definitiva que le hizo la empresa.

Octava. Que se condene a la demandada a pagar las costas y costos del juicio.

El apoderado del actor afirmó como hechos de las anteriores pretensiones:

"Primero (1º). El señor Víctor Julio Niño Gallo inició la prestación de sus servicios para la sociedad Cementos Diamante, S. A., el día 15 de enero de 1947".

"Segundo (2º). El señor Víctor Julio Niño Gallo fue contratado inicialmente para desempeñar las labores de jefe de personal de la sociedad Cementos Diamante, S. A., en las instalaciones de ésta en el Municipio de Rafael Reyes (Apulo)".

"Tercero (3º). El señor Víctor Julio Niño Gallo permaneció al servicio de la sociedad demandada, desempeñando las labores a que se refiere el hecho anterior, hasta el día 15 de diciembre de 1968".

"Cuarto (4º). El salario promedio devengado por el señor Niño Gallo durante el año comprendido entre el 16 de diciembre de 1967 y el 15 de diciembre de 1968, fue la cantidad de tres mil

novecientos veintitrés pesos con ochenta centavos ($ 3.923.80) moneda corriente, mensuales".

"Quinto (5º). El 16 de diciembre de 1968 el señor Niño Gallo, mi mandante, fue trasladado para desempeñar el cargo de agente de ventas de la sociedad demandada en la ciudad de Ibagué".

"Sexto (6º). Como remuneración por los servicios del señor Niño en Ibagué, las partes convinieron en una remuneración fija mensual de un mil ochocientos setenta pesos ($ 1.870.00) moneda corriente, adicionados en una comisión por ventas, así: sobre las primeras 1.999 toneladas de cemento vendidas por la agencia a cargo de Niño, la suma de treinta y cinco centavos ($ 0.35) moneda corriente, por cada tonelada; de 2.000 a 3.999 toneladas, la cantidad de cuarenta y cinco centavos ($ 0.45) moneda corriente, por cada tonelada, y sobre el exceso de 4.000 toneladas, la suma de cincuenta centavos moneda corriente ($ 0.50), por tonelada".

"Séptimo (7º). El 15 de febrero de 1969, le fue reajustado el salario fijo mensual del demandante a la cantidad de dos mil ciento veinte pesos ($ 2.120.00) moneda corriente".

"Octavo (8º). El primero de mayo de 1970, nuevamente le fue reajustada la remuneración fija mensual del señor Niño a la cantidad de dos mil trescientos setenta pesos ($ 2.370.00) moneda corriente".

"Noveno (9º). Durante el tiempo en que el actor estuvo desempeñando las labores de agente en la ciudad de Ibagué, los factores para determinar su remuneración variable o comisión por ventas, no sufrieron ninguna modificación".

"Décimo (10). Al señor Niño Gallo se le pagó el valor de sus dominicales y días festivos únicamente con base en el salario fijo devengado por él, no así en cuanto al valor correspondiente por la remuneración variable, por las comisiones de venta".

"Decimoprimero (11). En vista de que no se le canceló a mi mandante el valor de los dominicales y días festivos, no resulta correcta la liquidación de vacaciones y de prima de servicios que se le practicara, por la potísima razón de que dicha liquidación no consulta el salario mensual, incluyendo dominicales, verdaderamente causado".

"Decimosegundo (12). Al señor Víctor Julio Niño se le practicó y pagó una liquidación de cesantía definitiva, correspondiente al lapso trabajado entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de diciembre de 1968 y tal liquidación le fue hecha en forma ilegal, en vista de que el contrato de trabajo vigente con el señor Niño no había terminado y nunca terminó hasta el 15 de junio de 1970".

"Decimotercero (13). A mi mandante se le pagó la indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo con base en el período trabajado del 16 de diciembre de 1968 al 15 de junio de 1970, sin tener en cuenta el tiempo comprendido entre el 15 de diciembre de 1968 y el 15 de enero de 1947".

"Decimocuarto (14). A mi poderdante no se le ha pagado el valor completo de sus salarios y prestaciones y por lo tanto, la empresa demandada está en mora de hacer dicho pago y ha incurrido en la falta castigada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Decimoquinto (15). El señor Víctor Julio Niño me ha otorgado poder para iniciar y tramitar este juicio".

En derecho fundamentó el libelo en los artículos 1º, 5º, 9º, 13, 14, 21, 22, 43, 55, 65, 172, 173, 176, 177, 249, 306 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo; 8º del Decreto 2351 de 1965 y 74 y siguientes del Decreto 2158 de 1946.

Cementos Diamante, S. A., al contestar la demanda, por medio de apoderado, se opuso a las peticiones de la misma y en cuanto a los hechos aceptó que Niño Gallo había prestado sus servicios a la sociedad desde el 15 de enero de 1947 hasta el 15 de diciembre de 1968, "fecha en la cual se retiró voluntariamente por haber solicitado su pensión de jubilación, que la empresa reconoció a partir del 16 de diciembre de 1968 y ha venido pagando hasta el presente".

También aceptó que terminado el contrato en la forma descrita, el demandante, en virtud de una relación diferente a la anterior ya extinguida, prestó sus servicios como agente de ventas en Ibagué, desde el día 19 de diciembre de 1969, cuando recibió la agencia, hasta el 15 de junio de 1970, fecha en la cual se le cancelaron todas las prestaciones a que tenía derecho por esta nueva vinculación en la misma forma que se le pagaron todas las prestaciones cuando se retiró el día 15 de diciembre de 1968.

Manifestó también el apoderado de la sociedad que aceptaba los salarios devengados por Niño Gallo "una vez se prueben"; que la empresa le liquidó y pagó por terminación del contrato de trabajo, la cesantía definitiva hasta el 15 de diciembre de 1968 e, igualmente, a la que tenía derecho por su nueva vinculación a la empresa.

Como excepciones propuso las de carencia de derecho y cobro de lo no debido. Agregó que "es importante hacer notar desde este instante el deseo del señor Niño Gallo de enriquecerse

sin justa causa y de la falta de buena fe en su reclamación'' (folios 12 y 13). Tramitado el juicio, el Juzgado 4º Laboral del Circuito, que conoció de aquél, le puso fin a la primera instancia, en sentencia de 14 de marzo de 1972, en la que dispuso:

''Primero. *Declárase* la existencia de un contrato de trabajo entre la sociedad denominada Cementos Diamante, S. A., y el señor Víctor Julio Niño Gallo, con cédula de ciudadanía número 2924501, sin solución de continuidad entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de junio de 1970''.

''Segundo. *Condénase* a la sociedad Cementos Diamante, S. A., con domicilio principal en Bogotá, representada por el doctor Eduardo Silva o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Víctor Julio Niño Gallo, de las condiciones civiles conocidas, las siguientes sumas de dinero:

''a) A la suma de ocho mil quinientos veintidós pesos con setenta y un centavos ($ 8.522.71) moneda corriente, por concepto de salarios insolutos por dominicales y festivos'';

''b) A la cantidad de setecientos cincuenta y cinco pesos con setenta y tres centavos ($ 755.73) moneda corriente, por concepto de prima de servicios'';

''c) A la suma de trescientos noventa pesos con cuarenta y tres centavos ($ 390.43) moneda corriente, por concepto de reajuste de vacaciones'';

''d) A la cantidad de once mil doscientos cincuenta y cinco pesos con ochenta y cinco centavos ($ 11.255.85) moneda corriente, por concepto de cesantía'';

''e) A la suma de ciento sesenta y cinco pesos con doce centavos ($ 165.12) moneda corriente, diarios, a partir del 16 de junio de 1970 hasta el día en que se pague el valor de las condenas anteriores'', y

''f) A la cantidad de ciento once mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con treinta y cinco centavos ($ 111.466.35) moneda corriente, por concepto de indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo''.

''Tercero. *Declárase* probada oficiosamente la excepción de pago parcial en relación con la cesantía y con la indemnización por despido, de conformidad con la parte motiva de esta providencia''.

''Cuarto. *Declárase* (sic) no probadas las excepciones parentorias propuestas por la parte demandada''.

''Quinto. *Condénase* en costas a la parte demandada. Tásense''.

El apoderado de la parte demandada apeló de la sentencia del *a quo*, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por mayoría, en fallo de 13 de febrero de 1973, resolvió así el recurso:

''1º *Revócase* el numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar, *declárase* la existencia de dos contratos de trabajo entre la sociedad denominada Cementos Diamante S. A., y el señor Víctor Julio Niño Gallo, los cuales rigieron dentro de los períodos comprendidos entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de diciembre de 1968; y el 15 de diciembre de 1968 y el 15 de junio de 1970''.

''2º *Modifícanse* los literales d) y f) del numeral segundo de la misma sentencia, en el sentido de que las sumas que deberá pagar a la demandada por los conceptos allí anotados, serán los siguientes:

''a) Por cesantía del segundo contrato de trabajo, cinco mil ciento diez y ocho pesos con veintitrés centavos ($ 5.118.23) moneda corriente'' y

''b) Por indemnización por despido, novecientos once pesos con cuatro centavos ($ 911.04) contraída al segundo contrato''.

''3º *Confírmase* en todo lo demás, la misma sentencia''.

''4º *Sin costas* en esta instancia''.

Los apoderados de las partes interpusieron contra la resolución del Tribunal, recurso de casación que les fue concedido y la Corte lo admitió en su oportunidad.

El recurso de las partes es parcial y, por tanto, la Sala estudiará primero el interpuesto por el apoderado de Niño Gallo, y después el formulado por el de la sociedad anónima Cementos Diamante, junto con las réplicas correspondientes.

Recurso de la parte demandante.

Según la demanda extraordinaria, el apoderado de Víctor Julio Niño Gallo, aspira a obtener a través de los cargos que formula ''la casación parcial de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 13 de febrero de 1973 para que en sede de instancia, se revoquen los numerales 1º, 2º y 4º de la mencionada providencia, mediante los cuales se declaró la existencia de dos contratos diferentes; se condenó a la sociedad demandada al reajuste del auxilio de cesantía y de indemnización por despido, únicamente en relación con el segundo contrato y se absolvió en cos-

tas a la demandada, para que en su lugar se confirme totalmente la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de marzo de 1972 y se condene en las costas de la segunda instancia de (sic) la sociedad demandada en el juicio, Cementos Diamante, Sociedad Anónima".

El opositor no critica el alcance de la impugnación, formulado como se ha transcrito, pero es indispensable que la Corte lo glose por cuanto el recurrente a la vez que pide la casación parcial de la sentencia acusada en sus numerales 1º, 2º, y 4º, solicita que la Sala en sede de instancia, revoque tales numerales, confundiendo así la casación con una tercera instancia.

La Corte ha repetido hasta el cansancio que si prospera el recurso, contra la sentencia de segunda instancia, ya en forma total o parcial, se convierte en *ad quem* con el fin de revisar la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, en este caso, la impropiedad con que el recurrente formula el petitum del libelo, no lleva a la Sala a descalificarlo, por cuanto sí manifiesta el objeto de la demanda, en relación con el fallo de primer grado.

Los cargos.

El recurrente formula dos cargos por la vía indirecta que se estudiarán en el orden propuesto.

Primer cargo.

El impugnador lo enuncia así:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto extraordinario 528 de 1964, por la vía indirecta, a consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el *ad quem* en la forma que adelante se precisará, que lo condujeron a la aplicación indebida del literal d) del inciso 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, convertido en legislación permanente por la Ley 48 de 1968 y de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965, en relación con el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 y con los artículos 13, 14, 55 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Los errores de hecho anotados se produjeron por la equivocada apreciación del acta de conciliación a folios 15 a 18 y 45 a 48; de la comunicación a folios 39 y 40 (en copia a folios 139 y 140); las liquidaciones a folios 31 a 33; la inspección ocular y, además, dentro de ella, los documentos aducidos en esa oportunidad que aparecen a folios 58 a 74 y 80 y la confesión judicial del señor representante legal de la sociedad demandada".

En la sustentación del ataque el recurrente comienza por manifestar que aspira a dejar demostrado que entre las partes solo existió un contrato de trabajo y no dos como lo sostiene el sentenciador.

Para ello el recurrente concreta en cinco puntos la censura a la sentencia recurrida.

1º Manifiesta que el Tribunal no dio al acta de conciliación (folios 15 a 18 y 45 a 48), ese carácter, por no haber sido perfeccionada la diligencia ante funcionario competente, a términos de las normas sobre la materia y que también le negó el carácter de contrato de transacción porque no fue el ánimo de las partes precaver o terminar un litigio, pero que, finalmente, dedujo que se trataba de una confesión, de carácter excepcional, agregando que a su "contenido se remiten de consuno demandante y demandada, en forma indivisible, sin protesta parcial de su texto".

Sobre este aspecto afirma el recurrente que el primer requisito de la confesión es que tenga objeto y causa lícitos, puesto que evidentemente como declaración de voluntad ha de sujetarse en cuanto a su validez a las normas generales, en especial a la contenida en el artículo 1502 del C. C., en concordancia con los preceptos 1519 y 1522 *ibídem*, sobre lo cual existe uniformidad de criterios en la doctrina. Asevera el impugnador que la confesión que le atribuye el Tribunal a su representado, no tiene tal carácter "por versar sobre un objeto de aquellos calificados por la ley como ilícitos", y que, en efecto, los artículos 13 y 14 del C. S. T., establecen la absoluta ineficacia de aquellas estipulaciones, mediante las cuales pretenda desconocerse o afectarse el mínimo de garantías consagradas en la ley a favor de los trabajadores y erigen en irrenunciables los derechos y prerrogativas concedidas por aquélla a éstas.

Manifiesta el casacionista que como el contrato laboral, según lo ha dicho la Sala, tiene vocación de permanencia, "es apenas lógico que actos mediante los cuales se pretenda fraudulentamente privar a los trabajadores de esta garantía, tienen objeto ilícito y por lo tanto no puede considerarse válida la prueba de confesión que se esgrima para acreditar su existencia", y que es fraudulento y torticero tal proceder es cuestión que adquiere meridiana claridad en el presente caso, por cuanto en la misma sentencia censurada, el Tribunal reconoce por una parte que no se produjo interrupción en la continuidad del contrato de trabajo, para aseverar al mismo tiempo que existió un primer contrato, finalizado por

mutuo acuerdo de las partes el 15 de diciembre de 1968.

Es, pues, obvio, finaliza el censor, "que la sociedad demandada trató por medio del 'acta de conciliación' de afectar gravemente los derechos de mi mandante en cuanto éstos se apoyan en la continuidad en el servicio", y surge entonces de manera fehaciente que el *ad quem* incurrió al analizar la prueba examinada "en manifiesta equivocación respecto de su eficacia de convicción".

2º El impugnante analiza en seguida el documento que obra a folios 39 y 40, de fecha 3 de diciembre de 1968, enviado por la sociedad al demandante y en el cual se le informa que la Presidencia de la compañía ha acordado que aquél inicie actividades como agente en Ibagué, a partir del 16 de diciembre del mismo año; se le explica cuál será su remuneración, se le hace saber que comenzará a recibir su pensión de jubilación a partir de la misma fecha; se le instruye para que convenga con los Gerentes lo relacionado con la entrega del cargo, su traslado y la recepción del nuevo puesto y finalmente, se le desean muchos éxitos "en el cargo a que ha sido promovido". (El subrayado no es del texto).

Inexplicablemente comenta el recurrente, este importante documento apenas le sirve al Tribunal para deducir las condiciones salariales del nuevo cargo, pero no para inferir la realidad de lo ocurrido en relación con el contrato y su continuidad. Dice el impugnador que "al hacer alusión del traslado al nuevo cargo", es elemental que la demandada está colocando a Niño Gallo "bajo la subordinación que en ese momento venía operando y hay que suponer como corolario inevitable que ese traslado se produjo en las condiciones laborales corrientes, asumiendo el patrono el valor de los gastos del trabajador, de conformidad con la obligación 8ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo".

En otra parte de la demanda, hace alusión al salvamento de voto de uno de los Magistrados que conformaron la Sala de Decisión, para decir que al haberse empleado en la carta que analiza la palabra "promoción", es brillante la explicación del primero cuando expone que ello no "expresa iniciación de un contrato de trabajo, porque es *ascenso,* según la semántica elemental del vocablo". (El subrayado es del texto) y que de otro lado en la pieza comentada no se hace alusión en parte alguna a la intención de las partes de dar por terminado el contrato laboral.

También expresa el recurrente que en la carta comentada se trata sobre el otorgamiento que le hizo la empresa a Niño de pensión de jubilación y que es cierto que esa circunstancia está erigida en justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, pero que de la citada documental no puede inferirse la intención de una de las partes en ese sentido, y mucho menos, el consentimiento de la otra a la pretendida decisión patronal, en forma tal que permitiera deducir un acuerdo mutuo para la finalización del contrato.

3º Al analizar las pruebas que aparecen a folios 31, 32 y 33 dice el impugnante resultaron erróneamente apreciadas por el Tribunal, en su sentencia, en cuanto por ellas se dio por demostrada la terminación del contrato de trabajo, con efectividad al 15 de diciembre de 1968, cuando en realidad son liquidaciones de prestaciones sociales. Les da el carácter de secundarias pues afirma que en el punto 1º se demostró cuando se analizó el "acta de conciliación", que el contrato no había terminado el 15 de diciembre de 1968.

4º El recurrente expresa que la inspección ocular, fue apreciada equivocadamente por el Tribunal, pues apenas sirvió para acreditar el salario, cuando ella muestra con certeza que la segunda quincena del mes de diciembre de 1968 le fue pagada íntegramente al demandante, circunstancia de la cual se sigue que no se produjo solución alguna de continuidad entre los servicios del actor en Apulo e Ibagué.

Manifiesta que en la citada diligencia y haciendo parte de ella, se llevaron al proceso los documentos que obran a folios 58 a 74, consistentes en comprobantes de pago de las mesadas correspondientes a la pensión de jubilación que se reconoció a Niño, y que, el Tribunal parece haber inferido de ellas la finalización del contrato el 15 de diciembre de 1968, pues el fallo recurrido se indica que "terminó por haber cumplido los requisitos legales para que el trabajador entrara a gozar de la pensión de jubilación, que empezó a disfrutar el 16 de diciembre de 1968".

Pero, agrega, "y aquí la manifiesta equivocación del Tribunal", resulta que el otorgamiento de la pensión de jubilación a un trabajador no necesariamente implica la terminación del vínculo contractual.

En efecto, la circunstancia que la ley laboral tenga consagrada como justa causa de finalización del contrato, unilateralmente por voluntad patronal, el reconocimiento de la pensión de jubilación, no quiere decir que siempre que dicha prestación se causa haya de producirse inexorablemente la extinción del contrato. Por el contrario, no existe disposición alguna que impida al patrono continuar con los servicios de un tra-

bajador al cual se le reconoció la pensión de jubilación; que fue precisamente lo que ocurrió, sin solución alguna de continuidad, en el presente asunto.

Analiza, finalmente, el documento de folio 80 y expresa que fue erróneamente apreciado por el *ad quem*, pues apenas le fue útil para concluir el valor del salario variable devengado por el demandante, no obstante que en su parte final acredita el pago de una prima de antigüedad correspondiente al quinto lustro trabajado por el actor, lo cual está diciendo, sin lugar a dudas, que el día 12 de julio de 1970 el señor Niño había laborado para la sociedad por un lapso superior a 20 años que se deben entender, sin lugar a equívocos "como continuos como claramente lo expresa el Tribunal al aseverar que un tiempo de servicios finalizó el 15 de diciembre de 1968 y el otro comenzó el 16 de diciembre del mismo año, es decir, sin que se hubiera presentado ningún intervalo o solución".

5º En relación con la confesión judicial que bajo la fórmula de posiciones, se pidieron al representante de la sociedad se le preguntó en la posición 11: "Diga el absolvente, cómo es cierto, sí o no que la determinación de que el señor Víctor Julio Niño Gallo fuera trasladado a la Agencia de Ibagué tuvo su origen en una decisión de la presidencia de la empresa", contestó el interrogado que precisamente era el Presidente de la Compañía, que sí era cierto.

Entonces, agrega, obsérvese bien, no se habló de terminación del contrato; se aludió, por el contrario a un hecho de ocurrencia frecuente en las relaciones laborales, a saber, "del traslado del demandante a la ciudad de Ibagué para desempeñar sus nuevas funciones como Agente en esa localidad". Pero, desafortunadamente prueba tan valiosa y significativa apenas sirvió para que el Tribunal constatara las fechas que marcaron el servicio del trabajador en Apulo. Es indudable que si se hubiera analizado correctamente esa confesión, la conclusión inevitable habría llevado a la realidad de un solo contrato laboral, nunca roto ni interrumpido durante su vigencia.

El impugnador hace otra serie de consideraciones en torno a la valoración de las piezas del expediente por él citadas, que considera mal estimadas por el Tribunal y para finalizar el cargo dice cómo se quebrantaron las normas que en él citó como indebidamente aplicadas.

El opositor, al replicar la demanda, manifiesta, refiriéndose simultáneamente a los dos cargos que contiene, que el recurrente da una interpretación diferente al documento de folios 15 a 18 y 45 a 48, en forma que se acomode a sus pretensiones expresadas desde el libelo con que se inició el juicio, a saber: que entre las partes litigantes existió un solo contrato de trabajo durante el tiempo comprendido entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de junio de 1970, con la pretensión de lograr, mediante tal interpretación, el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones señalados en el petitum de la referida demanda.

Igual comentario hace el apoderado de Cementos Diamante, S. A., respecto a la interpretación que da el recurrente a la comunicación de fecha 3 de diciembre que le envió a Niño la sociedad demandada y manifiesta que de manera semejante interpreta a su acomodo, con la finalidad ya dicha antes, la liquidación de prestaciones sociales contenida en los dos documentos que obran a los folios 31, 32, 33 y los comprobantes de pago visibles a los folios 58 a 74 y 80.

Para el opositor "el juzgador de segunda instancia llegó a la conclusión de que entre las partes litigantes existieron dos contratos de trabajo diferentes y no uno solo, con base en todos los elementos de juicio aportados por las partes litigantes al proceso, o sea a través de la concatenación lógica, racional y real que demuestra el haz probatorio mencionado", y continúa:

"Fue así como el juzgador de segundo grado fundamentó su fallo en todos los medios probatorios indicados, que integran el haz probatorio referido, o sea que, además de las pruebas señaladas por la parte demandante recurrente como mal apreciadas, también apoyó su fallo en las siguientes pruebas, que el recurrente no ha cuestionado en su demanda de casación:

"a) En las respuestas que dio el representante de la sociedad demandada a las preguntas *tercera* y *cuarta* del pliego de posiciones que dicho representante absolvió a petición de la parte actora (folios 25 y 26)";

"b) En las confesiones que hizo el apoderado judicial de la parte demandante en los hechos *decimosegundo* y *decimotercero* de su libelo de demanda (folios 6 y 7), lo mismo que en las confesiones hechas por el apoderado judicial de la parte demandada en la respuesta a la demanda (folios 12 y 13)";

"c) En la nota que con fecha 27 de mayo de 1970 le dirigió al demandante el Gerente de la Sociedad demandada, visible al folio 120";

"d) En el comprobante de pago que obra al folio 52";

"e) En la copia correspondiente al 'acta de entrega' que está a los folios 121 y 122 del expediente";

"f) En comunicación que con fecha 20 de abril de 1970 le dirigió al demandante el Gerente de la Fábrica de Cementos Diamante del Tolima, señor Jorge Bernal Eusse, visible al folio 34", y

"g) En los documentos de liquidaciones hechas al demandante por la Fábrica de Cementos Diamante del Tolima, que obran a los folios 78 y 79 del expediente".

En otra parte de la oposición transcribe varios pasajes de la sentencia acusada y manifiesta.

"Las precedentes consideraciones son suficientes en opinión de la parte opositora, para que no prosperen las acusaciones formuladas por la parte demandante a la sentencia recurrida, puesto que bien sabido es que 'cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para informarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque', como lo dijo reiteradamente en numerosos fallos el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo ha mantenido invariablemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia".

"Por otro lado, olvidó la parte demandante, como recurrente, que para el error de hecho tenga viabilidad en la casación laboral es indispensable que la mala apreciación de la prueba que haga el Tribunal de instancia sea de tal modo ostensible, tan protuberante, tan manifiestamente equivocada, que resulte con meridiana claridad, por ser notoriamente contraria a la realidad de los hechos demostrados por las partes en el juicio. Por dichas circunstancias especiales, el acusador debe demostrar en forma indubitable y precisa mediante un razonamiento lógico, que la convicción del fallador se produjo de manera que es a todas luces equivocada".

"Mas resulta que la demanda de casación formulada por la parte demandante como recurrente en el caso de autos, está completamente huérfana de las condiciones especiales mencionadas antes, referidas al error de hecho en la apreciación de las pruebas, razón por la cual no pueden prosperar los cargos expresados por dicha parte contra la sentencia de segunda instancia proferida en este proceso".

Copia en seguida parte de una sentencia de la Corte y luego explica la cuestión de fondo relacionada con las pruebas cuestionadas por el recurrente y aquellas que sin haberlo sido le sirvieron al Tribunal como soporte de su fallo.

Se refiere a la pensión de jubilación y expresa que con estricta sujeción a la ley, luego de que se cumplan los requisitos para que se cause —capital de la empresa, edad y tiempo de servicio— solo se hace exigible, de acuerdo con el artículo 260 del CST, desde cuando se retire de la empresa el trabajador. Manifiesta que el artículo 262 de la misma obra que transcribe fue derogado por el 14 de la Ley 171 de 1961.

Termina la réplica manifestando:

"Bajo el régimen del artículo 262 citado, no había posibilidad fáctica ni jurídica de que el trabajador que percibiera pensión de jubilación de una determinada empresa continuara prestándole sus servicios, para percibir así pensión y salario conjunta y simultáneamente, en virtud de la doble calidad de jubilado y de trabajador de la dicha empresa, puesto que la mencionada norma legal exigía como condición *sine qua non* para percibir el valor de las mesadas pensionales respectivas, el retiro del trabajador de la empresa que lo había jubilado".

"Mas sucedió que la referida norma legal fue derogada expresamente —como ya se advirtió antes— por el artículo 14 de la Ley 171 de 1961, con el fin de que el trabajador jubilado por la empresa particular pueda continuar válidamente prestándole sus servicios en forma subordinada o dependiente a la misma empresa, mediante nuevo contrato de trabajo y un salario que por definición tiene una naturaleza jurídica distinta a la de la pensión de jubilación y que, por lo tanto, no es incompatible con ésta".

"De este modo, el trabajador tendrá frente a la empresa de que se trate la doble situación jurídica de jubilado y de trabajador subordinado, ligado por un contrato de trabajo diferente de aquel o aquellos contratos que generaron la pensión de jubilación, por lo que mira al tiempo de servicios requerido por la ley para el goce de esa prestación social".

"Con apoyo en las precedentes consideraciones, estima la parte demandada como opositora que no pueden prosperar los cargos que la parte demandante como recurrente ha formulado contra la sentencia acusada".

Se considera.

El tema central del cargo, consiste en dilucidar si entre Víctor Julio Niño Gallo y Cementos Diamante, S. A., existió un solo contrato de trabajo y no dos, como lo afirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con la consecuencia de que en el primer caso ha debido pagar al trabajador su cesantía desde el 15 de enero de 1947 hasta el 15 de junio de 1970, y

reconocérsele, como lo hizo el *a quo*, una indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta todo el tiempo servido.

El ataque hecho a la sentencia no precisa los errores imputados al *ad quem*, pero de los términos en que está concebida la demanda extraordinaria, resulta que ellos son los que producirían las consecuencias anteriormente indicadas.

El sentenciador dijo en el fallo acusado, respecto a la vinculación entre las partes:

Contrato de trabajo.

"Afirma el demandante que prestó sus servicios a la sociedad Cementos Diamante, S. A., mediante un contrato de trabajo que se desarrolló entre el 15 de enero de 1947 y el 16 de junio de 1970".

"La demandada, por su parte, al dar respuesta a la demanda por conducto de su apoderado (folios 12 a 13), confiesa que el actor le prestó sus servicios, pero sostiene que éstos se ejecutaron mediante dos relaciones laborales completamente diferentes y en épocas distintas; que el primer contrato rigió entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de diciembre de 1968, y, el segundo, del 19 de diciembre de 1968, al 15 de junio de 1970".

"Así las cosas, la Sala procede a realizar un pormenorizado estudio sobre todos y cada uno de los elementos probatorios allegados al proceso, para concluir de su examen, si efectivamente las partes estuvieron ligadas por dos relaciones contractuales en distintos períodos, o si, por el contrario, existió una sola vinculación de trabajo, entre demandante y demandada".

"Respecto al primer lapso servido, es decir, al comprendido entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de diciembre de 1968, no hay discusión alguna, pues como se vio, éste fue aceptado por el personero judicial de la parte opositora a nombre de ésta. Además de que lo corroboran las respuestas a las preguntas 3ª y 4ª de las posiciones absueltas por el representante legal de la demandada (folios 25 a 26), y se desprende de las liquidaciones que por concepto de prestaciones sociales, verificó la misma sociedad a favor del trabajador demandante (folios 31 a 33)".

"Pero se debe precisar de una vez, que el contrato de trabajo, por este primer período, terminó por haberse cumplido los requisitos legales para que el trabajador entrara a gozar de la pensión de jubilación, que empezó a disfrutar desde el 16 de diciembre de 1968".

"Realmente el acuerdo entre las partes, de que dan cuenta los documentos de folios 15 a 18 y 45 a 48, no puede calificarse propiamente como una conciliación, pues para que se le pueda tener como tal, debería haberse surtido ante funcionario competente, y con los ritos a que se refieren los artículos 19 a 24 y 77 a 79 del C. Procesal del Trabajo. Tampoco puede considerarse como una transacción celebrada en virtud del artículo 15 del C. S. del T., por cuanto no fue el ánimo de las partes prevenir un litigio o terminarlo, que es el fenómeno de que se ocupa este contrato, sino, por el contrario, reconocer un derecho y satisfacerlo, por parte del patrono y aceptar el pago y confesarlo, por parte del trabajador".

"Por tanto, habiendo obrado en autos los elementos de juicio en comento, con anuencia de ambas partes, ellos constituyen plena prueba, por ser confesión excepcional, pues a su contenido se remiten de consuno demandante y demandada, en forma indivisible, sin protesta parcial de su texto. Estos dan cuenta —como ya se dijo— de que la relación jurídico laboral terminó por mutuo acuerdo de las partes y con el reconocimiento de una pensión de jubilación, sin que, de otro lado, exista en el informativo la más leve prueba sobre que tales manifestaciones se hicieron como consecuencia de un vicio en el consentimiento, del entonces trabajador, y ahora demandante en el proceso. Y como el ánimo de confesión, procesalmente aparece exento de anomalías, a ello ha de atenerse la Sala, para no incurrir en un posible error de hecho al analizar el haz probatorio (folios 6 a 7; 12 a 13; 31 a 33 y 58 a 74). Por consiguiente, el contrato de trabajo del primer tiempo servido por el actor a la sociedad demandada, feneció por causa legal, o sea, por convenio entre el trabajador y el patrono, para poder entrar aquél a disfrutar de la pensión de jubilación".

"El segundo lapso de servicios del demandante a la demandada, como agente de ventas en la ciudad de Ibagué, se inició bajo los efectos de un nuevo contrato verbal, a partir del 16 de diciembre de 1968, con las condiciones de salario estipuladas en el documento visible a folios 39 y 139, y terminado el 15 de junio de 1970, según nota de despido que obra a folio 120, la liquidación de prestaciones sociales, de la cual se desprende que la demandada pagó por 'preaviso' el valor equivalente a 1 año y 6 meses de trabajo, que correspondían a este segundo contrato por la suma de $ 7.758.25 (folios 52, 121, 122). Y aunque la demandada, en la respuesta a la demanda, pretendió que el servicio en este segundo período, se había iniciado por el actor el 19 de diciembre de 1968, su posición se desvirtúa por la propia prueba documental que la misma

allegó al plenario y en la cual se determina que los servicios se computaron desde el día 16 de diciembre del referido año".

"Por manera que en cuanto al segundo contrato de trabajo habido entre demandante y demandada, sus extremos se contraen al período transcurrido entre el 16 de diciembre de 1968 y el 15 de junio de 1970. Y en relación con el salario devengado, se tendrá en cuenta el último básico de $ 2.370.00 mensuales (folios 34 y 148), y el variable de $ 2.063.30, deducido de las liquidaciones realizadas por la demandada, según comprobantes de folios 78, 79 y 80. Sobre estos presupuestos se revisará la sentencia apelada, frente a cada una de las pretensiones impetradas por el demandante y controvertidas en el desarrollo de la litis".

"Ante las precedentes consideraciones de la Sala, sobre la existencia de dos contratos de trabajo habidos entre las partes, cada uno con sus extremos propios, no procede declarar la existencia de un solo contrato que se desarrollara entre el 15 de enero de 1947 y el 15 de junio de 1970, sin interrupción alguna, según las dos primeras peticiones de la demanda, por lo cual se revocará la decisión del fallador de primer grado en el contenido del punto primero de la parte resolutiva del fallo recurrido".

El recurrente no ataca todas las pruebas estimadas por el Tribunal, que éste anota expresamente en los pasajes transcritos del fallo, pero la Corte estudiará si la estimación de las que fueron citadas fue equivocada, siguiendo el orden que en la demanda siguió el acusador.

1º Se afirman apreciadas erróneamente el acta de conciliación que figura en fotocopia debidamente certificada a los folios 15 a 18 y en otro ejemplar que no registra que sea copia auténtica de folios 45 a 48.

Reconoce el impugnador que la prueba que figura a folios 15 a 18 y 45 a 48 podría tener el carácter de confesión, pero que en el caso de autos ella no es válida por tener objeto ilícito.

La ilicitud del objeto lo hace consistir el recurrente en que fraudulentamente se privó al actor de la vocación de permanencia que tiene el contrato de trabajo porque trató la sociedad de afectar gravemente los derechos de Niño, "en cuanto éstos se apoyan en la continuidad del servicio".

Este escrito, muestra cómo, ante funcionario público, el señor Niño Gallo manifiesta que se retira voluntariamente de Cementos Diamante, S. A., fábrica de Apulo, a partir del 16 de diciembre de 1968, "solicitando su pensión de jubilación" y en él consta qué sumas se le pagaron en relación con sus derechos sociales. El trabajador al terminar el acta de un paz y salvo por los anteriores derechos, excluyendo el de sus mesadas futuras de su pensión de jubilación "y del que pueda corresponder a mis causahabientes en el evento de mi fallecimiento".

Lo que ha dicho la Corte sobre la vocación de permanencia que tiene el contrato de trabajo se relaciona con la indemnización y determinadas prestaciones a que tiene derecho el trabajador cuando es despedido sin justa causa.

Si tal cosa no fuera así, no existiría en el Código de la materia, la regulación sobre terminación del contrato por parte del patrono, pagando indemnización de perjuicios.

No se demostró que en este caso la empresa, al aceptar la renuncia al empleo que desempeñaba en Apulo hubiera perjudicado al actor. Al contrario, le concedió de inmediato la pensión de jubilación. No debe perderse de vista, que la circunstancia anotada —reconocimiento al trabajador de pensión de jubilación o invalidez— es causal de terminación del contrato de trabajo por parte del patrono [artículo 7º, aparte a) numeral 14, del Decreto 2351 de 1965].

El escrito que aparece a folios 15 a 18 y 45 a 48 no fue apreciado equivocadamente porque él no muestra ilicitud del acto.

2º Sobre la carta de folios 39 y 40, el recurrente dijo que apenas había servido al Tribunal "para deducir las condiciones salariales del nuevo cargo, pero no para inferir la realidad de lo ocurrido..." y que como en ella se hace alusión a "traslado" hay que suponer como corolario inevitable que él se produjo en las condiciones laborales corrientes, asumiendo el patrono el valor de los gastos del trabajador, de conformidad con la obligación 8ª del artículo 57 del C. S. del T.

Manifiesta, que aunque en la carta se habla de reconocimiento de pensión, el Tribunal infirió la decisión del patrono al respecto y no tuvo en cuenta el consentimiento del trabajador, en forma tal que permitiera "deducir un acuerdo mutuo para la finalización del contrato".

El recurrente olvida que la citada comunicación, según su propio texto, es la respuesta a la dirigida por Niño a la Sociedad el 29 de octubre de 1968, y en cuanto a que de ella misma, no se pueda deducir el acuerdo mutuo para la finalización del contrato, debe observarse que la carta es de 3 de diciembre y que el 13 siguiente se formalizó el convenio en el documento analizado en el punto primero, para que desvinculado Ni-

ño comenzara a gozar de su pensión de jubilación.

El recurrente hace algunas suposiciones conforme a vocablos que aparecen en la citada carta, pero es bien sabido que en aquellos, que tienen varios sentidos no puede fundamentarse el error evidente en la apreciación de la prueba.

Tampoco es cierto, como se vio al transcribir parte de la sentencia del *ad quem*, que éste no hubiera apreciado la comunicación de que se habla, sino para "inferir las condiciones salariales del nuevo contrato". La tuvo en cuenta, además, para deducir de ella y de otras pruebas que entre las partes había existido dos contratos de trabajo.

No aparece, por tanto, apreciada equivocadamente la carta de folios 39 y 40.

3º Respecto a las pruebas de folios 31, 32 y 33, afirma el recurrente que ellas tienen un carácter "secundario y consecuencial de constituir los elementos físicos mediante los cuales se llevó a culminación el mentado acuerdo conciliatorio", en cuanto a la pretendida finalización del vínculo contractual. De tal manera que desaparecida esa circunstancia lógicamente se elimina la virtualidad probatoria de ellas, pues, se repite, solamente adquieren razón lógica y aun de su propia existencia como "originadas en el acta de conciliación" impugnada.

Sobre este particular se anota que la impugnación al "acta de conciliación" no prosperó y entonces las pruebas que se dicen mal apreciadas sí tienen razón propia de existir.

Siendo esto así, el otro argumento que expresa el impugnador, de que estén en contradicción con el acta de folios 15 a 18, por cuanto en ésta se dice que el contrato termina el 16 de diciembre de 1968 y en aquéllas se afirma que el vínculo terminó el 15 del mismo mes y año no es cierto, por cuanto en el texto del documento citado últimamente, las dos partes manifiestan que Niño se retiró el 15 del mes de diciembre de 1968.

Las pruebas señaladas no fueron estimadas con error por el Tribunal.

4º Dice el censor que la inspección ocular fue apreciada indebidamente porque el Tribunal no cayó en la cuenta de que toda la segunda quincena le fue pagada al demandante y porque dentro de la diligencia se llevaron los documentos con los cuales se acreditaba el pago a Niño de las mesadas pensionales (folios 58 a 74), de las cuales infirió el Tribunal la finalización del contrato el 15 de diciembre de 1968, ya que en el fallo recurrido se indica que "terminó por haber cumplido los requisitos legales para que el trabajador entrara a gozar de la pensión de jubilación, que empezó a disfrutar desde el 16 de diciembre de 1968".

En el juicio, el Tribunal aceptó que el primer contrato terminó el 15 de diciembre de 1968, "por haberse cumplido los requisitos legales para que el trabajador entrara a gozar de la pensión de jubilación" y el segundo comenzó el 16 de diciembre del mismo año.

Sí aparece en la inspección ocular pagada toda la segunda quincena de diciembre que empieza el 16 y termina el 31, pero con ello el *ad quem* no está interpretando equivocadamente sino correctamente el acta de dicha prueba y, además, el sueldo no era el correspondiente al cargo de Rafael Reyes (Apulo).

En cuanto a los recibos por mensualidades de pensión, ellos guardan correspondencia con la condición de jubilado de Niño Gallo.

Finalmente en este punto, el acusador manifiesta que se apreció mal el documento del folio 80, por cuanto en él se paga al demandante una prima de antigüedad por el quinto lustro, lo que acredita que el 12 de junio de 1970 Niño había trabajado para la sociedad por más de 20 años que deben entenderse sin lugar a equívocos como continuos.

La consideración acerca de la prima pagada en julio de 1970 no evidencia que ella obedeciese a un solo contrato, porque tratándose de una prestación extralegal, ella podía atender a servicios prestados en distintas contrataciones. Además, el valor de indicio que pudiera atribuírsele a la documental de folio 80, en el sentido a que aspira el recurrente, no es superior a la convicción que surge en sentido opuesto de las otras probanzas examinadas.

5º Como cuestión final, se asegura por el casacionista, que el Tribunal erró al analizar la posición once del cuadro que absolvió el presidente de Cementos Diamante, S. A., porque al ser preguntado: "Diga el absolvente, cómo es cierto, sí o no, que la determinación de que el señor Víctor Julio Niño Gallo fuera trasladado a la agencia de Ibagué tuvo su origen en una decisión de la Presidencia de la Empresa, 'contestó el interrogado, precisamente el Presidente de Cementos Diamante, que sí era cierto' ".

Este error no existió, pues la respuesta a esta pregunta que dio el doctor Eduardo Silva y que aparece al folio 26 fue "*no es cierto*".

Tampoco se demostró la errada interpretación por parte del Tribunal respecto a la confesión judicial del representante legal de la sociedad demandada.

Comparando la acusación que hizo el recurrente con la parte de la sentencia que se dejó copiada, resulta acertada la crítica que hizo el opositor a este cargo, pues el recurrente no atacó todos los soportes de hecho en que fundamentó el *ad quem* su decisión.

Como las pruebas señaladas por el acusador como mal apreciadas por el Tribunal no lo fueron y, además, no se atacaron todos los elementos probatorios en que el *ad quem* fundamentó su decisión, los errores de hecho no se cometieron y, por tanto, no se demostró la aplicación indebida de los preceptos señalados en el ataque.

El cargo nos prospera.

Segundo cargo.

Lo formula así el impugnador:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 80 del Decreto 528 de 1964, por vía indirecta, por los evidentes errores de hecho en que incurrió el *ad quem* en la apreciación de las pruebas que más adelante se singularizarán, lo que produjo, a su vez, la indebida aplicación de los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento del Trabajo (Decreto 2158 de 1948) y a través de ella, la del literal d) del inciso 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, convertido en legislación permanente por la Ley 48 de 1968 y de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º del Decreto 2351 de 1965".

"Las pruebas sobre las cuales se produjeron los errores de hecho que en este cargo se atribuyen, todas ellas apreciadas en forma manifiestamente errónea, son los documentos a (sic) folios 15 a 18 y 45 a 48; 31, 32 y 33; 39 a 40; la inspección ocular (folios 53 a 55 y 57 a 149) y la confesión judicial del señor representante de la Sociedad demandada a folios 25 y 26".

En la sustentación del ataque, el recurrente advierte que los documentos enumerados en el cargo tienen el carácter de auténticos, porque no existe duda de su procedencia y fueron aportados, en su mayoría, por las partes conjuntamente sin que aquéllas los hubieren desconocido, tachado o redargüido de falso durante las instancias.

En seguida, y como en el cargo primero, el recurrente analiza las pruebas haciendo cinco grupos de ellas, así:

1º El acta de conciliación (folios 15 a 18 y 45 a 48), sobre la que manifiesta que carece de validez por cuanto no se cumplió ante funcionario competente, que a término de los artículos 20 y 78 del C. P. L., son los Jueces y los Inspectores del Trabajo, para lo cual cita jurisprudencia de la Sala.

Expresa que al desaparecer la validez intrínseca de la conciliación, carece de toda virtualidad jurídica la confesión contenida en el acta, que sirve de sustento esencial a la decisión impugnada.

Dice que como corolario inexorable el Tribunal incurrió entonces en manifiesta equivocación, al atribuirle al acta señalada el valor de confesión, llevándolo a concluir que entre las partes habían existido dos contratos y, por tanto, "se produjeron los errores consecuenciales en cuanto a las condenas por auxilio de cesantía e indemnización por despido injusto que tomaron como base solamente el segundo contrato".

2º La comunicación de folios 39 y 40 en la cual la sociedad no le dice a Niño que el contrato haya terminado, ni se le impone la dejación de su cargo como condición para gozar de la pensión de jubilación.

Por estas razones principales manifiesta el impugnador que el Tribunal apreció mal este documento y agrega que no se tomó en cuenta que en él se le desean a Niño Gallo éxitos en "el cargo a que ha sido promovido".

Finalmente, en este punto el recurrente manifiesta que la decisión mayoritaria parace haber visto en el documento analizado "un acuerdo para la finalización del contrato y la estipulación de uno nuevo de carácter 'verbal' (?) que ciertamente no existe sino en la mente de los Honorables Magistrados que integran la Sala de Decisión en este asunto".

3º Las documentales de folios 31, 32 y 33, sobre las que el impugnador dice que se produjo interpretación errónea del Tribunal, porque contienen las liquidaciones sociales del demandante verificadas con apoyo en el supuesto arreglo conciliatorio al que se le dio el carácter de confesión, que no existió y, por tanto, constituyendo apenas el reflejo del hecho de haber terminado el contrato el 15 de diciembre de 1968, no tienen ningún valor pues se demostró que en la fecha antes indicada, no expiró el vínculo entre los litigantes.

4º La inspección ocular y los documentos que a ella se agregaron, pruebas éstas sobre las que se hacen las mismas observaciones contenidas en el cargo anterior, y

5º Finalmente, la prueba de posiciones absueltas por el Presidente de Cementos Diamante S. A., sobre la cual el recurrente repite que aquél confesó ser cierto, "no la terminación del contrato, no la expresión de voluntad de las partes encaminadas a darle fin a la vinculación contractual, sino el simple traslado del demandante de Apulo a Ibagué". El error en la apreciación de esta prueba la hace consistir el casacionista en que el Tribunal no apreció la confesión, sino que solo le fue útil para la deducción de las fechas servidas en Apulo.

Para el opositor este cargo en el fondo es igual al anterior y, por tanto, en su opinión el segundo ataque carece de objeto por ser una repetición inútil del primero y resultar consecuencialmente inestimable por la circunstancia anotada.

Se considera.

La Sala no comparte la crítica de orden técnico que hace el opositor al referirse a este ataque.

Es claro que en el fondo, lo que persigue el recurrente es quebrar la sentencia en cuanto ella consideró que entre Niño Gallo y Cementos Diamante, S. A., habían existido dos contratos de trabajo, para lograr la confirmación de las condenas del *a quo*, respecto a cesantía, a indemnización por despido sin justa causa.

Sin embargo, el ataque de ahora, es por la violación medio de los artículos 20 y 78 del Código de P. L., por indebida aplicación de los mismos, que condujo a la infracción final de las normas sustanciales enumeradas por el recurrente, por el mismo concepto.

Desde el punto de vista de la técnica, solo podrá entonces la Corte pasar a estudiar nuevamente el problema planteado por el impugnador sobre la existencia de un solo contrato, si se demuestra la indebida explicación de los artículos 20 y 78 del C. de P. L.

En materia de conciliación que es a lo que hacen referencia los artículos 20 y 78 citados, no aparece en el fallo acusado la aplicación indebida de los mismos.

El Tribunal a este respecto negó el documento de folios 15 a 18 y 45 a 48, el carácter de acta de "conciliación", por no haber sido hecha la diligencia ante funcionario competente. Dijo el Tribunal:

"Realmente el acuerdo entre las partes, de que dan cuenta los documentos de folios 15 a 18 y 45 a 48, no pueden calificarse propiamente como una conciliación, pues para que se la pueda tener como tal debería haberse surtido ante funcionario competente, y con los ritos a que se refieren los artículos 19 a 24 y 77 a 79 del C. Procesal del Trabajo".

La prueba, pues, fue bien apreciada en esta parte y, por tanto, el error de hecho que consistiría en dar al documento citado el carácter de "conciliación", no fue cometido por el Tribunal.

No sobra advertir que contrariamente a lo afirmado por el recurrente, el documento analizado sí contiene confesiones de ambas partes. Otra cosa es que ellas no sean judiciales al tenor de lo dispuesto en el artículo 194 del C. de P. C.

Como no se demostró la indebida aplicación de los artículos 20 y 78 del C. de P. L., tampoco el *ad quem* aplicó indebidamente, "a través de ella", las normas reseñadas por el impugnador, de carácter sustancial.

El cargo no prospera.

Demanda de Cementos Diamante, S. A.

El apoderado de Cementos Diamante, S. A., aspira en el recurso a que la Sala de Casación Laboral de la Corte, *case parcialmente* la sentencia de la segunda instancia, "en cuanto confirmó en su tercer ordenamiento, la condenación que por concepto de indemnización moratoria impuso la sentencia de primer grado", para que convertida la Corte en Tribunal de instancia "revoque la condenación impuesta al respecto por el sentenciador de la primera instancia y en su lugar absuelva a la sociedad demandada de la expresada indemnización moratoria".

Para obtener el fin antes indicado y con invocación de la causal primera de casación laboral (artículo 60 del Decreto-ley 528 de 1964), formula un solo cargo que se estudiará junto con la réplica del opositor.

Unico cargo.

Dice el recurrente que el ataque lo fundamenta en que el juzgador de segunda instancia, en la sentencia acusada, violó directamente por aplicación indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al haberlo aplicado al caso de autos no siendo procedente hacerlo.

En la sustentación del cargo manifiesta el recurrente que para imponer la sanción por mora a su representado, le bastaron al juzgador de instancia estas dos consideraciones: a) Que la citada parte no adujo al proceso ningún elemento probatorio sobre el pago de la cuota que por concepto del salario variable le correspondía al demandante por dominicales y festivos durante el tiempo comprendido entre el 16 de diciembre de 1968 y el 15 de junio de 1970, y b) Que tampoco se demostró en juicio la buena fe que asistiera para no haberle pagado a Niño, cumplida y oportunamente los citados dominicales y festivos.

El impugnador, luego de transcribir parte de la sentencia recurrida, manifiesta que el sentenciador no reparó en que los dominicales y festivos no constituían la única pretensión del actor, y que Cementos Diamante, S. A., controvirtió con razones valederas las temerarias pretensiones de Niño, a tal punto que dichas razones fueron aceptadas por el *ad quem* y le sirvieron de base "en su fallo, como allí se evidencia, para revocar la sentencia de primer grado, modificándola con las secuelas que produjo la única pretensión que prosperó, que fue la correspondiente a los supradichos dominicales y festivos, determinante consecuencial de los reajustes que allí se decretaron por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicio, vacaciones e indemnización por el despido del demandante, condenas éstas que ascienden a la suma total de quince mil seiscientos noventa y ocho pesos con catorce centavos ($ 15.698.14)".

Afirma el recurrente que está plenamente demostrado en autos y así lo admiten los juzgadores de instancia que al actor se le pagaron cumplidamente todas las prestaciones sociales que se causaron a su favor en los dos contratos de trabajo que lo vincularon a la demandada y que lo único dudoso que quedó pendiente fue lo relativo a dominicales y festivos en la cuota o porción correspondiente al salario variable que percibió en el segundo contrato.

Expresa en otra parte de la acusación, que sobre la omisión en el pago que correspondía a la cuota de los dominicales y festivos, no se le puede imputar mala fe a la parte demandada, "ante el hecho de que el demandante se conformó siempre con el salario que se le liquidaba y pagaba mensualmente y que jamás le reclamó a aquélla, durante la ejecución del segundo contrato, el pago de la expresada porción de dominicales y festivos, cosa que solo vino a hacerlo con ocasión de las demás pretensiones temerarias ejercitadas en la demanda con que se inició el juicio...".

De lo anterior deduce el recurrente que no era el caso de aplicarle a Cementos Diamante, S. A., la sanción establecida en el artículo 65 C. S. T., ya que, además, la empresa demandada obró de buena fe al no considerar la expresada porción de los dominicales y festivos para liquidarle y pagarle al demandante las citades prestaciones sociales. Agrega que en un caso idéntico al de que aquí se trata, así lo decidió la Corte (juicio de Luis Fernando Cadavid Restrepo contra Polímeros Colombianos, S. A., sentencia del 18 de octubre de 1972).

Manifiesta, igualmente, que existe una protuberante desproporción entre las condenaciones impuestas por domingos y otras prestaciones y la indemnización moratoria a que fue condenada la Sociedad.

Más adelante dice que al leer con detenimiento el fallo acusado, lo que se advierte con meridiana claridad es la buena fe con que procedió siempre la parte demandada, y de ahí las razones valederas con que discutió las temerarias pretensiones del actor, y entonces resulta sorpresiva e incongruente la afirmación del sentenciador cuando dice en la sentencia para condenar a indemnización moratoria "tampoco adujo la demandada razones convincentes y valederas que abonaran su buena fe para el no cumplimiento de dichos pagos".

El impugnador hace otra serie de consideraciones y termina el cargo manifestando:

"Las expresadas circunstancias específicas impedían jurídicamente aplicarle a Cementos Diamante, S. A., una sanción por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, que está instituida para sancionar situaciones de hecho muy distintas a las particularísimas que se contemplan en el caso de autos, puesto que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo reclama como condición de hecho para que nazca el derecho a la indemnización moratoria allí establecida, que a la terminación del contrato, el patrono, obrando de mala fe, no pague al trabajador los salarios y prestaciones debidos, como también lo ha dicho reiteradamente la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Y la citada situación de hecho no se da en el caso de autos, como se evidencia en el texto de la sentencia acusada, por lo cual el sentenciador de segunda instancia aplicó indebidamente al presente caso la sanción establecida en el citado artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que no era procedente aplicar dicha norma legal a las situaciones particulares de hecho plenamente demostradas en este juicio y que fueron admitidas por el fallador de segundo grado".

El opositor, al replicar la demanda, manifiesta: que "claramente se observa, entonces que los soportes sobre los cuales descansa la condena confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, son de tipo probatorio, los cuales evidentemente no pueden ser impugnados a través de un cargo formulado, como el que comento, por violación directa. Ello queda corroborado fehacientemente con la transcripción que el censor hace del aparte de la sentencia recurrida y cuando al comentarla hace observaciones como *"que la parte demandada controvirtió con razones valederas las temerarias pretensiones del demandante..."*. "Y sobre la omisión en el pa-

go que correspondía a dicha cuota de los citados dominicales y festivos, *no se le puede imputar mala fe a la parte demandada...*". "De lo cual resulta con entera claridad que la *empresa demandada obró de buena fe al no considerar la expresada porción de los dominicales y festivos* para liquidarle y pagarle al demandante las citadas prestaciones sociales...". "*Lo que se advierte con meridiana claridad es la buena fe con que procedió siempre la parte demandada...*". "De dicha circunstancia resultas (sic), en consetiera con razones valederas en este proceso las pretensiones temerarias del actor, *como se evidencia al confrontar la demanda y su respuesta....*". "De dicha circunstancia resultas (sic), en consecuencia, *que Cementos Diamante, S. A., procedió con la mejor buena fe...*", y finalmente, "las expresadas circunstancias específicas impedían jurídicamente aplicarle a Cementos Diamante, S. A., una sanción por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, que está constituida para *sancionar situaciones de hecho* muy distintas a las particularísimas que se contemplan en el caso de autos...". (Las subrayas no son del texto de la demanda).

Expresa que la acusación contra la sentencia ha debido orientarse, si bien bajo la modalidad de aplicación indebida, de la norma acusada a través de violación indirecta, denunciando la falta de apreciación o la apreciación equivocada de las pruebas que según el censor eran fundamentales para llegar a la conclusión del pago de los dominicales y festivos y de la buena fe que asistió a la demandada para incurrir en la mora punible a término del artículo 65 C. S. T.

El opositor transcribe parte de varias sentencias dictadas por esta Sección; hace una serie de consideraciones y pide que por cuestiones técnicas se desestime el cargo o que si por amplitud decide la Corte estudiarlo, no lo haga prosperar, teniendo en cuenta que en el juicio no se "encuentra expresión alguna de oposición, seria o no, valedera y atendible o no", relacionada con las pretensiones formuladas, en especial en torno al salario en días domingos y feriados y al consiguiente reajuste de los derechos sociales de Niño.

Se considera.

El recurrente repite varias veces, en el cargo, que el artículo 65 del C. S. del T. no ha debido ser aplicado a Cementos Diamante, S. A., por cuanto ésta procedió siempre con su ex trabajador de buena fe y era discutible el derecho que Niño Gallo tuviera a que, para la liquidación y pago de domingos y festivos, se tuvieran en cuenta las comisiones que le pagaba la Empresa por la venta de cemento.

Asegura el impugnador que el hecho de no haber pagado a Gallo la proporción correspondiente al salario variable, no puede calificarse como mala fe de la sociedad.

Estos factores que son, en realidad, las cuestiones fundamentales que plantea el recurrente, colocan la acusación dentro de aspectos fácticos como son la determinación de si existieron razones atendibles (buena fe), por parte de la Empresa para abstenerse de pagar en la forma señalada por la ley a Niño Gallo, los dominicales y festivos, teniendo en cuenta, que aquél en el segundo período de trabajo devengaba salario variable.

Aunque el recurrente afirma que las circunstancias por él anotadas, fueron admitidas por el fallador de segundo grado, ello no aparece de la sentencia acusada, donde se estiman los hechos como opuestos a la buena fe patronal, lo que hace que en la cuestión fáctica, el recurrente y el *ad quem* estén en desacuerdo.

En este orden de ideas, como bien lo anota el opositor, el cargo ha debido orientarse por el concepto de violación de la ley por aplicación indebida de la misma, pero por la vía indirecta pues por la directa, como es el caso que se estudia, la violación tiene que ser independiente de toda cuestión de hecho y entonces no se puede estudiar si Cementos Diamante obró o no de buena fe, es decir, si tuvo razones atendibles para pagar en la forma como lo hizo los dominicales y festivos de Niño Gallo y, por tanto, no se hizo deudora de éste a pagarle la indemnización moratoria que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La aplicación indebida de la ley sustancial por la vía directa tiene lugar, lo ha repetido muchas veces la Sala, cuando entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho, se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado, pero no regulado por ella, o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley.

En este caso, no se trata de un asunto idéntico al resuelto el 18 de octubre de 1972, porque en la sentencia de esa fecha, el cargo formulado por el trabajador para obtener la condena a salarios caídos, por la falta de cancelación de los dominicales y festivos, se formuló por la vía indirecta y pudo la Sala estudiar si Polímeros Colombianos había obrado de buena fe, como así lo decidió, sin que casara la decisión del Tribunal respecto a este extremo del litigio.

El cargo adolece entonces de los defectos anotados, que impiden su estudio de fondo, y por tanto, es inestimable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 13 de febrero de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio que adelantó Víctor Julio Niño Gallo contra Cementos Diamante, S. A.

Sin costas en el recurso.

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

Los Magistrados,

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES SUCESIVOS

Estima la Sala que si bien las obligaciones que debía cumplir el demandante, podrían corresponder a las derivadas de un contrato de trabajo, también podrían originarse en un convenio para prestar servicios profesionales sucesivos, por lo cual no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal, si estimó que se trataba de estos últimos, máxime cuando no se demostró que en el ejercicio de los servicios pactados el demandante hubiera estado subordinado a la sociedad demandada mediante el sometimiento a órdenes o instrucciones en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pues no dice dicho documento cómo se prestaron los servicios, sino que apenas indica cómo se irían a prestar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo seis de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 8.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

El doctor Julio Díaz Aponte, mayor y vecino de Barranquilla, demandó, por medio de apoderado judicial a "Bavaria, S. A. - Fábrica de Tapas", con oficinas en Barranquilla, para que fuese condenada a pagarle lo que se demuestre en el juicio por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, pensión mensual de jubilación, "salarios caídos", indemnización contemplada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, mesadas causadas y no canceladas y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el doctor Julio Díaz Aponte trabajó al servicio de la empresa demandada como médico durante más de veinte años, recibiendo por los servicios que prestaba un salario variable determinado por los casos que mensualmente atendía; los servicios los prestó en forma ininterrumpida hasta el año de 1969, cuando la demandada dejó de ocuparlo sin causa justificada. La edad del demandante es de 50 años; el capital de Bavaria, S. A., Fábrica de Tapas, es superior a $ 800.000.00, y ésta no le ha pagado las prestaciones sociales solicitadas.

Al contestar la demanda, por medio de apoderado judicial, Bavaria, S. A., Fábrica de Tapas, negó los hechos, expuso en forma amplia los hechos y razones en que fundamenta su oposición a lo pedido y propuso las excepciones de inepta demanda por cuanto la dirigida no va contra una persona jurídica que tenga la capacidad legal para responder de las obligaciones demandadas; la de inexistencia de las obligaciones por la ausencia de los elementos esenciales para configurar un contrato de trabajo; inexistencia de la relación de trabajo o relación laboral como un efecto del contrato de trabajo y precisamente por cuanto no existe el contrato de trabajo; de prescripción, y todas las que produzcan la inexistencia de las obligaciones demandadas.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, dictó sentencia el quince de septiembre de mil novecientos setenta y tres por medio de la cual absolvió a Bavaria, S. A., Fábrica de Tapas, de todos los cargos instaurados en la demanda; declaró probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la demandada y no hizo condena en costas.

Apeló el apoderado de la parte demandante, y en primera audiencia celebrada en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, donde subió el negocio en virtud de la apelación, pidió se decretara la práctica de unas pruebas que habían sido decretadas en la primera instancia, pero que dejaron de practicarse sin su culpa. El fallador de segunda ins-

tancia no accedió a decretarlas y en sentencia de siete de febrero de mil novecientos setenta y cuatro modificó la recurrida en el sentido de eliminar la parte que declaró probadas las excepciones, confirmando la absolución de la empresa demandada, y disponiendo que no había costas en ambas instancias.

Interpuso el recurso de casación el apoderado del doctor Julio Díaz Aponte que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "Con el presente recurso de casación se pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia *case totalmente* la sentencia de segunda instancia, en cuanto al *reformar* la de primer grado, *absolvió* a la empresa demandada de todos los cargos formulados en la demanda y *no condenó* en costa en ninguna de las instancias. Una vez constituida la Honorable Corte como Tribunal de instancia, se servirá *revocar* en todas sus partes el fallo de primera instancia, y en su lugar, procederá a despachar favorablemente las súplicas del libelo de demanda por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, pensión mensual de jubilación, mesadas ocasionadas y no canceladas, indemnización legal por despido y salarios caídos. Así mismo, se impondrá la condena en costas en ambas instancias a la parte demandada".

El impugnador formula un solo cargo en los siguientes términos:

Cargo único.

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 87 del C. P. T. modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y 7º de la 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la indebida aplicación de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual, a su vez, condujo a la aplicación también indebida de los artículos 249 y 253 del C. S. del T., subrogado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965; y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965; artículo 306 del C. S. del T.; artículo 260 del C. S. del T.; artículo 64 del C. S. del T., subrogado por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y artículo 65 del C. S. del T. El Decreto 2351 de 1965 fue adoptado como norma permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo en forma indirecta, a causa de haber aplicado indebidamente el Tribunal dichas normas, pues con fundamento en ellas negó la existencia del contrato de trabajo alegado en la demanda y por ende, absolvió a la demandada de las súplicas del libelo, cuando su correcta aplicación habría conducido al *ad quem* a despachar favorablemente tales peticiones. En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador por evidentes errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, y que a continuación señalo: 1º No dar por demostrado, estándolo, que entre el demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo para la prestación de los servicios de médico. 2º No dar por demostrado, estándolo, que el actor estuvo sometido a órdenes e instrucciones de la empresa demandada, en forma continua y permanente. 3º No dar por demostrado, estándolo, que el doctor Díaz Aponte debería sujetarse a los reglamentos de la demandada en lo relacionado con la prestación de los servicios médicos, fijación de tarifas, rendición de informes, etc. 4º No dar por demostrado, estándolo, que todos los anteriores factores configuraron una continuada dependencia y subordinación del demandante a la demandada, en cuanto a tiempo, modo y cantidad de trabajo durante todo el tiempo en que estuvo vigente el vínculo laboral. 5º Dar por demostrado, sin estarlo, que la vinculación del demandante no fue directa de empleado a empleador, sino a título de servicios profesionales independientes. 6º Dar por demostrado, sin estarlo, que únicamente existió la formulación de unos honorarios profesionales, como consecuencia de un envío de pacientes por parte de la empresa demandada. 7º No dar por demostrado, estándolo, que existió al menos una relación de trabajo personal que se presume regida por un contrato de trabajo, presunción que no desvirtuó la sociedad demandada. Los errores de hecho anteriormente mencionados fueron ocasionados por la apreciación errónea de las pruebas que a continuación relaciono: a) Carta dirigida por la sociedad demandada al demadante el día 20 de agosto de 1958 (folio 18, cuaderno 1º); b) Declaración del doctor Fernando Vélez Mejía (folio 22, cuaderno 1º); c) Declaración del doctor Adolfo Arrieta (folio 24, cuaderno 1º); d) Documentos de folios 7, 8 y 9 del cuaderno 1º); e) Confesión contenida en la contestación de la demanda (folios 10 a 12). En relación con los testimonios equivocadamente apreciados, el cargo los incluye por estar fundada la sentencia

también en dichas pruebas, para cuyo efecto se demostrará en primer término, la censura contra las pruebas susceptibles de ser atacadas por la vía del error de hecho, y luego contra las declaraciones, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de esta Honorable Sala en fallo del 6 de octubre de 1972 "juicio de Luis Alberto Ramírez vs. Sonolux, Limitada".

En la sustentación del cargo el casacionista transcribe el pasaje del fallo recurrido en el cual el Tribunal Superior considera que de las pruebas del proceso no se deduce siquiera el elemento constitutivo de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo, y dice que al examinar las pruebas el fallador incurre en un claro yerro fáctico, derivado de la errónea apreciación de las mismas, que demuestran a cabalidad la vinculación del actor con la demandada. Analiza luego las pruebas que indican como erróneamente apreciadas en la formulación del cargo, comenzando por las contempladas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y finalizando con los testimoniales para cumplir jurisprudencia de esta Corporación y concluye que: "Estuvo, por tanto, equivocado el fallador de segunda instancia cuando desestimó en su totalidad estas pruebas, no obstante que al menos acreditaban la prestación personal del servicio, apoyando también la aplicación de la presunción del artículo 24 del estatuto laboral. Queda entonces demostrado que entre las partes demandante y demandada sí existió un contrato de trabajo en virtud del cual el doctor Díaz Aponte se obligó a prestar sus servicios como médico de la empresa, en forma dependiente y subordinada, y recibiendo como contraprestación de la empresa una remuneración por aquéllos. Si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho que se le anotaron al comienzo del cargo, habría debido llegar a idéntica conclusión. No lo hizo así, por la errónea apreciación de las probanzas determinadas anteriormente infracción que lo condujo al quebranto de las normas sustanciales citadas en el planteamiento de la censura, las cuales aplicó en forma indebida, pues de haberlo hecho en forma correcta habría debido aceptar la existencia del vínculo laboral y despachar favorablemente los derechos prestacionales reclamados en el libelo".

Por último, el casacionista hace algunas consideraciones para la decisión de instancia e insinúa se dicte por la Corte un auto para mejor proveer con el fin de establecer las fechas precisas de ingreso y retiro del trabajador y los salarios devengados, que fueron variables.

El opositor argumenta que la proposición jurídica de la acusación no es completa, porque estando entre las súplicas de la demanda inicial la referente a "la pensión mensual de jubilación que sea pertinente, teniendo presentes: el tiempo servido, la edad del actor y que la demandada dio por terminada la vinculación laboral sin justa causa", debe entenderse que se impetra el reconocimiento y pago de una pensión-sanción de jubilación y el recurrente no cita como violado el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que es la norma que consagra dichas pensiones. Se refiere luego al fondo de la acusación y previo análisis de las pruebas señaladas como erróneamente apreciadas, concluye que de las mismas no se puede colegir ni siquiera la prestación efectiva de servicios y mucho menos la continuada subordinación. Por último se opone, para el caso de ser quebrantada la sentencia recurrida, a que se dicte auto para mejor proveer, porque éste no se ha instituido para suplir la negligencia de las partes, y se debió precisamente a la falta de interés del demandante que no se hubiera practicado la inspección ocular pedida en la primera instancia.

Se considera.

Cuanto a la observación del opositor sobre que la proposición jurídica no es completa por haberse omitido señalar como violado el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, observa la Sala que en la demanda se afirma que el doctor Julio Díaz Aponte trabajó al servicio de la demandada por veinte años, por lo cual puede entenderse su petición en el sentido de que se le reconozca la pensión plena de jubilación, cuya norma consagratoria está incluida entre las sustanciales que se indican como infringidas. De todos modos, el derecho a una u otra clase de pensión se determinaría, en el caso de ser casada la sentencia, teniendo en cuenta las normas sustanciales relacionadas cuya violación se haya demostrado.

En relación con la existencia del contrato de trabajo entre las partes dijo el Tribunal Superior:

"De las pruebas que militan en el proceso no se deduce con la exactitud que la ley requiere la vocación prestacional del demandante, ya que ni siquiera cabría aplicar la presunción del artículo 24 del C. S. T., para que con base en ella se puedan estimar las condenaciones impetradas. Los declarantes, doctores Fernando Vélez Mejía (folio 22), y Adolfo Arrieta (folio 24), no llevan al ánimo del fallador la certeza de que se está en presencia de una relación de trabajo dependiente y subordinado que conlleve a la cancelación de las prestaciones reclamadas. Los documentos que se aprecian a los folios 7, 8 y

9, que contienen valores por consulta mediante una relación de pacientes infantiles atendidos por el doctor Díaz Aponte y su posterior cancelación, no está indicando una vinculación directa de empleado a empleador, sino la formulación de unos honorarios profesionales como consecuencia de un envío de pacientes por parte de la empresa demandada. Y ésta, según el documento que corre publicado a folio 18, simplemente asevera al doctor Díaz Aponte que su nombre y sus servicios se van a utilizar como especialista en pediatría, explicando la circunstancia de que cómo debe cumplirse tal servicio. Ello tampoco da lugar a estimar vinculación laboral alguna que dé origen a las prestaciones reclamadas por el demandante".

Ahora bien: el documento que obra a folio 18 es una nota dirigida el 20 de agosto de 1958 al doctor Julio Díaz Aponte por Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., —Fábrica de Barranquilla— Servicio Médico, en la cual se le comunica al primero que su nombre ha quedado incluido en la lista de especialistas al servicio de los trabajadores y sus familiares en las fábricas de Bavaria y Tapas y Envases, S. A., en Barranquilla; que para ese fin los médicos de las fábricas le enviarán una orden escrita en cada caso para que examine y trate al paciente de acuerdo con las tarifas que la empresa ha fijado, y rinda el informe médico o quirúrgico correspondiente, debiendo pasar la cuenta por esos servicios a más tardar el 5 de cada mes. Agrega que en el caso de familiares de los trabajadores el médico de la fábrica le hará llegar las historias clínicas para que haga las anotaciones que estime pertinentes; que en lo sucesivo las órdenes serán impartidas por los médicos de las fábricas, doctores José Benavides M. y Emilio Vélez, quienes le suministrarán cualquier información que considere necesaria; que si tiene algún inconveniente para prestar ese servicio a la Compañía le ruegan que le comunique a la mayor brevedad y, por último, le agradecen la colaboración científica que tiene por objeto mejorar los servicios que se prestan a los trabajadores y sus familiares.

Dice el recurrente que en este documento se encuentran los elementos constitutivos de la dependencia laboral, conforme al literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo análisis omitió el Tribunal, no obstante que demuestra de manera fehaciente no solo la prestación personal del servicio, sino también la subordinación propia del contrato de trabajo, por cuanto el demandante debía someterse a las tarifas establecidas por la demandada, estaba obligado a presentar informes, tenía el deber de llevar las historias clínicas y, en general, le correspondía atender las órdenes que le impartieran los doctores José Benavides y Emilio Vélez.

Estima la Sala que si bien las obligaciones que debía cumplir el doctor Díaz Aponte *podrían corresponder a las derivadas de un contrato de trabajo, también podrían originarse en un convenio para prestar servicios profesionales sucesivos, por lo cual no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal si estimó que se trataba de estos últimos, máxime cuando no se demostró que en el ejercicio de los servicios pactados el demandante hubiera estado subordinado a la sociedad demandada, mediante el sometimiento a órdenes o instrucciones en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pues no dice dicho documento cómo se prestaron los servicios, sino que apenas indica cómo se irían a prestar.*

Tampoco incurrió el fallador de segunda instancia en manifiesto error de hecho cuando afirma que los documentos de folios 7, 8 y 9 no indican una vinculación directa de empleado a empleador, sino la formulación de unos honorarios profesionales como consecuencia de un envío de pacientes por parte de la empresa demandada, pues los documentos de folios 7 y 8 contienen una relación de pacientes atendidos por el doctor Julio Díaz Aponte y el de folio 9 es una cuenta de cobro "por concepto de servicios profesionales prestados a familiares de trabajadores, según cuenta adjunta". Si el *ad quem* no dedujo que la cantidad de $ 1.080.00 pagada al doctor Díaz Aponte en virtud de esta cuenta de cobro correspondía a una remuneración por servicios dependientes prestados, no incurrió en error evidente de hecho, porque tal conclusión no emana en forma manifiesta de la prueba.

Cuanto a la contestación de la demanda, el casacionista se limita a decir que no es exacto lo que afirma el Tribunal que en ella no se hubiera aceptado ninguno de los hechos, "porque al desarrollar los fundamentos de la oposición el apoderado judicial de la demandada acepta que el actor sí prestó servicios personales a los trabajadores y a sus familiares en la especialidad de la pediatría, pacientes que le eran enviados por el médico jefe José Benavides Molinares (folios 10 y 11, cuaderno 1º). Inclusive, anota que no existió contrato de trabajo por falta de la continuada subordinación o dependencia y por ausencia del salario como retribución por el servicio, lo cual significa que sí admite el elemento relacionado con la prestación personal de servicio". Mas no señala el recurrente, como sería lo correcto dentro de la técnica del recurso, en qué pasajes determinados de los dos folios que con-

tiene la contestación de la demanda se encuentran las confesiones de la sociedad demandada, que invoca como reconocimiento de la prestación personal del servicio, ni en qué forma esa confesión fue apreciada erróneamente.

Refiriéndose también a la contestación de la demanda, pero relacionándola con las obligaciones adquiridas por el doctor Díaz Aponte, dice el recurrente que en el hecho tercero de los fundamentos de la exposición (folio 11), "se sostiene que el médico jefe tenía libertad de remitir a los trabajadores a los diversos especialistas o enviarlos a alguna clínica... y allí iba el especialista a tratar el enfermo, pero dentro de la organización de la clínica"; y que esa confesión tampoco la tuvo en cuenta el sentenciador, "no obstante reconocer claramente que no solo estaba obligado el actor a atender los pacientes que le enviara el médico jefe a su consultorio, sino que si éste último disponía que el enfermo fuera trasladado a una clínica, allí también tenía el demandante el deber de asistir para atenderlo debidamente".

Respecto a la apreciación de esta prueba cabe decir lo mismo que se anotó en relación con la circular pasada al doctor Díaz Aponte: que las obligaciones que éste adquirió, como la de atender a los pacientes en su consultorio o en la clínica, bien podían tener origen en un contrato de trabajo o en uno sobre prestación independiente de servicios profesionales y que por lo tanto, no incurrió el fallador de segunda instancia en evidente error de hecho si acogió una de las dos posibilidades.

No sobra advertir que de la contestación de la demanda dijo el impugnador que había sido apreciada erróneamente y luego afirma que no la tuvo en cuenta, lo que aparece como una contradicción.

Sobre el argumento expuesto por la sociedad demandada de que su Departamento Médico no tenía facultad para celebrar contratos de trabajo por tratarse simplemente de una Sección de la Empresa a la cual le fueron prestados los servicios y no a la Sociedad, es inconsistente, como bien lo observa el recurrente, pero no fue tenido en cuenta por el Tribunal Superior, que por este aspecto tampoco apreció erróneamente la prueba.

Cuanto a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, si el fallador encuentra demostrada la prestación del servicio personal y de las mismas pruebas deduce que no se configuran los otros elementos del contrato de trabajo, la presunción aparece desvirtuada y por ello no incurre en evidente error de hecho si no da por acreditada la existencia del contrato de trabajo.

No surgiendo manifiesto error de hecho de los documentos y confesión analizados no es posible aplicar la jurisprudencia de esta Sala contenida en el fallo de seis de octubre de mil novecientos setenta y dos, por lo cual no se examinarán los testimonios indicados por el impugnador como erróneamente apreciados.

Al no haberse demostrado que el Tribunal Superior incurrió en forma manifiesta en los errores de hecho anotados por el recurrente, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el siete de febrero de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral.

COSTAS del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CAUSA PETENDI

El objeto o petitum de aquella demanda se redujo a solicitar el reconocimiento y pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria. — Entre "lo que demanda" no está el pago de salarios insolutos, y la circunstancia de que a esos salarios se hubiera referido el actor en la "causa petendi" o hechos de la demanda, no hace variar ese petitum, ni significa reclamo implícito para el carácter guarenticio del fallo, porque ni siquiera fueron motivo de resolución extrapetita por parte del juzgador de primera instancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 10. Radicación número 4574.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar).

El doctor Rodrigo Valencia Jiménez, mayor de edad, domiciliado en el Municipio de Apartadó, identificado con la cédula de ciudadanía número 3326875 expedida en Medellín, demandó a la sociedad "Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A.", a pagarle los salarios insolutos por todo el tiempo servido, la indemnización por mora en el pago de dichos salarios y las costas del juicio.

Como hechos afirmó:

1º Trabajé al servicio de la empresa demandada, desde el 1º de marzo de 1967 hasta el 12 de diciembre de 1969.

2º Los servicios se prestaron en las dependencias que la sociedad demandada tiene en Turbo.

3º Fui contratado para prestar atención médica y quirúrgica a todos los trabajadores de la sociedad demandada y a los familiares de aquéllos.

4º Prestaba mis servicios en el siguiente horario fijado por la empresa: de 7 a 8 de la mañana para los trabajadores y de 9.30 a 10.30 para los familiares de los trabajadores.

5º Igualmente tenía que practicar examen médico de ingreso y retiro de los trabajadores.

6º Soy doctor en medicina y cirugía, título académico que me otorgó la Universidad de Antioquia. Poseo el registro número 1226.

7º Por el servicio antes prestado no se me pagó salario alguno, así que se me está debiendo. Ese salario es de $ 3.000.00 mensuales.

8º En agosto 22 de 1970 presenté ante este Juzgado demanda en igual sentido, pero por olvido no pedí el pago de los salarios. Con relación a la aludida demanda la Honorable Corte Suprema de Justicia falló en el sentido de que allí había un típico contrato de trabajo.

En derecho citó como disposiciones aplicables los artículos 65 y 127 del C. S. del T.

En la misma demanda, el actor constituyó apoderado para que fuera representado en el juicio.

La sociedad demandada al contestar la demanda se opuso a sus peticiones y en cuanto a los hechos los contestó así:

"Al primero. Es cierto que como profesional de la medicina prestó sus servicios a personal de trabajadores y familiares de éstos de la sociedad demandada. Lo del tiempo —fecha de ingreso, especialmente, deberá probarlo—".

"Al segundo. Es cierto que los servicios profesionales los prestó el doctor Valencia en las instalaciones, no de la sociedad demandada, sino en las instalaciones de la sociedad o Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola, S. A. (COLDESA, S. A.), por razón de que esta última ha mantenido vigente contrato de administración con la sociedad demandada, el cual comprende, entre otros, la prestación del servicio médico para trabajadores y familiares de éstos".

"Al tercero. Lo respondo así: El doctor Rodrigo Valencia Jiménez por contrato celebrado con Clínica Samper de Bogotá, se comprometió a prestar sus servicios como profesional de la medicina a la Empresa Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola, S. A. (COLDESA, S. A.), en atención médica a los trabajadores y familiares de éstos que estuvieran vinculados a la citada empresa. Posteriormente entró en funcionamiento la Fábrica Procesadora de la Fruta de la Palma Africana producida por las plantaciones que tiene Coldesa. La Fábrica Procesadora es de propiedad de la Sociedad Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A., y por contrato de administración entre estas dos empresas, la primera, es decir, Coldesa, se hacía cargo de la prestación o atención médica de los trabajadores de Amsterdam Colombia, S. A., y los familiares de dichos trabajadores, según convenciones colectivas suscritas con los trabajadores. Por razón de aumento de personal que debía atender el doctor Valencia se acordó con él el aumento de sueldo de que habla una carta suscrita por el doctor Rafael Samper, gerente o propietario de Clínica Samper de Bogotá. Modificación del contrato que en tal sentido aceptó y ejecutó el doctor Valencia y de allí la razón para él haber prestado ese servicio profesional y no haber hecho reclamo de pago de salarios o mejor de pago de servicios profesionales por ese concepto, y resulta extraño que ahora venga a reclamar el valor de sus servicios profesionales a trabajadores y familiares de los trabajadores de Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A. (AMSTERCOL, S. A.), siendo que esos servicios ya le fueron pagados mes por mes a medida que se realizaba la prestación del servicio".

"Al cuarto. Precisamente en razón de la modificación del contrato que venía ejecutando con la Empresa Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola, S. A., que, se repite, fue aceptada y realizada por el doctor Valencia, hubo el aumento en el pago mensual de la prestación del servicio. Lo que quiere decir que los salarios le fueron pagados totalmente. Y resulta carente de lógica que después de transcurrido tanto tiempo venga el demandante a reclamar el pago de salarios o servicios profesionales; pues su negligencia en haberlo hecho antes está dando la razón a la empresa que siempre ha considerado que dichos servicios le fueron pagados mes por mes al doctor Valencia, en suma global con los servicios pagados por la Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola, S. A. (COLDESA, S. A.)".

"Al quinto. Es cierto".

"Al sexto. Ese hecho no se ha discutido".

"Al séptimo. No es cierto. Ya se dejó dicho antes qué fue lo ocurrido. Por el contrario, el doctor Valencia recibió mes por mes el pago de sus servicios profesionales".

"Al octavo. No es totalmente cierto el hecho. Al leer la demanda que presentó en agosto 22 de 1970 sí habló de salarios y subsidiariamente, para el caso de que no le prosperara la petición de salarios, pidió que le reconocieran y pagaran los 'honorarios profesionales' por la prestación del servicio durante el tiempo que invocó en esa demanda. Pero la Honorable Corte que resolvió en última instancia, no le reconoció ni lo uno ni lo otro, aunque aceptó que había existido contrato de trabajo, pero que posteriormente la misma Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala Laboral, y en caso de íntima relación con éste, dijo que no había existido contrato de trabajo".

Afirmó en otra parte de la respuesta al libelo que la sociedad demandada era administrada por otra compañía, la denominada "Colombiana de Desarrollo Agrícola, S. A. (COLDESA, S. A.)", y que ésta había contratado con la Clínica Samper de Bogotá la prestación o atención médica de sus trabajadores que se habían extendido a los servidores de Agroganadera; que precisamente el médico contratado por la Clínica Samper era el doctor Valencia y que los aumentos sucesivos del precio del contrato celebrado con aquél por la clínica obedecieron a las variaciones del número de pacientes que tuvo que atender el demandante.

Propuso las excepciones de pago; inexistencia de la obligación, prescripción; cosa juzgada y la genérica.

El Juzgado Laboral del Circuito de Turbo, que conoció del juicio, puso fin a la primera instancia, mediante sentencia de 9 de abril de 1973, en la que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción (numeral 1º); condenó a "Agroganadera Amsterdam Colombiana, S. A.", a pagar al actor siete mil pesos ($ 7.000.00) moneda corriente, por concepto de salarios insolutos (numeral 2º); absolvió a la demandada del pago de la indemnización por mora (numeral 3º); declaró no probadas las demás excepciones propuestas en la contestación de la demanda (numeral 4º) y condenó a la parte vencida en un 30% de las costas (numeral 5º).

Apelado el fallo anterior por los apoderados de las partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el suyo de 21 de julio de 1973, lo revocó y en su lugar declaró configurada la excepción de cosa juzgada, absolviendo, en consecuencia, a "Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A.", de los cargos que le fueron

formulados por el demandante, doctor Rodrigo Valencia Jiménez.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, que le fue concedido por aquella corporación y está admitido por la Corte.

El recurso.

El recurrente aspira a obtener que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia recurrida, y, que constituida en Tribunal de instancia, infirme la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a la sociedad demandada del pago de la indemnización moratoria reclamada, la condene al pago de la misma a partir de la terminación del contrato, o, por lo menos, a partir de la fecha de la notificación de la sentencia de la Corte que dilucidó que entre las partes existió contrato de trabajo, y, confirme la condena que profirió el Juzgado por concepto de salarios insolutos, "con la correspondiente incidencia sobre cancelación (sic) de costas".

No se presentó en tiempo escrito de oposición.

El recurrente invoca la causal primera de casación laboral (artículo 60 del Decreto 528 de 1964), y formula un solo cargo, así:

Cargo único.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 332 del C. de P. C., y 25 del C. P. L., en relación con los artículos 27, 54-4, 142 y 65 del C. S. del Trabajo. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de los documentos que más adelante singularizaré".

"Los errores evidentes de hecho, consisten:

"1º En dar por demostrado, siendo ostensiblemente lo contrario, que el demandante Rodrigo Valencia Jiménez ha promovido dos demandas ordinarias laborales, con sus respectivos procesos de primera instancia, contra la misma sociedad demandada, reclamando en ambas unos mismos salarios insolutos".

"2º En dar por establecido erróneamente que si en el alcance de la impugnación de la demanda de casación que presentó el médico Rodrigo Valencia Jiménez en el primer proceso, no se reclamó como consecuencia de la anulación del fallo el pago de salarios insolutos, fue porque según el Tribunal Superior de Medellín se aceptó una pretendida absolución por salarios insolutos".

"3º En dar por demostrado, no estándolo real y procesalmente, que respecto de la pretensión por concepto de salarios insolutos contenida en la segunda demanda, se operó el fenómeno de la cosa juzgada, por lo cual se absolvió a la sociedad demandada".

"4º En concluir que la sociedad demandada ninguna suma adeuda al demandante por concepto de salarios insolutos, y, consiguientemente, tampoco por indemnización moratoria".

"5º En no dar por demostrado, siendo toda una evidencia, que la sociedad demandada adeuda salarios al demandante y se encuentra en mora injustificada de cancelarlos".

El impugnador manifiesta que las pruebas equivocadamente apreciadas que indujeron al juzgador a cometer tales errores evidentes de hecho fueron: a) La primera demanda que con fecha 22 de agosto de 1970 presentó el demandante contra la sociedad demandada y que en copia auténtica obra a folios 18 a 21 del expediente; b) La demanda de casación que se formuló por el demandante Rodrigo Valencia Jiménez en ese primer proceso ordinario (folios 23 a 29); y c) La sentencia de la Corte, Sala de Casación Laboral, de fecha 21 de agosto de 1972, mediante la cual se resolvió el recurso extraordinario sustentado con esa demanda (folios 29 v. a 39).

Expresa el censor que como lo ha enseñado la Corte, para que se presente el fenómeno de la cosa juzgada se requiere la triple identidad de objeto, causa y personas objetiva y subjetivamente consideradas, tanto en la primera como segunda demandas. Asevera que si falta una de esas tres identidades, la sentencia ejecutoriada proferida respecto de la primera demanda, no tiene fuerza de cosa juzgada en relación con la segunda; "carece de efecto guarenticio en el segundo proceso" y el objeto o petitum de una demanda es la actuación de ley que se reclama del atributo jurisdiccional, o dicho más gráficamente, como lo hace el artículo 25 del C. P. L., "lo que demanda". Dicho objeto, agrega, no puede confundirse con la causa petendi, como parece hacerlo el Tribunal en su sentencia, solamente porque en su erróneo criterio, "la norma anteriormente citada, no separa pretensiones de causa para pedir como requisitos distintos de la demanda". Este criterio es equivocado porque la norma sí separa, aunque simplemente con una coma, los dos mencionados requisitos de la demanda. Exige que se exprese "lo que se demanda", es decir el petitum, pretensiones u objeto de la demanda, "y los hechos y omisiones en que se base ese petitum, expuestos con claridad y precisión".

Continúa el recurrente manifestando que, basta la simple lectura de la primera demanda (folios 18 a 21) y su comparación con aquella con que se inició el segundo juicio (folios 1 a 3), para evidenciar que en el primer libelo no se reclamó el pago de salarios insolutos.

El objeto o petitum de aquella demanda se redujo a solicitar el reconocimiento y pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria. Entre "lo que demanda" no está el pago de salarios insolutos, y la circunstancia de que a esos salarios se hubiera referido el actor en la "causa petendi" o hechos de la demanda, no hace variar ese petitum, ni significa reclamo implícito para el carácter guarenticio del fallo, porque ni siquiera fueron motivo de resolución extrapetita por parte del juzgador de primera instancia. Por tanto, es evidente que la prueba se apreció equivocadamente.

En otra parte de la acusación, manifiesta el recurrente que también yerra el Tribunal al apreciar la demanda de casación presentada en el primer proceso laboral, porque si en el alcance de la impugnación de aquélla no se pidió, como consecuencia de la anulación del fallo, el pago de salarios insolutos, fue precisamente porque esos salarios no se reclamaron en la demanda con que se inició el litigio y entonces no podían solicitarse en sede de casación, pues tal cosa hubiese implicado una corrección completamente extemporánea de la demanda, por lo cual es equivocado concluir que las sentencias de primera y segunda instancias "implícitamente conllevaban" decisión absolutoria por salarios, y "más equivocado todavía, estimar que el casacionista se conformó con tales fallos"

En cuanto a la sentencia de casación de fecha 21 de agosto de 1972 (folios 29 v. a 39), fue apreciada equivocadamente, según el impugnador, porque de dicha providencia jamás se puede deducir que "implícitamente" conlleve absolución alguna por concepto de salarios insolutos, desde luego que repite, no fueron pedidos.

Debido a la apreciación equivocada de las pruebas indicadas, manifiesta el recurrente que como no fue pretensión del primer litigio el pago de salarios, respecto a éstos no se produjo la excepción de cosa juzgada y, por tanto, no habría violado el Tribunal, indirectamente el artículo 332 del C. de P. C., por aplicación indebida, ni por el mismo concepto el 25 del C. de P. L., ni los artículos 27, 57-4, 65, 142 y 144 del C. S. del Trabajo.

Se considera.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, comparó la demanda formulada en este juicio con otra de 22 de agosto de 1970 presentada por Rodrigo Valencia Jiménez contra la misma sociedad hoy demandada y mediante la interpretación de la segunda, llegó al convencimiento de que se había configurado la excepción de cosa juzgada propuesta aquí por Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A., ya que implícitamente en la primera se habían pedido salarios insolutos y la petición había sido resuelta.

Además, tuvo en cuenta la sentencia con que se puso fin al recurso de casación interpuesto por Valencia en el primer juicio en la que se declaró que entre los litigantes había existido un contrato de trabajo y se hicieron condenas por prestaciones sociales a favor del demandante en el juicio imponiéndose costas a la demandada.

Se expresa así el sentenciador:

"En el caso de autos, se ha propuesto por la parte demandada la excepción de cosa juzgada, con fundamento en que en el juicio anterior se reclamaron los salarios que son objeto también de la presente demanda. Y al respecto ha argumentado el actor, que esa petición no se hizo en la primera demanda, porque si bien es cierto que en los hechos se relacionó el no pago de salarios no se incluyó en las peticiones".

"Obra en el juicio copia de la primera demanda presentada el 22 de agosto de 1970, instaurada por el demandante Valencia Jiménez contra la misma empresa demandada (folios 21 y siguientes), que en el acápite de hechos y omisiones, numeral 10, dice que por el servicio antes narrado no se le pagó salario alguno ni honorarios profesionales por las consultas. Y aunque en el acápite de peticiones no incluye concretamente la de salarios, implícitamente sí los reclama cuando en el literal b) pide indemnización por mora en el *pago de salarios* y prestaciones, y cuando en la relación de los medios de prueba incluye la designación de un perito para que determine el salario mensual que correspondía a la labor desarrollada".

"Luego para el Tribunal no queda duda de que en esa primera demanda se incluyó la petición de los salarios por el mismo tiempo que ahora se impetra, y por tanto las sentencias absolutorias de primera y segunda instancia abarcan también este concepto, al igual que la de casación, pues el alcance de la impugnación es el de que se 'case totalmente la sentencia acusada en cuanto mediante ella se absuelve a la sociedad demandada de todas las peticiones formuladas en la demanda...' y que constituida la Corte en Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar condene a la sociedad demandada a pagar al demandante cesantías, compensación

de vacaciones, primas, conforme al salario que justipreció el perito, o con base en el mínimo legal, y al pago de las costas del juicio. Nada dijo el demandante en relación con la absolución de salarios, que implícitamente conllevaban las sentencias de primera y segunda, conformándose así con esta decisión. Y por este motivo la Corte en su sentencia tampoco aludió al reconocimiento del pago de estos salarios; y por tanto, es necesario entender que con relación a ellos queda vigente la absolución de la sentencia impugnada en casación".

"De lo dicho anteriormente se concluye que se configura la excepción de cosa juzgada en cuanto a la petición de salarios, que ya había sido presentada y fallada en juicio anterior que cursó entre las mismas partes, consecuencialmente se desestima la petición de indemnización".

En la demanda, de 22 de agosto de 1970, cuya copia obra en autos, el médico Valencia Jiménez, después de relatar una serie de hechos, expresó en el décimo.

"Por el servicio antes narrado no se me pagó salario alguno, ni los honorarios profesionales por las consultas. Sobra decir que a pesar de tener un típico contrato de trabajo con la demandada, tampoco se me pagaron prestaciones sociales de ninguna naturaleza".

El demandante está afirmando, simplemente que no se le pagaron por Agroganadera salarios ni honorarios profesionales, ni prestaciones sociales de ninguna naturaleza, constituyendo esta aseveración la causa para pedir, pero de ninguna manera el objeto del pleito que el demandante indica después cuando dice:

"*Peticiones.* Que se condene a la sociedad 'Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A., AMSTERCOL' a pagarme las sumas de dinero que deben (sic) por los siguientes conceptos:

a) Cesantías, vacaciones y prima de servicio correspondientes a todo el tiempo laborado;

b) Indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales;

c) Costas del juicio.

Subsidiariamente: en el remoto caso que no se configurare contrato de trabajo solicito que se condene a la misma sociedad 'Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A.' AMSTERCOL, a pagarme los honorarios profesionales por la atención médica prestada a los trabajadores y familiares de los trabajadores de la sociedad demandada. Así como las costas del juicio".

El objeto del pleito lo limita pues el demandante al pago de cesantía y primas de servicio, de vacaciones, de indemnización moratoria, de costas y subsidiariamente de honorarios profesionales por las consultas médicas practicadas a los trabajadores al servicio de Agroganadera y de los familiares de aquéllos.

Ni explícita ni implícitamente el actor pidió el pago de salarios por los servicios profesionales prestados en forma dependiente a Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A. Por tanto, cuando el *ad quem* diciendo interpretar el libelo mencionado, afirma que "implícitamente" el actor demandó el pago de salarios insolutos, y que esta petición le fue resuelta, comete un error evidente de hecho.

Pero es más, esta Sala (Sección Segunda), al estudiar y decidir la demanda de casación que en aquel primer juicio interpuso el apoderado de Valencia Jiménez contra la sentencia de segunda instancia, fue clara y se limitó a casar parcialmente el fallo, condenando en sede de instancia a la sociedad al pago de cesantía, vacaciones y primas de servicio a favor del demandante, imponiéndole en un 50% las costas de la primera instancia. La absolvió sí de la pretensión sobre indemnización moratoria porque consideró que Agroganadera había obrado de buena fe al discutir con razones válidas la existencia del contrato de trabajo y haberse abstenido de pagar a Valencia los derechos reclamados.

No podía el Tribunal dar a la sentencia antes mencionada un alcance diferente del que tiene, pero como lo hizo, cometió error evidente de hecho.

En igual forma se equivocó el *ad quem* ostensiblemente cuando manifestó que en el alcance de la impugnación de la demanda extraordinaria, presentada en el primer juicio se pide por el recurrente que la sentencia se case en cuanto se absolvió a la sociedad demandada del pago de salarios insolutos.

Basta leer completo el petitum de esa demanda de casación, para llegar a una conclusión diferente.

Su texto es el siguiente:

"*Alcance de la impugnación.* Se concreta a obtener que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case totalmente la sentencia acusada, en cuanto mediante ella se se (sic) absuelva a la sociedad demandada a todas las peticiones (sic) (demandadas) formuladas en la demanda y que constituida en Tribunal de instancia revoque el fallo de primer grado y en su lugar condene a la sociedad 'Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A. (AMSTERCOL), a pagar al demandante Rodrigo Valencia Jiménez la cesantía, compensación de vaccaciones, primas de servicio e indemnización moratoria solicitada en

el libelo, liquidadas conforme al salario que justipreció el perito dentro del debate, o, en último caso, con base en el salario mínimo legal y en ambos casos con la consecuencial condena de costas''.

Los errores de hecho evidentes que cometió el Tribunal Superior de Medellín al analizar las pruebas señaladas por el acusador, hacen que el cargo prospere en cuanto aquella Corporación declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto a la petición de salarios insolutos y consecuencialmente desestimó la de indemnización moratoria, para entrar a estudiar en sede de instancia si se deben los unos y la otra, y en caso afirmativo en qué cuantía.

Consideraciones de instancia.

Con la copia auténtica de la sentencia que puso fin al recurso de casación interpuesto por el médico Rodrigo Valencia Jiménez, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio que en 1970 instauró el citado profesional contra Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A. (folios 23 a 39), quedaron definidos los siguientes hechos:

1º Que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 1º de marzo de 1967 y el 12 de diciembre de 1969.

2º Que el salario por los servicios que el doctor Valencia Jiménez se comprometió a prestar a la sociedad, no fue acordado por los contratantes.

3º Que un perito médico estimó, mediante dictamen, cuya copia también obró en autos, que el salario que debía devengar el doctor Valencia Jiménez teniendo en cuenta su dedicación profesional, su idoneidad y otros factores era de $ 1.500.00 hora mes, es decir ''que si labora dos horas al día, al mes sería un sueldo de tres mil pesos ($ 3.000.00) y así sucesivamente''.

4º Que el anterior fue el salario acogido en la sentencia de la Corte de 21 de agosto de 1972.

5º Que también quedó establecido que el doctor Valencia Jiménez trabajó dos horas diarias al servicio de Agroganadera, una para la atención de sus trabajadores de 7.00 a 8.00 a. m. y otra para la de los familiares de aquéllos de 9.30 a 10.30 a. m.

6º Que teniendo en cuenta el dictamen pericial, el sueldo del médico era de $ 3.000.00 mensuales, que no se pagaron a éste por la Compañía durante el tiempo en que duró a su servicio.

Teniendo en cuenta los hechos anteriores, debe la Corte, convertida en Tribunal de segunda instancia estudiar cuáles son los derechos que quiere hacer valer el demandante en este pleito; si ellos prosperan o si, por el contrario, las defensas expuestas por la parte demandada destruyen las pretensiones de la demanda.

A) *Salarios.* No discutiéndose ya la existencia del contrato de trabajo entre las partes, es claro que el doctor Valencia Jiménez tenía derecho a que se le pagasen por la Compañía demandada los salarios por los servicios que le prestó en forma subordinada entre el 1º de marzo de 1967 y el 12 de diciembre de 1969, a razón de $ 3.000.00 mensuales.

Sin embargo, en el caso que se estudia, la sociedad demandada propuso desde la contestación del libelo la excepción de prescripción, que fundamentó en el hecho de que solo fue notificado su auto admisorio el 2 de noviembre de 1972.

El Juez *a quo* atendió a la prescripción alegada, pero cometió el error de entender que el sueldo del mes de octubre de 1969, no se hallaba prescrito y en una condena no explicada satisfactoriamente dijo:

''En efecto, como precedente se dijo y ahora se repite, la relación jurídico laboral duró del 1º de marzo de 1967 hasta el 12 de diciembre de 1969; así mismo, aparece evidente en el plenario que la demanda fue notificada el 2 de noviembre de 1972. El artículo 488 del C. S. T. señala que los derechos regulados por este Código prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; por su parte, el artículo 134 de la misma obra indica en qué momento se hace exigible el pago del salario anotado que para los sueldos el período de pago no puede ser mayor de un mes, esto es, que en tratándose de sueldos estos se hacen exigibles una vez transcurra el mes trabajado a partir del cual empieza a correr la prescripción. En estas circunstancias resulta palmario la prescripción de los sueldos causados del 1º de marzo de 1967 al 2 de octubre de 1969 por haber transcurrido los tres años establecidos por el citado artículo 488 del C. S. T., sin que, además, exista constancia alguna de que ésta fuese interrumpida puesto que en la demanda inicial de la cual se habló anteriormente, solo se reclama las prestaciones sociales, olvidándose de los salarios como lo afirma el mismo actor. Por los meses restantes, o sea los comprendidos de 2 de octubre de 1969 al 12 de diciembre de ese mismo año, le corresponden al doctor Rodrigo Valencia la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00) m. l.''.

A lo observado antes sobre la prescripción del derecho al salario del mes de octubre de 1969

debe agregarse que no se entiende la condena por $ 7.000.00 ya que el contrato terminó el 12 de diciembre del año ya citado. Lo computable para una condena por salarios es un mes y doce días, que a razón de $ 3.000.00 mensuales, da un total de $ 4.200.00. Se modificarán en este sentido el numeral 2º de la sentencia de primer grado.

B) *Indemnización moratoria.* El Juzgado de primera instancia no condenó a la Sociedad demandada a los salarios a que se refiere el artículo 65 C. S. T., por considerar que al no cancelarse los salarios pedidos Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A., había obrado de buena fe.

Debe agregarse que de la propia sentencia de esta Sala (Sección Segunda), que resolvió el pleito iniciado por demanda presentada el 22 de agosto de 1970, resultan razones atendibles que exoneran a la empresa de los salarios caídos, pues, si como dice la Corte, el salario no fue acordado entre las partes, mal podía la demandada, que por una serie de circunstancias consideraba, además, que con el médico Valencia Jiménez no la ligaba contrato de trabajo alguno, ni pagar al actor ni consignar a su favor suma alguna por aquel concepto. Se confirmará entonces lo ordenado en el numeral 3º de la sentencia de primer grado.

Se mantendrán, también los numerales 4º y 5º de la sentencia apelada relativos a declarar no probadas las demás excepciones propuestas por la sociedad demandada y a la condena en costas de la misma en la primera instancia en un treinta por ciento (30%).

Como el apoderado de la parte demandante no tuvo éxito en la alzada y su contraparte obtuvo que se redujera la condena por la cual también apeló, se impondrán las costas de la segunda instancia al demandante en un 60%.

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 de 21 de julio de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Rodrigo Valencia Jiménez contra Agroganadera Amsterdam Colombia, S. A., por cuanto declaró configurada la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, la absolvió de los cargos formulados por el demandante, y no condenó en costas y en sede de instancia confirma los numerales 1º, 3º, 4º y 5º de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Turbo, el 9 de abril de 1973, y modifica el numeral 2º de esta misma providencia en el sentido de condenar a la sociedad demandada a reconocer y pagar al doctor Rodrigo Valencia Jiménez, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, por concepto de salarios insolutos, la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00) moneda corriente.

Costas de la segunda instancia a cargo del demandante en un 60%.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Los Magistrados:

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario



COMPETENCIA

La competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, marzo catorce de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4821. Acta número 10.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Luis Enrique Ardila Guevara, identificado con la cédula de ciudadanía número 17066106 expedida en Bogotá, demandó, por medio de apoderado al Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud, "INPES" para que fuera condenado a pagarle $ 1.822.50 por salarios insolutos y $ 166.67 diarios desde el 1º de marzo de 1971, como indemnización por mora.

Los hechos presentados en la demanda son los siguientes:

"1º El Ingeniero Ardila Guevara trabajó al servicio del Instituto desde el día 16 de enero de 1969 hasta el último de febrero de 1971, en el cargo de Químico, clase VI, paso 6 de la Sección de Análisis de la División Laboratorio Nacional de Salud 'Samper Martínez'.

"2º El mencionado Ingeniero presentó renuncia de su cargo, la que le fue aceptada a partir del 1º de marzo de 1971, según comunicación número 1951, de fecha marzo 3 del año citado, dirigida a mi mandante por la Jefe de Personal del Instituto.

"3º Al producirse el retiro del Ingeniero Ardila Guevara, en la fecha indicada en el numeral anterior, el Instituto le quedó a deber el valor de la segunda quincena del mes de febrero de 1971, en cuantía de $ 1.822.50 moneda corriente, que corresponde a un sueldo mensual de $ 5.000.00 moneda corriente.

"4º Mi mandante, Ingeniero Ardila Guevara, reclamó administrativamente del Instituto el pago de los salarios pendientes y la indemnización por mora, desde el día 8 de septiembre de 1971, no habiendo obtenido respuesta alguna sobre el particular, por lo cual el Instituto le retiene injustificadamente el valor de la quincena de su salario correspondiente al mes de febrero de 1971, como ya se dijo.

"5º El Instituto está en mora de cancelar al Ingeniero Ardila Guevara, los salarios e indemnización solicitadas en la parte petitoria de esta demanda, y por cuanto han transcurrido los 90 días de gracia de que trata el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

"6º El Ingeniero Ardila Guevara estuvo vinculado al Instituto por un contrato ficto de trabajo.

"7º Se halla agotado el procedimiento administrativo por silencio del establecimiento público demandado".

El apoderado de la entidad demandada negó todos los hechos de la demanda, se opuso a todas las pretensiones del actor y propuso excepción de declinatoria de jurisdicción.

En sentencia de 11 de marzo de 1974, procedente del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, fue absuelto el Instituto demandado de todos los cargos del libelo, y condenado el actor a pagar las costas de la instancia. El apoderado de Ardila Guevara apeló de la providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 19 de junio de 1974, confirmó en todas sus partes la providencia apelada e impuso al recurrente las costas de segundo grado. El apoderado de Luis Enrique Ardila Guevara interpuso contra dicho fallo, recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

El remedio extraordinario fue sustentado por medio de dos cargos formulados con base en la primera causal de casación. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

El recurrente pretende que se case totalmente la sentencia de segunda instancia, se revoque la de primer grado y se condene al Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud, "INPES" al pago de los salarios e indemnización pedidos en el libelo inicial.

Primer cargo.

Dice el atacante:

"La sentencia acusada viola directamente por aplicación indebida el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y como consecuencia por falta de aplicación de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 1, 2, 3, 4 y 52 del Decreto 2127 de 1946, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 1848 de 1969".

El censor transcribe un párrafo de la sentencia acusada, afirma que la conclusión del Tribunal está reñida con el texto del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, advierte que dicha norma permite la vinculación por contrato de trabajo en la construcción y sostenimiento de obras públicas y en las actividades que señalen los estatutos de los establecimientos públicos, asevera que dicho precepto estuvo mal interpretado en la providencia recurrida, señala los artículos 38 del Decreto 3130 de 1968 y 1º del Decreto 1848 de 1969, como no tenidos en cuenta por el sentenciador y como normas que permiten la existencia de contratos de trabajo con servidores vinculados a los Establecimientos Públicos; recuerda que el primero de ellos fijaba un plazo de 12 meses para que las Juntas y Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos profirieran el estatuto de personal, y que el 39 del mismo decreto determinaba que continuarían vigentes las normas anteriores hasta la aprobación del estatuto de personal; concluye que quienes venían prestando servicios bajo contrato de trabajo, seguirían en tal régimen hasta dicha aprobación; cita el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1848 de 1969 como posterior al precepto en que se apoyó la sentencia de segunda instancia; habla de que la inexequibilidad decretada en relación con el artículo 38 del Decreto 3138 de 1968 es posterior a la terminación del contrato de trabajo de Ardila Guevara, por lo cual dicha norma es aplicable al caso; deduce que por no haberse aprobado oportunamente el estatuto de personal del Instituto demandado, siguieron vigentes las normas de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, y que según ellos el demandante tuvo contrato de trabajo que no fue modificado por las reglas aplicadas en la sentencia, trata de las normas sobre indemnización por mora, y concluye que la violación se produjo porque no fueron aplicadas las normas que cita en el cargo a pesar del hecho "indiscutible y debidamente establecido de que el Instituto demandado tuvo vinculado al doctor Luis Enrique Ardila Guevara como trabajador oficial".

Se considera.

El recurrente acusa falta de aplicación de varias normas, con olvido de que en la casación laboral no es concepto de violación de la ley la falta de aplicación de ella, pues dentro de la causal primera esos conceptos no son otros que los de interpretación errónea, infracción directa y aplicación indebida. También involucra el censor varios conceptos de violación, pues acusa por aplicación indebida el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y en la demostración del cargo dice que la norma fue mal interpretada. Finalmente, a pesar de la acusación por aplicación indebida directa, se dice que la violación consistió en la falta de consideración de un hecho indiscutible y establecido, lo cual implicaba una acusación por error en la apreciación de la situación fáctica.

Además de los defectos técnicos anotados, el cargo se apoya en bases equivocadas.

Afirma el recurrente que para el Tribunal todos los trabajadores de los establecimientos públicos son empleados públicos, cuando la sentencia recurrida admite expresamente que pueden tener contrato de trabajo los servidores que se enumeran en los estatutos (folio 92). Luego no hubo mala interpretación ni aplicación indebida de tal precepto.

Pretende el acusador que por no haberse expedido estatuto de personal con posterioridad a los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968, esta última norma dejó vigentes las reglas legales sobre contrato de trabajo. Esta consideración también es equivocada, porque lo vigente en el caso de no expedirse nuevo estatuto de personal, era el aprobado con anterioridad. Pero para tal caso, el recurrente no ha indicado cómo se disponía con anterioridad en el estatuto de personal, respecto a las actividades desarrolladas por el señor Ardila.

Tampoco es admisible que por no expedirse el nuevo estatuto de personal, dejara de regir la reforma de 1968 y recobraran su vigor las normas derogadas o modificadas. Lo que seguía vigente en el caso contemplado era el estatuto an-

terior, pero con aplicación de las normas legales nuevas.

Tampoco demostró el recurrente, ni podía hacerlo dentro de un cargo por aplicación indebida en forma directa, que el trabajador estuvo vinculado por contrato de trabajo, cuando el sentenciador no admitió ese hecho y por tal motivo no puede discutirse en una acusación por vía directa.

Las razones expuestas son suficientes para que no prospere el primer ataque.

Segundo cargo.

Dice el impugnador:

"La sentencia acusada viola directamente por aplicación indebida el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y consecuencialmente los artículos 1º y 2º del Decreto-ley 2158 de 1948 y el artículo 99, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil".

El acusador transcribe los párrafos de la sentencia acusada en que se apoya la decisión, repite el argumento sobre aplicación indebida del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y agrega que si el fallador encontró que los servicios prestados por Ardila Guevara no constituían contrato de trabajo sino que lo hacían empleado público, ha debido declararse inhibido para resolver el caso por falta de competencia, de acuerdo con los artículos 2º del Decreto 2158 de 1948 y 99 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera.

Como se vio en la solución del primer cargo, el Tribunal no aplicó indebidamente el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, pues no encontró que el demandante estuviese dentro de las excepciones de la norma y por ello la aplicó por concluir que no hubo contrato de trabajo con la entidad demandada.

Por otra parte, *la competencia de que trata el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. El apoyo que el demandante dé a sus pretensiones en un contrato de trabajo, determina la competencia del juzgador y no es posible decidir como excepción previa lo que es precisamente el fundamento del fondo de la controversia. Por ello no es admisible lo planteado en el cargo, ya que el juez de trabajo es competente para conocer de los juicios que se inicien con base en un contrato de trabajo, y debe absolver de las peticiones que tengan tal apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral.*

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 de diez y nueve de junio de mil novecientos setenta y cuatro pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Luis Enrique Ardila Guevara contra el Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud, "INPES".

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA RESPONSABILIDAD DEL PATRONO EN LOS ACCIDENTES AEREOS

Las indemnizaciones prefijadas que consagra el Código Sustantivo del Trabajo para los perjuicios provenientes del accidente de trabajo, tienen fundamento en el riesgo creado, no provienen de la culpa sino de la responsabilidad objetiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril diez de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4859.—Acta número 12.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Emilia Campo viudad de De la Rosa, vecina de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 20163684 expedida en la misma ciudad, obrando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Manuel José de la Rosa Campo, Martha Virginia de la Rosa Campo y Claudia de la Rosa Campo, demandó por medio de apoderado, a la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca), para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., es responsable de los perjuicios materiales y morales de afección causados a Emilia Campo vda. de De la Rosa, Manuel José de la Rosa Campo, Martha Virginia de la Rosa Campo y Claudia de la Rosa Campo, como esposa e hijos legítimos del Capitán Manuel de la Rosa Tonoz, por el accidente de la aeronave marca Douglas, modelo DC-4, matrícula HK-174, ocurrido el día 22 de septiembre de 1966, en la hacienda 'Laguna Vieja', entre las carreteras que conducen a los Municipios de Funza a Engativá, en inmediaciones del aeropuerto 'Eldorado', en que el Capitán Manuel de la Rosa como comandante de la nave perdió la vida por negligencia, descuido e imprevisión de la empresa Avianca en el mantenimiento de la aeronave y en haber recurrido para su manejo a un piloto que estaba desadaptado a ese tipo de aviones, por hallarse en transición para volar en otra clase de aeronaves.

"Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca), a pagar, seis días después de la demanda (sic) que ponga fin a esta demanda, a la señora Emilia Campo vda. de De la Rosa y a sus hijos legítimos Manuel José, Martha Virginia y Claudia de la Rosa Campo, por daño material, la suma de cuatro millones ciento cuarenta y nueve mil setecientos noventa y dos pesos ($ 4.149.792.00) moneda legal colombiana y los intereses de esta suma a razón del uno por ciento (1%) mensual, desde que se hizo exigible la obligación, el día siguiente del accidente, 23 de septiembre de 1966, hasta que el pago se verifique, y por perjuicio moral afectivo la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno de los demandantes. O las sumas que se demuestren en el juicio.

"Tercera. Que se condene en costas a la sociedad demandada".

Los hechos presentados como apoyo de las pretensiones fueron narrados así:

"1º El Capitán Manuel de la Rosa Tonoz, en su condición de piloto civil, ingresó al servicio de Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca), el día 27 de septiembre de 1950 y en ella laboró como aviador hasta el 22 de septiembre de 1966, en que perdió la vida en accidente, al servicio de la citada empresa.

"2º El Capitán Manuel de la Rosa se distinguió como piloto de Avianca por su competencia, su consagración y su alto espíritu de servicio a la empresa, a la que dedicó todos sus conocimientos y su experiencia en el ramo de la aviación.

"3º Al Capitán Manuel de la Rosa se le confirió, por parte de la empresa Avianca, el título de piloto *millonario* por el número de kilometraje recorrido y se le impuso el escudo de brillantes, por haber volado más de diez mil horas al coman-

do de sus naves, horas de vuelo que completó el día 27 de agosto de 1965.

"4º El Capitán Manuel de la Rosa recibió constantemente elogios de Avianca por su comportamiento como piloto, en términos como éstos: 'Hemos tenido inmensa satisfacción de comprobar que, es usted uno de los más destacados en materia de colaboración y rendimiento'; 'durante el corriente año usted ha tenido un brillante récord en todo lo relacionado con su cumplimiento al deber'; 'como esclarecido miembro de la familia Avianca usted ha sido uno de los eslabones firmes para el engrandecimiento de nuestra empresa y esperamos continuar contando con su magnífica colaboración para llevar muy adelante y muy en alto el nombre de Avianca'.

"5º Desde su época de alumno de la Fuerza Aérea Nacional en la Escuela de 'Ernesto Samper' de Cali, el Capitán Manuel de la Rosa se distinguió como piloto y ocupó el primer lugar entre sus compañeros por sus grandes condiciones como aviador.

"6º El Capitán Manuel de la Rosa se sometió a todos los exámenes, requisitos y ascensos fijados por Avianca para sus pilotos, pasando de copiloto a piloto y de aviones DC-3 a aviones DC-4 y a Jet, con los entrenamientos previos exigidos por la empresa.

"7º El Capitán Manuel de la Rosa obtuvo ascensos de Avianca no solo en el pilotaje de aviones, sino en sus sueldos y primas, por sus merecimientos como trabajador de la empresa y su largo tiempo de servicios.

"8º El Capitán Manuel de la Rosa iba en ascenso permanente y en la época del accidente en que perdió la vida, seguía entrenamiento para el manejo de L-749 y equipo 727 Jet.

"9º El Capitán Manuel de la Rosa recibió orden de Avianca para hacer el vuelo 870 en avión tipo DC-4, con matrícula HK-174, vuelo que debía cumplirse el día 22 de septiembre de 1966, a las 3:00 de la madrugada, teniendo como copiloto al Capitán Francisco Rojas.

"10. El vuelo 870 en DC-4, avión HK-174, debía cubrir la ruta Bogotá-Barranquilla, arrancando del aeropuerto Eldorado transportando carga y periódicos.

"11. El avión llevaba un peso total de 29.000 kilogramos, que es para la Sabana de Bogotá, el peso máximo para estos aparatos en relación a su centro de gravedad CMA; o sea, que iba muy pesado.

"12. El avión arrancó con dificultad frente a la torre de control del aeropuerto y a la altura de los marcadores, la tripulación informa que 'regresa para aterrizar', que fue lo último que pudieron reportar los pilotos, y la torre observa 'una fuerte llamarada al iniciar el viraje'.

"13. La investigación del accidente, adelantada por la Aeronáutica Civil, demuestra que al arrancar el avión se desbocó el motor 2, por desgaste de algunas piezas del eje de la polea del gobernador que comunica con la cremallera que hace girar y funcionar la hélice.

"14. El Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil estableció que el accidente sobrevino por desgaste o fatiga de algunas piezas del avión y porque la empresa hizo volar en una aeronave DC-4 a un piloto desadaptado a esta clase de máquinas, porque estaba en transición para volar en L-749.

"15. El Capitán Manuel de la Rosa prestaba sus servicios a la empresa Avianca el día 22 de septiembre de 1966, fecha del accidente, como piloto en el comando de la nave Douglas DC-4 matrícula HK-174, para cubrir el itinerario Bogotá-Barranquilla.

"16. El Capitán de la Rosa se hallaba el día del accidente en condiciones de salud y técnica inmejorables, como lo prueba el certificado médico vigente hasta el día 26 de diciembre de 1966.

"17. El piloto de la Rosa poseía aptitudes excepcionales para el ejercicio de su profesión de aviador, como destreza, habilidad y buena salud orgánica, que le habían sido elogiadas por Avianca.

"18. El piloto Manuel de la Rosa trabajó en Avianca durante 16 años, en forma ininterrumpida, comportándose ejemplarmente, lo que le aseguraba merecidos ascensos y mayores retribuciones económicas.

"19. La sociedad Avianca pagó a la familia del Capitán de la Rosa el seguro de vida que lo amparaba y el valor de la cesantía; pero dejó de cancelarle la indemnización de daños y perjuicios por culpa de Avianca en el accidente en que perdió la vida su empleado.

"20. La muerte del Capitán de la Rosa trajo a su familia, que son su esposa y sus tres hijos pequeños, la pérdida del apoyo económico que de él derivaban mensualmente y que constituía para ellos la única entrada material para su subsistencia.

"21. El Capitán Manuel de la Rosa tenía al morir 42 años y devengaba en Avianca un sueldo mensual promedio de $ 8.500.00, entre sueldo básico, primas de vuelo al mes y prima de servicio.

"22. En la fecha de esta demanda, el Capitán de la Rosa ganaría manejando aviones DC-4 un promedio mensual de $ 11.235.00 y volando en Jet un promedio mensual de $ 16.010.00.

"23. Los perjuicios impetrados en la parte petitoria de esta demanda, están ajustados a sueldos y promedio de vida del Capitán de la Rosa, de su esposa y de sus hijos, en cuanto al tiempo que éstos habrían podido recibir el apoyo económico del occiso.

"24. Los perjuicios demandados están ajustados a las tablas de mortalidad en Colombia, que fijan el promedio de vida de las personas en el país, aprobadas por la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo en Resolución 1161 de agosto 5 de 1966, mediante el concurso de actuarios especializados del Ordinary Mortality Tables, que estudia y contempla todos los hechos que arrojan probabilidades de mortalidad en el mundo.

"25. La base de operaciones de trabajo del Capitán Manuel de la Rosa Tonoz, en Avianca, desde hacía más de diez años, era la ciudad de Bogotá".

El apoderado de la entidad demandada manifestó lo siguiente:

"En cuanto a los hechos afirmados en ellos, son ciertos los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 15; no son ciertos y, por tanto, los rechazo, los ordinales 11, 12, 13, 14 y 22, respecto del 16, me atengo al certificado médico; sobre el 19, es cierto el pago, pero no lo es la deuda por perjuicio, los restantes no me constan.

"Me opongo a las pretensiones de la demanda, a cada una de las súplicas y a los fundamentos de derecho invocados, porque no hubo culpa de mi mandante en el doloroso accidente de aviación en que pereció el señor Capitán Manuel de la Rosa".

En sentencia de 27 de junio de 1972, procedente del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, se declaró que Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (Avianca), es responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, se condenó a dicha compañía a pagarles $ 4.155.444.10 por concepto de tales perjuicios y se le impusieron las costas de la instancia. El apoderado de la entidad demandada apeló de la providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 23 de julio de 1974 modificó la condenación por perjuicios, para reducirla a la cantidad de $ 2.632.999.59, confirmó el resto de la parte resolutiva del fallo apelado y dispuso que la demandada pagara el 20% de las costas de segunda instancia. Contra la sentencia del *ad quem* interpuso el apoderado de Avianca, recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

Con base en la causal primera de casación laboral se formulan tres cargos que serán estudiados junto con la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Con la demanda se pretende que sea casada totalmente la providencia acusada, se revoque el fallo de primer grado, se absuelva a la demandada de las condenas solicitadas y se condene a la parte actora al pago de las costas.

El opositor califica de alegato el escrito presentado para sustentar el recurso, afirma que no tiene el encabezamiento de una demanda, ni empieza con el nombre del profesional que actúa como representante de la sociedad recurrente; asevera que el escrito no contiene la designación de las partes, ni un resumen de los hechos del proceso, ni cita la causal que se aduce; advierte que se formulan dos cargos subsidiarios, lo cual considera improcedente en una demanda de casación; agrega que en el segundo cargo se presenta error de hecho por apreciación equivocada de pruebas que no son las calificadas en la ley como aptas para dar fundamento a un error de tal naturaleza en el recurso extraordinario, y concluye con invocación de la autonomía del Tribunal en la valoración de la prueba.

Se observa.

La Sala encuentra que los reparos formulados carecen de fundamento, porque la ley no exige que el nombre del apoderado haya necesariamente de encabezar la demanda, como suele hacerse; que la designación de las partes aparece expresamente en la referencia que se hace en el encabezamiento y resulta de varias expresiones del cuerpo de la demanda, sin que haya motivo de duda sobre las partes mismas; que existe resumen de los hechos, aunque ese resumen no sea extenso, ya que indica el objeto del litigio y los resultados de él en las instancias, es decir, la relación sintética que exige el artículo 90 del C. P. T., y que cita la causal primera de casación laboral aunque haya señalado normas que no se refiere a tal motivo de casación.

Por lo que hace a la formulación de cargos subsidiarios, si bien es cierto que lo principal y subsidiario son las pretensiones y no los cargos

en sí mismos, la formulación de éstos como subsidiarios no impide a la Corte estudiar entre las acusaciones que tengan un mismo alcance, la que considere demostrada y prescindir de las restantes, pero puede darse el caso de un cargo que tenga menor alcance que otro y por ello contenga una pretensión subsidiaria, que deba estudiarse en caso de que los cargos que ataquen en forma general no tengan prosperidad. La circunstancia anotada no es defecto que invalide la demanda.

En cuanto a la acusación por error de hecho con base en pruebas no calificadas como aptas para tal efecto, y sobre la facultad de apreciación de las pruebas, se hará estudio de tales puntos en el cargo respectivo.

Primer cargo.

Se acusa violación por interpretación errónea del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 55, 56 y 204 de la misma obra; 22 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, y 63, 1494, 1603, 1604, 2347 y 2357 del C. C. y 37 y 63 de la Ley 39 de 1938.

Afirma el recurrente que el Tribunal de Bogotá entendió el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con las demás disposiciones citadas en el cargo, en el sentido de que la culpa del patrono se presume, por lo que a éste y no a los causahabientes del piloto fallecido, correspondía demostrar la ausencia de la culpa presunta.

Después de transcribir varios párrafos de jurisprudencia que el sentenciador reproduce, el impugnador afirma que esa jurisprudencia está rectificada o aclarada para el caso en que la víctima del perjuicio es el propio agente que en razón de su profesión tenía el encargo de controlar y prevenir el accidente, pues tratándose de actividades peligrosas como la aviación, la navegación, etc., la doctrina y la jurisprudencia sostienen la presunción de culpabilidad del agente que ejerce esa clase de actividad.

Copia el censor algunos apartes de sentencia de la Corte sobre el tema enunciado y concluye que el sentenciador cerró los ojos ante la ausencia de diligencia y cuidado del piloto y, en cambio, presumió la culpa de la empresa y la condenó por no haber demostrado la diligencia y cuidado que correspondía al trabajador.

El opositor afirma que la interpretación dada por el acusador a las normas que dice violadas, es inexacta, según las disposiciones positivas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte; agrega que en el cargo se citan disposiciones relativas a la culpa extracontractual, lo que hace inepta la demanda por la acusación conjunta de normas sobre culpa contractual y delictual; asevera que en el caso se trata solamente de culpa contractual; transcribe algunas normas y varios párrafos de sentencias de casación para demostrar que se presume la culpa del patrono; advierte que a pesar de ello, en el juicio se demostró la de la empresa, con pruebas que señala; y concluye con apreciaciones sobre la responsabilidad de la empresa por haber el jefe de mecánica despachado el avión.

Se considera.

En la sentencia acusada se lee:

"Comprobado lo anterior, la Sala debe entrar a examinar si con las probanzas aportadas en el proceso se comprueba la culpa de la empresa demandada de conformidad con lo consagrado en el artículo 1604 del Código Civil, en concordancia con el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo".

El ad quem *después de analizar diversas pruebas,* expresa:

"Demostrados con los datos obtenidos en la inspección ocular, que obra a folios 126 y siguientes, corroborado con las explicaciones dadas por el perito, señor Casimiro Contreras, *en la misma inspección ocular* (folios 135 y siguientes) *y con las conclusiones del Departamento de Aeronáutica Civil* (folios 49 y siguientes), *aspectos no desvirtuados debidamente por la parte demandada, debe entenderse que la empresa no cumplió con toda la diligencia, prudencia y cuidado a que estaba obligada y que por tanto incurrió en culpa contractual, la cual se puede presentar no solamente en forma de actos positivos sino por acciones negativas, fenómenos que se presentan a través del descuido, la negligencia, la abstención de tomar las medidas de seguridad respectivas, la omisión en ejecutar actos indispensables para la seguridad de las personas y de las cosas".*

El sentenciador no presumió la culpa del patrono, sino que dedujo su responsabilidad de las pruebas que demostraron la falta de diligencia y cuidado en tomar las medidas necesarias de seguridad y protección que ordena la ley. Cuando el fallador habló de que el patrono ha debido demostrar esa diligencia y cuidado, no estaba presumiendo la culpa del patrono, sino que mostraba la manera como la empresa ha debido obrar para eximirse de la responsabilidad plena por el accidente.

Las indemnizaciones prefijadas que consagra el Código Sustantivo del Trabajo para los per-

juicios provenientes del accidente de trabajo, tienen fundamento en el riesgo creado, no provienen de la culpa sino de la responsabilidad objetiva. Pero la indemnización total y ordinaria prevista en el artículo 216 de dicha obra, exige la demostración de la culpa patronal, que se establece cuando los hechos muestran que faltó "aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", según la definición de culpa leve que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes.

Para reclamar la indemnización prefijada le basta al trabajador demostrar el accidente y su consecuencia. Cuando se reclama la indemnización ordinaria debe el trabajador demostrar la culpa del patrono, y éste estará exento de responsabilidad si demuestra que tuvo la diligencia y cuidado requeridos.

El sentenciador no presumió en el presente caso que se diera la culpa del patrono, sino que la encontró demostrada a través de las pruebas, luego no interpretó equivocadamente las normas señaladas en el cargo.

No prospera la primera acusación.

Segundo cargo.

Está formulado así:

"Por vía indirecta, y por aplicación indebida, el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 55, 56 y 204 *ibídem;* 22 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968 y 63, 1494, 1603, 1604, 2347 y 2357 del Código Civil, y 37 y 63 de la Ley 89 de 1938, y 61 del C. P. L.

"A estas infracciones fue inducido el sentenciador por evidentes errores de hecho en que incurrió por equivocada apreciación de la demanda (folios 1 a 9) y su contestación (folios 61 a 62), la documental de (folio 49 a 50 v.), la Resolución número 544 de 1967 (folio 50 v. a 51 v.), del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las posiciones absueltas por el representante de la empresa (folios 74 a 79) y las actas de inspección ocular, con dictamen pericial (folios 126 a 136); como también por falta de apreciación del manual de operaciones DC-4 (folios 264-266), su confirmación internacional del 'Aircraft Minimun Requirements' (folios 265 y 269), el informe técnico del Departamento de Ingeniería y Control de Calidad de Avianca (folios 271 y 272), la Resolución 1157 de 1967, del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, parcialmente revocatoria de la 544, el concepto técnico del Jefe de la División de Seguridad de Aeronáutica Civil (folio 270), el 'Manual de Requerimientos Mínimos' de la F. A. A. (folios 287 a 289), con su traducción oficial (folios 286 y v.) y las declaraciones de las Capitanes Antonio J. Sampedro (folios 85 a 89) y Ernesto Bendeck (folios 111 y 116 a 120).

"Los errores de hecho consecuenciales son:

"Dar por demostrado, sin estarlo, que el 'tacómetro' es un instrumento 'indispensable' para que el piloto conozca si el motor está funcionando en forma normal, respecto a su rotación (sic), que la comisión de investigación y análisis técnico de Aeronáutica Civil 'constató' (sic) que el motor 2 del avión accidentado se había 'desbocado', y precisamente 'en el decolaje', 'sin que el piloto hubiera podido embanderar o controlar'; que el hecho de tener el avión un tacómetro inoperativo ocasionó una maniobra errada de la tripulación; que el desboque del motor 2 produjo el incendio del motor 1; que la cremallera quedó trabada en posición 'arriba' indicando máxima RPM y 'ocasionando el desboque del motor 2' (sic), aunque éste también se produjo 'por la falta de control en la rotación del mismo, falta de control originada por el no funcionamiento del tacómetro' (sic).

"Y no dar por demostrado, estándolo, que el avión suministrado por la empresa estaba en completas condiciones de navegabilidad el día del accidente; que el peso de la nave y toda su carga, las condiciones meteorológicas, el funcionamiento de los cuatro motores, las hélices, los gobernadores, tres de los cuatro tacómetros y de los demás sistemas de control (los cuatro indicadores de presión 'manifol', el sincronoscopio, etc.), reunían todas las exigencias técnicas y los requisitos que permitieron al Departamento de Aeronáutica Civil autorizar el vuelo; que el piloto era excepcionalmente experto, y que la fatiga del material, en el supuesto de que la rotura de algunos dientes de la cremallera del gobernador no haya sido causada por el impacto del avión contra el terreno, habría sido una falla estructural, totalmente imprevisible e incontrolable para cualquier empresa de aviación".

Advierte el acusador que en la demanda inicialmente no se afirman deficiencias en los instrumentos de control ni se hace mención de tacómetro inoperativo, lo cual hizo que la empresa no pudiera en la contestación de la demanda anunciar pruebas que demostraran lo contrario. Afirma el censor que la Resolución número 544 de la Aeronáutica Civil no alude a falta de tacómetro sino a la rotura de material por fatiga, y como posible factor contribuyente un error de

supervisión, que ante la reposición solicitada por la empresa, fue revocado. Reclama el acusador que se le reproche haber presentado algunas pruebas en segunda instancia, cuando se refieren a hechos no afirmados en la demanda, y que se le desestimen pruebas que fueron anunciadas en la contestación y que según el artículo 84 del Código Procesal del Trabajo pueden allegarse en segunda instancia.

El impugnador tacha de prueba inexistente el informe de la Aeronáutica Civil porque no aparece firmado por persona alguna, se ignora quién es su autor, no fue ratificado bajo juramento y sus afirmaciones no fueron controvertidas pero a las cuales la Aeronáutica Civil no dio importancia.

Tacha el impugnador algunos conceptos de la sentencia que tomó de las inspecciones oculares, por considerar que siendo cuestiones técnicas han debido ser materia de dictamen pericial.

Asevera el atacante que el informe "anónimo" que es base de la sentencia, alude a testigos presenciales sin nombrarlos, hace suposiciones y conjeturas, de lo cual no se deduce culpa del patrono, sino que es necesario presumirla, cuando la ley exige que esté suficientemente comprobada.

Considera el recurrente que todos los indicios encontrados por el sentenciador se reducen a la falta de tacómetro, por lo cual agrega a la demanda de casación un informe técnico que estima de mayor valor que el apreciado por la Aeronáutica y que no se sabe quién firmó.

El impugnador concluye que se aplicaron indebidamente las normas que cita en el cargo y transcribe una sentencia de la Corte para demostrar que se debe presumir la culpa del piloto.

El opositor hace reparos al cargo por haberse formulado como subsidiario, porque siendo por violación indirecta sustituye uno por violación directa, y porque apoya el error de hecho en pruebas no calificadas por la ley como aptas para tal fin.

La oposición afirma que las deficiencias del avión accidentado están suficientemente demostradas con las pruebas que señala, advierte que no puede confundirse un medidor de revoluciones de un motor con el medidor de la presión del aceite en el mismo, arguye que el informe tachado por el recurrente, forma con la Resolución de la Aeronáutica Civil una misma pieza que aparece debidamente firmada por el Jefe del Departamento y por el Jefe de la División de Seguridad Aérea, y repite que no puede apoyarse un error de hecho en pruebas no calificadas por la ley.

Se considera.

La demanda y su contestación son piezas procesales que solamente se consideran como pruebas que sirvan de apoyo a un error de hecho, en cuanto contengan confesiones. En el presente caso el recurrente no señala cuáles confesiones están contenidas en dichas piezas, sino que se limita a decir que no se afirmaron hechos como la falta de aparatos de control en el avión accidentado, y que por ello no fue posible en la contestación anunciar pruebas en contra de esos hechos. Pero lo cierto es que en la demanda se afirma, al pedir la declaración primera, que la empresa es responsable de los perjuicios por "descuido e imprevisión de Avianca en el mantenimiento de la aeronave..."; que ese motivo de culpa fundado en la "negligencia, descuido e imprevisión" fue comunicado a la empresa en la carta de 5 de agosto de 1969, cuya copia se acompañó a la demanda; que en la historia del vuelo que precede a la Resolución 544 de 1967 de la Aeronáutica Civil, se habla de las deficiencias anotadas y específicamente de tacómetro inoperativo, y la copia de tal historia fue presentada con la demanda; y que nada podía al respecto ignorar la demandada, pues en la contestación pidió una inspección ocular para verificar las hojas de vida de varias piezas, entre ellas precisamente los tacómetros de la nave. No aparece, pues apreciación indebida de esas pruebas ni son pertinentes los reparos del recurrente.

El impugnador separa la historia del vuelo de la Resolución que recayó sobre el accidente, para mostrar que el informe no aparece firmado y que la prueba no es eficaz. En realidad, no señalan las copias dos piezas diferentes, sino que la historia del vuelo aparece como el antecedente de la Resolución, en la cual se refiere a investigación hecha por funcionarios de la Aeronáutica Civil, y todo el conjunto está autorizado por las firmas del Jefe del Departamento y del de la Oficina Jurídica. Además, el fallador entiende que lo expuesto sobre la historia del vuelo es la conclusión que el Departamento de Aeronáutica Civil hizo de la investigación que realizaron sus empleados, luego no es el informe de una persona o comisión, sino lo que el Departamento captó de la investigación hecha. Cuando el fallador apoya su decisión en las conclusiones del Departamento, no está apreciando equivocadamente la prueba. Por otra parte, la sentencia acusada se basa en esa prueba para encontrar demostrada la muerte del piloto, y como corroboración de lo que aparece de la inspección ocular de folios 126 y siguientes, por lo que el fundamento de este aspecto del fallo se encuentra precisamente en la última inspección citada.

La Resolución número 544 de 1967 no es como lo pretende el cargo, una prueba de que el accidente obedeció a causas incontrolables, pues el artículo 2º de la providencia determina que se produzcan las recomendaciones del caso, en orden a prevenir en el futuro ocurrencias similares, lo cual indica precisamente que se consideró posible el evitar accidentes como el de que dan cuenta los autos.

Respecto a las posiciones absueltas por el doctor Juan Pablo Ortega no dice el recurrente en qué forma fueron mal apreciadas sus respuestas, y la sentencia deduce de tales posiciones la muerte en accidente del piloto, lo cual no resulta como apreciación equivocada de la prueba.

La inspección ocular que aparece a folios 126 y siguientes, que fue base fundamental de la sentencia y de donde principalmente se derivó la prueba de la falta de la diligencia y cuidado de la empresa, aparece señalada como prueba mal apreciada, pero en la demostración del cargo no se expresa en qué consistió la mala apreciación de ella, por lo cual ese soporte del fallo continúa válido como prueba debidamente apreciada. En tal inspección se estableció que no solamente el tacómetro número 2 estaba fuera de servicio, sino que lo mismo ocurría con el número 1 (folios 135 y 136).

Los documentos de los folios 264 y 266 se refieren al equipo mínimo para la continuación de vuelo en un avión DC-4, y refieren que un tacómetro puede estar inoperante si el indicador de presión manifol para el correspondiente motor está operando. Pero indican que el equipo normal requiere 4 tacómetros y 4 indicadores de presión manifol y que el equipo requerido es el de 3 tacómetros y 3 indicadores de presión. El recurrente dice que esos documentos no fueron apreciados por el sentenciador, pero la apreciación de ellos no lleva a la conclusión contraria a la tomada por el fallador, pues si faltaba un tacómetro ya se estaba fuera de lo normal y aunque con ello solo no se estuviera en condición de no poder continuar vuelo, sí era una situación deficiente observada en este caso con anterioridad por los distintos informes que sobre el hecho se produjeron, que permite la conclusión del fallador en el sentido de que no se tuvo la suficiente diligencia y cuidado, o que por lo menos no demuestra evidentemente errónea esa conclusión. Además, según la inspección judicial, existían informes de que dos tacómetros no operaban.

Los documentos de los folios 265 y 269 contienen indicaciones similares a las de los anteriores, por lo cual tampoco se puede establecer que su consideración hubiera llevado a conclusiones distintas de las del fallador, o que éstas fueran evidentemente erróneas.

El escrito que en mimeógrafo aparece a los folios 271 y 272 contiene un concepto emanado de la propia entidad demandada y contrario a las conclusiones de la Resolución número 544 del Departamento de Aeronáutica Civil. Ese concepto no puede desvirtuar los informes y resoluciones del Departamento citado, que tienen fuerza legal no solo para cuestiones administrativas, sino también para efectos civiles y laborales. La apreciación de ese concepto no desvirtúa la conclusión de la sentencia, porque solamente es una opinión diferente que tiene origen en la misma demandada.

La Resolución número 1157 de 1967, procedente del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, modifica la 544 del mismo año en el sentido de considerar que no fue probable factor contribuyente del accidente el que el piloto estuviera desadaptado al equipo DC-4. Pero debe advertirse que ese no fue el fundamento del fallo recurrido, por lo cual el hecho de que el piloto estuviera o no desadaptado a ese equipo, no modifica en nada la apreciación probatoria del fallo.

El concepto que aparece al folio 270 contiene las definiciones de fatiga de material y desboque del motor, pero con él no pueden desvirtuarse los hechos demostrados en la inspección ocular de folios 126 y siguientes, en que se apoyó principalmente el sentenciador y que muestran deficiencias en aparatos de control que fueron advertidas con anterioridad al accidente y no corregidas.

La traducción de folio 286 y vuelto, de parte de lo contenido en las tres páginas siguientes, repite lo dicho en los folios 264 y 266 sobre la tolerancia para continuación de vuelo, en relación con la falta de operación de un tacómetro, pero como ya se vio al analizar los otros escritos, no puede deducirse de tal tolerancia una situación normal, ni predicarse la suficiente diligencia y cuidado necesario para que desaparezca la culpa leve.

La falta de apreciación de los testimonios de Antonio José Sampedro y Ernesto Bendek son pruebas no aptas para la demostración de errores de hecho, y como no se ha demostrado que por la apreciación o falta de ella en relación con las pruebas restantes, se hubiera incurrido en yerro de tal naturaleza, no procede la acusación por falta de apreciación de esos testimonios.

Los errores de hecho presentados en el cargo, aunque fueran errores técnicos, no resultan evidentes en la apreciación probatoria, por lo cual la segunda acusación no prospera.

Tercer cargo.

Se hace consistir en la siguiente violación:

"Por vía directa y por aplicación indebida del artículo 216 del C. S. T. en relación con los artículos 31 de la Ley 89 de 1938, 63, 1494, 1603, 1604, 2341 y especialmente el 2357 del C. C.

"En el absurdo supuesto de que la Honorable Corte llegara a compartir la tesis del sentenciador respecto de la culpa apenas presunta de Avianca en el accidente del avión HK-174, suficiente para la condena fulminada contra ella por la sentencia recurrida, aún así resultarían indebidamente aplicados los preceptos invocados en el cargo. Porque nadie discute que el Capitán de la Rosa era el piloto de la nave accidentada, que como tal (artículo 31 de la Ley 89 de 1938), le correspondía el más estricto cuidado del avión y la revisión de todos sus pormenores antes de intentar el vuelo. Por tanto, la culpa 'presunta' de la empresa sería concurrente con la culpa mucho más directa del capitán de la aeronave, lo cual implicaría la reducción de la indemnización (artículo 2357 del C. C.), ya exagerada en su cuantía por una pericia que no tomó en cuenta sino el interés legal del 6%, cuando el corriente hace muchos años es del 24%".

El opositor advierte que son improcedentes los cargos subsidiarios y que el recurrente presenta un medio nuevo porque en el juicio no se discutió el aspecto de la culpa compensada, y reproduce algunas jurisprudencias sobre tales aspectos.

Se considera.

El cargo se apoya en la culpa del trabajador, hecho que no fue admitido por el sentenciador y que por ello exigía que el planteamiento se hiciera a través de acusación por la vía indirecta.

La crítica hecha al dictamen pericial debió ser materia de recurso dentro del término del traslado, y en casación solamente cabría a través de un ataque por la vía indirecta y no de una acusación por aplicación indebida directa, como la formulada en este cargo.

Además, todo el litigio está apoyado en un accidente de trabajo que la empresa reconoce y el pago de la prestación correspondiente significa que no se atribuyó culpa al piloto.

No prospera el tercer ataque.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Emilia Campo viuda de De la Rosa y otros contra Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., Avianca.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CAUSA DEL DESPIDO

La carta de despido no puede ser prueba de que el despido obedeció a justa causa. — En tal documento se indican los motivos que el patrono manifestó como tales causas, pero esa probanza emanada del mismo patrono, es impropia para demostrar los hechos en que se funda el despido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., quince de abril de novecientos setenta y cinco.

Acta número 12.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Rafael Fajardo Uribe, mayor, vecino de Barranquilla, demandó, por medio de apoderado judicial a Industrias Román, Limitada y Compañía C. A., para que se la condenara a pagarle lo siguiente: Indemnización por despido unilateral e injusto; pensión de jubilación cuando el demandante cumpla la edad de 55 años o antes si hubiese modificación legislativa; "salarios caídos" y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Rafael Fajardo Uribe prestó sus servicios a la sociedad demandada, mediante contrato de trabajo, del 8 de junio de 1949 al 15 de diciembre de 1971; el 14 de diciembre de 1971 el patrono demandado rompió unilateralmente el contrato; el último salario devengado fue de $ 5.500.00 mensuales y el último cargo desempeñado fue de contador. El demandante nació el 24 de agosto de 1929.

Industrias Román, Limitada & Cía., C. A., dio contestación a la demanda por medio de apoderado judicial, y aceptó la prestación de servicios durante el período indicado y el salario devengado; negó que la terminación del contrato se hubiera producido sin justa causa, pues había motivo justificado para hacerlo.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, decidió el litigio en sentencia proferida el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, en cuya parte resolutiva condenó a Industrias Román, Limitada y Cía., C. A., a pagar a Rafael Fajardo Uribe la suma de ciento diez y ocho mil trescientos setenta y dos pesos con catorce centavos ($ 118.372.14) moneda legal, por concepto de indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo; declaró probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo en relación con la pensión de jubilación y absolvió a la demandada en lo demás. No hizo condena en costas.

Apeló el apoderado judicial de la sociedad demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, resolvió el recurso en sentencia de veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cuatro, que confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado. No hizo condena por las costas de la segunda instancia.

Recurrió en casación Industrias Román y Cía., Limitada, C. A. Concedido el recurso por el Tribunal Superior, admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte recurrente no presentó escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "Persigo que se case parcialmente la sentencia en cuanto en su parte resolutiva confirma el numeral primero del fallo de primera instancia, en el cual se condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de $ 118.372.14 por concepto de indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. Y constituyéndose la Honorable Corte en sede de instancia, se dicte la correspondiente sentencia en su reemplazo en la cual: a) Se declare que el despido que la empresa hizo fue por justa causa y por tal razón se absuelve

del pago de la indemnización reclamada; b) Se ratifique dicha sentencia, en cuanto confirma los numerales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, por medio de los cuales se declara probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo en relación con la pensión de jubilación, se absuelva a la empresa demandada de otros cargos de la demanda y se le exonera del pago de costas".

Aun cuando el recurrente no manifiesta en forma expresa qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia una vez casada la sentencia recurrida, entiende la Sala que al pedir se declare que el despido se produjo con justa causa, y por tal razón se absuelva a la demandada del pago de la correspondiente indemnización, está solicitando la revocación de la condena que sobre el mismo aspecto impuso la sentencia de primer grado, confirmada por la de segunda, en la parte que pretende sea quebrantada.

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula un solo cargo, que presenta así:

Cargo único.

"La sentencia recurrida es violatoria de ley sustancial por vía indirecta como consecuencia de la indebida aplicación del artículo 8º, numerales 1, 2 y 4 del Decreto 2351 de 1965 en relación con el artículo 7º, letra a), numeral 5º del mismo Decreto, adoptado como norma permanente por la Ley 48 de 1968 e incorporado al Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 62. El Tribunal infringió indirectamente la disposición primeramente mencionada por haber incurrido en errores de hecho ostensibles en la apreciación de las pruebas que se relacionan a continuación: a) Carta de despido dirigida por la sociedad demandada al demandante el día 14 de diciembre de 1971 (folios 15 y 16); b) Carta de Víctor Mercado a Rafael Fajardo Uribe (folio 17) y declaración de éste visible al folio 45; c) Declaración de Isaac Consuegra (folio 46) y carta, folio 19; d) Declaración de Armando Jiménez Coronado (folio 49); f) Declaración de René Santamaría (folio 53); g) Declaración de Hugo Francisco Hernando Ospina Giraldo, Auditor de la firma Price, Waterhouse & Co. (folios 73 y 74), y fotocopias presentadas por éste y confrontadas por el Juzgado, visibles al folio 72; h) Declaración del señor Edilberto Arcila Reina, Auditor de la Sociedad demandada (folios 74 y 75); i) Declaración del señor Juan Rodrigo de Jesús Botero Escobar, Auditor de la Empresa demandada (folio 76); j) Declaración del señor Bernardo Montoya Quintero, Contador de la firma Price, Waterhouse & Co. (fs. 76, 77 y 78); k) Memorando con recomendaciones para mejorar la eficiencia administrativa en la planta de Barranquilla, elaborado por la firma Price, Waterhouse & Co. (folios 63 y 64). En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador en evidentes errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, y que son los siguientes: 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la Empresa despidió al actor sin justa causa. 2. No dar por demostrado, estándolo, que el trabajador incurrió en procedimientos ilícitos o al menos inmorales en el desempeño de sus labores, que justificaron el despido. 3. Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa hubiera autorizado al demandante, expresa o tácitamente, el cambio de cheques al personal de empleados o contratistas. 4. Dar por demostrado, sin estarlo, que la Empresa sabía que en el transporte de las cajas se utilizaba un camión del demandante".

Analiza el recurrente las pruebas que considera apreciadas erróneamente y concluye:

"De manera que la decisión de la empresa se originó en la conclusión de que entre el demandante y el contratista existía una confabulación dudosa en el negocio de las canastas; y que los hechos alegados por la empresa (folio 15), para dar por terminado el contrato con Fajardo, sí aparecen ampliamente demostrados en el proceso: Aun aplicando un laxo criterio en la calificación de ellos y en la actuación de Fajardo, es incontrovertible que éste incurrió en actos, si no delictuosos, sí inmorales, actos que merecen mayor rechazo si se tiene en cuenta la alta posición ejecutiva que éste desempeñaba en la empresa demandada. Queda comprobado entonces que el Tribunal incurrió en los errores que se dejan anotados y que lo condujeron en la sentencia acusada a no dar por establecido, estándolo, que la empresa finalizó el contrato que la vinculaba con Fajardo, por justa causa, y como secuela de esta actitud, a condenar a la empresa demandada al pago de la indemnización por despido".

Se considera.

El artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dispone: "El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular; pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos".

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha atemperado el rigorismo de la norma y, en sentencia de seis de octubre de mil novecientos setenta y dos, Luis Alberto Ramírez Quijano contra Industria Electro-Sonora, S. A. (Sonolux), no publicada en la *Gaceta Judicial*, dijo lo siguiente: "Así, cuando el fallo recurrido obedece, completa, total o exclusivamente a pruebas distintas de las mencionadas por el precepto de 1969 como susceptibles de generar el error de hecho, éste no es motivo de casación laboral, a rigor de su concepción y de sus términos cualquiera que sea en la realidad o para quien pretenda agravio, la verdad que contengan las pruebas excluidas por el legislador. Mas cuando la sentencia reposa, al definir un hecho, en pruebas de una y de otra categorías, procede el ataque correspondiente respecto de ambas, porque la decisión se fundamenta en ellas, pero habrá que demostrar, en primer término, por ser la exigencia legal, el error sobre la prueba calificada como apta para la casación del trabajo, demostración que entonces abrirá el campo para el estudio debido de las que no son motivo restringido de ella, coordinándose así, para satisfacción del sistema de la persuasión racional, la necesidad de establecer la verdad contenida en todos los soportes probatorios del fallo con la exigencia de que el error debe provenir de una de las que el legislador ha instituido para este motivo de quebranto extraordinario".

En el cargo que se estudia el impugnador señala como erróneamente apreciada la carta de despido dirigida por la sociedad demandada al demandante el día 14 de diciembre de 1971, folios 15 y 16, que es la única prueba, entre todas las relacionadas, cuya apreciación errónea puede originar el error de hecho, por tratarse de un documento auténtico. Los demás medios probatorios son testimonios, incluyendo la carta de Víctor Mercado a Rafael Fajardo Uribe, que no puede separarse de la declaración que rindió el primero, y que de todos modos debe apreciarse en la misma forma que un testimonio, como lo ordena el inciso 2 del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, por ser declarativo. El memorando elaborado por la firma Price, Waterhouse & Co. (folios 63 y 63 v.), no es auténtico por no haberse ajustado a la dispuesto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual no puede estimarse judicialmente, ni siquiera como testimonio.

Consecuente con la jurisprudencia citada anteriormente, se estudiará en primer término si el error de hecho surge del documento auténtico indicado por el recurrente, y solo en caso afirmativo se analizarán las pruebas testimoniales que según la acusación también dan origen al error evidente.

La carta de despido dirigida por la sociedad demandada a Rafael Fajardo, fechada el 14 de diciembre de 1971, cuyo original se encuentra a folios 15 y 16, es del siguiente tenor:

"Con motivo del aumento inusitado de los costos de reparación de canastas durante el presente año se adelantó una investigación por parte de los auditores internos de la compañía, junto con los auditores externos, pertenecientes a la firma Price, Waterhouse & Cía., con los siguientes resultados: Entre la Empresa y el señor Víctor Mercado existía un contrato para la reparación de las canastas de madera averiadas. Usted en desarrollo de las funciones de su cargo, daba las órdenes para que el señor Mercado retirara las canastas averiadas y se entendía directamente con él para el pago de las facturas que pasaba. La investigación realizada por los auditores internos y externos demostró que el señor Víctor Mercado no solo retiraba canastas averiadas, sino que hacía pasar como averiadas canastas que en realidad se encontraban en buen estado y no necesitaban reparación alguna. El señor Mercado pasaba sus facturas de cobro incluyendo en las mismas el valor de las reparaciones no realizadas a las canastas en buen estado, las que devolvía como si hubiesen sido reparadas. La gran mayoría de los cheques girados por la Empresa a favor del señor Víctor Mercado para pagarle sus servicios aparecen endosados, unos con la firma del señor Mercado y otros con una seudofirma de Mercado, y consignados en la cuenta personal de usted en el Banco Popular, Agencia de la Calle 72. La investigación también demostró que usted giró una serie de cheques a favor del señor Mercado, cheques que muchas veces coinciden en sus fechas con las facturas pagadas por la compañía a Mercado, y cuyas sumas son inferiores al valor que debía recibir Mercado, de acuerdo con las cuentas pasadas por él. Además, en varias ocasiones se pagaron reparaciones de cajas o canastas, en tal cantidad, que era imposible su reparación entre la fecha de entrega y la fecha de recibo de las cajas ya reparadas, con el agravante que algunas constancias de entrega y recibo de canastas muestran adulterada la cantidad de las mismas y falsificada la firma del empleado que debía recibir las canastas reparadas. De los hechos anteriores, la Compañía tiene en su poder las pruebas suficientes, lo que ha llevado al convencimiento de sus directores que usted incurrió en las causales de terminación unilateral por parte de la Empresa de su contrato de trabajo, causales de que tratan los numerales 5º y 6º del artículo 62 del Código Sustantivo del

Trabajo. Por todo lo anterior la empresa se ve precisada a dar por terminado su contrato de trabajo a partir de mañana 15 de diciembre de 1971".

La carta anterior fue dirigida por el patrono al trabajador para dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó al 66 del Código Sustantivo del Trabajo. *Esa comunicación, cuando se encuentra demostrado que el trabajador despedido la recibió no prueba sino eso: que se le manifestó el motivo o causal que se invoca para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo; pero los hechos en los cuales se fundamentó la decisión unilateral deben ser demostrados por medios probatorios diferentes, pues la sola afirmación que hace la parte interesada de que ellos existieron, no es prueba suficiente, porque la favorecen.* Como lo dijo esta Sala de la Corte en sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, Beatriz García Roa contra Almacén Parker, Limitada: *"La carta de despido no puede ser prueba de que el despido obedeció a justa causa. En tal documento se indican los motivos que el patrono manifestó como tales causas, pero esa probanza emanada del mismo patrono es impropia para demostrar los hechos en que se funda el despido".*

Si el Tribunal Superior no dedujo de dicha carta de despido que la terminación del contrato por parte del patrono se produjo con justa causa, no la apreció erróneamente, por cuanto el documento no demuestra esa justa causa. Por lo tanto, el fallador de segunda instancia no incurrió en el manifiesto error de hecho que se le atribuye.

Como el error de hecho no surge de la apreciación errónea de la prueba calificada, documento auténtico, que se ha analizado, le está vedado a la Corte, por las limitaciones impuestas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, estudiar si el error se originó en las pruebas no calificadas, testimonios, que también señaló el acusador como apreciadas erróneamente.

Al no demostrarse que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, 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 proferida el veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Uno de los elementos que más la diferencia de la sociedad de personas y que más la aproxima a la sociedad de capitales, es la limitación de la responsabilidad de los socios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4864.—Acta número 14.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Hernando Cortés Román, identificado con la cédula de ciudadanía número 49117 de Bogotá, demandó, por medio de apoderado, a la sociedad Corber Coque, Limitada, y a los doctores Alberto Bernal Arévalo y Joaquín Bernal Arévalo, para que fueran condenados solidariamente a pagar salarios de los últimos cinco meses de trabajo, cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato, indemnización por no pago oportuno de las prestaciones y salarios, y las costas del juicio.

Los hechos sustentatorios de la demanda, fueron:

"1º Entre la sociedad demandada y el doctor Hernando Cortés Román se celebró un contrato de trabajo con fecha enero 5 de 1966.

"2º El salario estipulado para el doctor Hernando Cortés Román, como gerente de la sociedad demandada, era de $ 5.000.00 mensuales.

"3º Con fecha 1º de marzo de 1967 el doctor Hernando Cortés fue despedido en forma unilateral e ilegal de su cargo de gerente.

"4º Al término del contrato de trabajo la sociedad demandada adeudaba al doctor Hernando Cortés Román el valor de cinco meses de salarios.

"5º Al término del contrato de trabajo adeudaba la sociedad demandada al doctor Hernando Cortés el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicio.

"6º Al término del contrato de trabajo la sociedad demanda no ha pagado al señor doctor Hernando Cortés el valor por indemnización de la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo".

El apoderado de la parte demandada manifestó que los hechos no habían ocurrido realmente en la forma como en su conjunto los relata el apoderado del actor, dijo que se atenía a lo que resultara probado en el juicio y propuso excepciones de inexistencia de la obligación, pago y compensación. En la primera audiencia de trámite fue propuesta la excepción que consiste en haberse dirigido la demanda contra personas distintas a las obligadas a responder.

En sentencia de treinta de enero de mil novecientos setenta, del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, se absolvió a la parte demandada de todos los pedimentos del libelo inicial, declaró probada la excepción de pago y se condenó en costas a la parte actora. De tal providencia apeló el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de nueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro, revocó la providencia apelada, condenó a la sociedad Corber Coque, Limitada, a pagar a Hernando Cortés Román, $ 21.700.00 por salarios insolutos; $ 5.763.64 por cesantía; $ 5.000.00 por primas de servicios; $ 2.500.00 por vacaciones; $ 166.66 diarios desde el 1º de mayo de 1967 y hasta cuando se efectúe el pago de las acreencias laborales, como indemnización moratoria, y las costas de ambas instancias; absolvió a los doctores Alberto Bernal Arévalo y Joaquín Bernal Arévalo de todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, declaró no probadas las excepciones propuestas por la sociedad demandada, y condenó a la parte actora a las costas de la primera instancia en cuanto a la demanda solidaria dirigida contra los doctores Bernal Arévalo. El apoderado del trabajador interpuso contra dicha sentencia recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

Está presentado en un solo cargo por la causal primera de casación laboral. La acusación se estudiará junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Dice el recurrente:

"Solicito a la honorable Corte Suprema de Justicia, se sirva casar parcialmente el fallo recurrido, en cuanto absolvió a los demandados Alberto Bernal Arévalo y Joaquín Bernal Arévalo, de las peticiones formuladas por Hernando Cortés Román y convertida esa honorable corporación en Tribunal de instancia, revoque el fallo de primera instancia, condenando a Alberto Bernal Arévalo y Joaquín Bernal Arévalo, a todas y cada una de las peticiones formuladas por Hernando Cortés Román en su demanda, y confirmando la sentencia de segunda instancia en todo lo demás".

El cargo.

Está presentado así:

"Acuso la sentencia impugnada de violación directa del artículo 36 del C. S. T., la Ley 124 de 1937 especialmente de los artículos 1º, 3º, 5º, 7º y 11 del Decreto 239 de 1957 (artículo 1º), por interpretación errónea y como consecuencia de dicha violación se desconocieron también los artículos 27, 127, 65, 189, 249 y 306 del C. S. T., y los artículos 1568 y 1571 del Código Civil".

El impugnador sostiene que en el caso de autos, el Tribunal dio a las normas de la Ley 124 de 1937, especialmente a los artículos 1º, 3º, 5º, 7º y 11 un sentido que no tienen en la realidad, pues pretendió que dichas normas creaban una sociedad de naturaleza mixta o intermedia y no les dio el verdadero sentido que ellas tienen, cual es el de estructurar una sociedad de personas en las sociedades de responsabilidad limitada ya que las características atribuidas a tales sociedades por las normas que se indican como violadas, hacen de esta clase de compañías unas sociedades de personas y no de naturaleza mixta o intermedia como lo pretende el fallador.

El atacante sostiene que la Corte ha aceptado ese criterio y que lo expresó en sentencia que cita, agrega que no cabe duda sobre la interpretación errónea de las normas citadas de la Ley 124 de 1937 y del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el sentenciador entendió que la sociedad Corber Coque, Limitada, era una sociedad de naturaleza mixta o intermedia y que no existía responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales de ésta para con los socios Bernal Arévalo, a quienes absolvió de las condenas proferidas contra la sociedad.

El recurrente considera que lógicamente la solidaridad de que habla el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere a la obligación de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, de responder con su patrimonio propio, por las obligaciones laborales que hubiera contraído la sociedad de la cual son socios y hasta por el valor del aporte efectuado por ellos a la respectiva sociedad; pues otra interpretación dejaría sin sentido práctico la norma y desconocería el principio de hermenéutica según el cual siempre deben interpretarse las normas en el sentido de que produzcan efectos en la vida jurídica.

Termina la acusación reiterando la violación por interpretación errónea y la solicitud de que se case la sentencia impugnada en cuanto absolvió a los socios, para que se extiendan a ellos las condenas proferidas contra la sociedad.

El opositor, después de transcribir algunos párrafos de un fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en que se apoya la sentencia recurrida, reproduce doctrina de autor colombiano sobre la naturaleza de sociedad de capitales que tiene la limitada, cita el artículo 353 del nuevo Código de Comercio, y afirma que no hubo interpretación errónea cuando el sentenciador entendió que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no extendió la solidaridad a los socios de la compañía de responsabilidad limitada.

Finalmente observa el opositor que la providencia acusada se apoya en la prueba de que los socios demandados pagaron íntegramente sus aportes, por lo cual no les cabe responsabilidad alguna, y que ese soporte de la sentencia no fue atacado en el cargo, lo que hace que sobre tal base se mantenga el fallo impugnado.

Se considera.

El *ad quem*, después de transcribir consideraciones de doctrina en el sentido de que la sociedad de responsabilidad limitada es sociedad de capitales, y algunos apartes de la exposición de motivos de la Ley 124 de 1937, concluye con base en otra sentencia del mismo que la sociedad de responsabilidad limitada es mixta, por lo que no considerándola de personas, entiende que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no consagra solidaridad entre esas sociedades y sus socios.

Sobre estos puntos se pronunció la Corte en sentencia de 29 de noviembre de 1957, que dijo al respecto:

"Las características generales de la sociedad de responsabilidad limitada han dificultado su clasificación integral ni como sociedad de personas ni como sociedad de capitales, porque como lo observa el tratadista argentino Ramón Castillo 'difiere de la primera precisamente en lo que se aproxima a la segunda, y de ésta en los caracteres que toma de aquélla'. Uno de los elementos que más la diferencia de la sociedad de personas y que más la aproxima a la sociedad de capitales es la limitación de la responsabilidad de los socios, en cambio que otros factores como el espíritu de familia o amistad que ordinariamente mueve el animus societatis, la injerencia activa de los socios en la administración, las restricciones a la transferencia de las cuotas sociales, indican la marcada presencia del elemento intuitu personae que la aleja de la sociedad de capitales y la asimila a la sociedad de personas, por esta mixtura de rasgos es por lo que la doctrina no ha logrado uniformidad en la ubicación de la sociedad de responsabilidad limitada. Para algunos autores como Fernández Molinari y Pauleuro, Thunin Riedler, Van Houte, Lagarde y Hermard, *se trata de sociedad de personas. Otros* como Hamel, Boucart, Copper-Royer, Soprano, Malagarriga y Rivaroli *y los doctrinantes germánicos, la entienden como sociedad de capitales. La mayor parte de la doctrina latina* (Percerou, Ripert, Drouets Lepargneur, Pie y Baratin, Lescot, Dihigo, Páez, Asquini, Halperin), *la concibe como un nuevo tipo de sociedad, de naturaleza mixta, que presenta al mismo tiempo caracteres de la sociedad de personas y de la sociedad de capitales.*

"En el sistema comercial colombiano, las sociedades de responsabilidad limitada ostentan un predominante tratamiento como sociedades de personas. Las discusiones parlamentarias y la exposición de motivos que precedieron a la expedición de su Ley orgánica, la 124 de 1937, demuestran que tal tipo de sociedad se proyectó con un carácter inequivocadamente personal, como 'sociedad colectiva en la que los socios limitan su responsabilidad a sus aportes', según definición que en su discurso dio el Senador Caamaño, autor de la iniciativa legal. *La propia ley orgánica, fue muy explícita sobre el particular, al darle en su artículo 11 el régimen supletorio de las sociedades de personas, pues dispuso que en lo no previsto en ella y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades limitadas 'se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio'.*

"En acuerdo con el expresado criterio legislativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que tales sociedades 'pertenecen' a las sociedades de personas y no a las de capitales, por lo cual 'deben gobernarse por las leyes tributarias dadas para las de su especie', conclusión que se encuentra en el fallo de 4 de diciembre de 1941 dictado para anular el artículo único del Decreto 109 de ese año, que señalaba a las sociedades limitadas al mismo régimen tributario de las sociedades anónimas. (Anales del C. de E., tomo XLVII, números 308 a 310, página 1244).

"En presencia de todo lo anterior, es forzoso concluir que lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, se extiende también a las sociedades de responsabilidad limitada, quedando a la Corte, en el caso sub júdice, el encargo de fijar el alcance de este precepto en cuanto a ellas toca. La norma citada expresa: 'Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños y comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión'.

"El no responder los socios más que hasta cierto límite es, como ya se dijo, característica fundamental de las sociedades de responsabilidad limitada, en contraposición a la responsabilidad ad infinitum de los socios que es la regla general en las sociedades de personas. En el sistema colombiano dicho límite de responsabilidad está fijado en el artículo 1º de la Ley 124 de 1937, cuando dice que en esta clase de compañías 'la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de éstos se indique', principio que más adelante desarrolla la misma ley, así: 'La escritura de constitución contendrá, además de las enunciaciones que expresa el artículo 467 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de éstos se indique y la de que aquéllos han sido pagados. 'Cuando haya aportes en especie, la mencionada escritura contendrá así mismo, la estimación que de ellos deben hacer los socios. Estos son solidariamente responsables del valor atribuido a los indicados aportes en la escritura social' (artículo 2º, incisos 2º y 3º). El extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse contendrá, además de las indicaciones de que trata el artículo 469 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios

se limitará a sus aportes o a éstos y a la suma que respecto de cada uno de los socios se indique y la de que las aportaciones han sido totalmente cubiertas' (artículo 3º).

"Se tiene entonces que de acuerdo con la Ley 124 de 1937, el límite de la responsabilidad personal de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, presenta las siguientes modalidades: a) Si no hay más que aportes en dinero y como éstos deben estar íntegramente pagados antes de quedar constituida la sociedad, la responsabilidad de cada socio se contrae a la suma que hubiere separado de su patrimonio personal para vincularla como aporte a la sociedad. Al entregar el aporte, el socio queda descargado de toda responsabilidad por las obligaciones que llegue a adquirir la sociedad; b) Si hay aportes en especie, todos los socios son solidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuido en el contrato a dichos aportes y su verdadero valor, y c) Si se ha pactado extensión de responsabilidad más allá de los aportes, los socios responderán, además, de la suma que respecto de cada uno de ellos y por este concepto se haya indicado en la escritura social.

"El artículo 36 del C. S. del T. no desconoce este fenómeno de limitación de responsabilidad que es propio de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, sino que, por el contrario, lo incorpora expresamente en su mandato, porque advierte que la solidaridad de los socios con la sociedad y de éstos entre sí es 'solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio', es decir, que no va más allá, que no lo excede, por lo cual respecto a estas sociedades no puede afirmarse que la norma consagra una solidaridad indefinida; ni que contempla una responsabilidad duplicada, o sea, hasta por otra suma 'equivalente a sus aportes' como lo expresa el salvamento de voto, porque en cualesquiera de estas dos hipótesis se estaría rebasando el límite de responsabilidad que no es otro que el previsto en la Ley 124 ya citada, en las tres modalidades que acaban de observarse". (G. J., números 2188-2189-2190, página 784).

Con base en la jurisprudencia transcrita, que la Corte ha reiterado en otros fallos, se concluye que el sentenciador incurrió en interpretación errónea de las normas de la Ley 124 de 1937 en cuanto no tuvo como de personas a la sociedad limitada de autos y aplicación indebida del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, en la modalidad de falta de aplicación, al no tener aquella sociedad como comprendida por su mandato.

Sin embargo, no podrá casarse la sentencia acusada, porque el *ad quem* tuvo también como base del fallo, la siguiente consideración:

"La Sala, en apoyo de lo anteriormente transcrito, estima que, por haber pagado sus aportes los socios demandados, como se infiere del documento que obra a folios 6 a 9 y 29 a 30, ninguna responsabilidad personal cabe a éstos con relación a las pretensiones deducidas en el juicio contra la sociedad durante la vigencia del contrato social. Por consiguiente, serán absueltos".

La motivación transcrita implica la aceptación de que los socios de compañías de responsabilidad limitada están comprendidas en la solidaridad de que trata el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. Si en virtud de las primeras consideraciones expuestas se casara la providencia recurrida, en instancia se llegaría a la misma conclusión del Tribunal, pues es verdad que se demostró el pago de los aportes de los socios, y de allí que no se les pueda condenar a lo pretendido por el recurrente.

No prospera la acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de nueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Hernando Cortés Román contra la sociedad Corber Coque, Limitada, y los doctores Alberto y Joaquín Bernal Arévalo.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 18 de abril de 1975, declara EXEQUIBLE el artículo decimosexto del laudo arbitral que resolvió el conflicto colectivo suscitado entre "Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Limitada", y el sindicato de sus trabajadores, excepto en cuanto manda que la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, y el descanso compensatorio a que haya lugar, para el personal que goza de salarios fijos, se liquiden con el salario "promedio" devengado por los trabajadores respectivos, y lo HOMOLOGA EN TODO LO DEMAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 13.

(Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Procede a decidir la Sala el recurso de homologación interpuesto por la empresa contra el laudo arbitral de 22 de noviembre de 1974, que resolvió el conflicto colectivo suscitado entre Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Limitada, y el sindicato de sus trabajadores, enviado a esta corporación el 7 de febrero de 1975 por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Antecedentes.

1º Las relaciones laborales entre las partes mencionadas venían rigiéndose por una convención colectiva suscrita el 25 de julio de 1972, cuyo término de aplicación fue fijado en la misma hasta el 31 de julio de 1974.

2º El sindicato respectivo denunció la citada convención, con las formalidades legales, el 3 de junio de 1974. Entre el 7 y el 12 del citado mes se llevó a cabo la etapa de arreglo directo, durante la que se llegó a un acuerdo solo respecto de dos de los puntos propuestos en el pliego de peticiones, sin que se avinieran las partes en los demás.

3º Procedióse entonces a la etapa de conciliación, que se extendió entre el 16 de julio y el 2 de agosto del citado año; pero de ella no surgió arreglo alguno sobre los puntos en discusión.

4º Con vista de lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento obligatorio, por tratarse de una empresa de servicio público, por Resolución número 02449 de 14 de agosto de 1974. Sobre esta base fueron designados como árbitros el doctor Rubén Duque Bejarano, por la empresa, y el doctor Héctor Jaramillo Ulloa, por el sindicato. Y como éstos no nombrasen el árbitro tercero, lo efectuó el Ministerio en el doctor Celso Aguilera Jaramillo, por Resolución 03080 del 9 de octubre del mencionado año.

5º Legalmente posesionados los miembros del Tribunal iniciaron sus deliberaciones con el nombramiento de Presidente y Secretaria, deliberaciones que se realizaron durante 26 sesiones entre el 14 de octubre y el 25 de noviembre de 1974, previa la obtención de dos prórrogas. En esta última fecha, profirió el laudo arbitral que se estudia, cuya notificación se surtió el mismo día.

6º El apoderado de la empresa interpuso recurso de homologación el 27 de noviembre, concretándolo "al artículo *decimosexto* de la parte resolutiva sobre liquidación de dominicales, festivos y compensatorios". El Tribunal concedió el recurso el 16 de diciembre del referido año (1974).

7º Por su parte, el gerente de la empresa, en carta de 28 de noviembre de 1974, dirigida a la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, a quien equivocadamente se enviaron los documentos pertinentes, manifiesta que "la entidad ha pues-

to en vigor el laudo y está determinada a honrarlo en todas sus partes resolutivas''; pero, agrega: ''Respecto del artículo decimosexto: 'Liquidaciones dominicales, festivos y compensatorios', la empresa, muy a su pesar, se ha visto en la obligación de interponer el recurso de homologación por cuanto existe en este punto una falla de derecho al conceptuar el Tribunal, con salvamento de voto, que el salario ordinario es igual en la definición de la ley al salario promedio...''.

De esta manera, el punto por decidir queda fijado a lo resuelto por el Tribunal en el citado artículo decimosexto, cuyo texto es el siguiente:

''Artículo decimosexto. *Liquidaciones dominicales, festivos y compensatorios.* Para el personal de la empresa que eventualmente tenga que laborar durante los días domingos o feriados de ley, se reconocerá el sobrecargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario o promedio.

''En cuanto al personal que labora por turnos y que tiene descanso compensatorio el día de semana, deberá la empresa liquidar el valor del dominical, festivo y/o descanso compensatorio, con base en el salario ordinario o promedio, devengado por el trabajador en la semana correspondiente''.

8º La petición formulada al respecto por el sindicato en el pliego respectivo, en la parte acogida por la mayoría del Tribunal, dice:

''*Punto octavo,*

''.....

''1. La empresa liquidará el valor del dominical y festivo y/o descanso compensatorio, lo mismo que el trabajo en estos días, con base en el salario ordinario o promedio devengado por el trabajador en la semana con la cual le corresponde el pago de esta prestación''.

9º El Tribunal acogió la petición anterior, asentando en la parte motiva del laudo:

''Literal 1). Un prolongado estudio de la petición sindical consignada en este literal, llevó a la mayoría de esta corporación a decidir favorablemente la primera parte de la misma, pues tal aspiración no solo está respaldada en principios de equidad, sino que, las definiciones legales así lo han venido reconociendo permanente y reiteradamente. De tal suerte que la empresa deberá liquidar los domingos, festivos y/o descanso compensatorio, con base en el salario ordinario o promedio devengado por el trabajador en la semana con la cual le corresponde hacer el pago de tal derecho...''.

Y en el acta número 15, correspondiente al 6 de noviembre de 1974, consta sobre el particular lo que se copia:

''Se toma luego el literal 1) del punto octavo —Varios— del pliego, sobre liquidación de dominicales, festivos y/o descansos compensatorios.

''La empresa en etapas anteriores había dicho que el primer párrafo correspondiente al literal j) del Capítulo III —*Régimen de salarios*— en la convención anterior, subtítulo: Sobrecargo por trabajos dominicales o festivos, quede igual.

''En cuanto al párrafo segundo del mismo literal, el doctor Duque plantea la necesidad de cambiar la palabra *jornal real* por *salario básico,* porque, como lo explicaban los representantes de la empresa, la palabra *real,* ha causado muchos problemas por cuanto se ha interpretado de varias maneras: es un término económico y no jurídico.

''El doctor Jaramillo dice que de conformidad con la normas legales vigentes, el concepto de salario ordinario o promedio está suficientemente aclarado a partir, especialmente, del año de 1965. El recargo de dominicales, festivos o compensatorios se liquida con el salario ordinario o promedio y no con el básico, como aparece en la convención.

El Tribunal, por mayoría, aprueba cambiar el primer párrafo: Salario básico, por salario ordinario o promedio.

''Igualmente aprueba que el párrafo segundo del mismo literal j), quede así:

'' '...la empresa liquidará el valor del dominical, festivo y/o descanso compensatorio, con base en el salario ordinario o promedio, devengado por el trabajador en la semana correspondiente'.

''El doctor Duque al respecto de lo acordado deja una constancia que se adjunta a la presente acta''.

La constancia del árbitro disidente, sostiene sobre el punto dicho:

''Con el fin de aclarar lo relacionado con el denominado salario básico y *jornal real* [letra j) del Capítulo III, página 29 de la convención colectiva de trabajo vigente], es necesario determinar la definición de *salario* que está en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y que dice: 'Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria...'

''Esta definición indica claramente que el salario ordinario es la remuneración fija o básica

sin mezclarla con otros factores de salario determinados en el mismo artículo, y que cuando es necesario por mandato legal, tenerlos en cuenta, así lo dispone la ley, pero exclusivamente para la liquidación de algunas prestaciones sociales, no de todas.

"El artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo define también claramente qué es salario básico en la misma forma que lo define la convención colectiva de trabajo. En efecto, dice la norma: 'Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical, y las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo, o por unidad de obra o por tarea'.

"Obsérvese que claramente la ley define que salario básico es el mismo ordinario, ya que en el mismo texto transcrito la ley hace la diferenciación entre uno y otro de los definidos en el texto legal, para aclarar que estos pactos solo son permitidos en los casos en que el salario no sea fijo, como, por ejemplo, en el trabajo a destajo, etc.

"Para la ley, en todas sus definiciones, existe una profunda distinción entre salario fijo u ordinario y salario variable; en efecto, para la ley constituye salario fijo u ordinario el salario básico y salario variable el que varía por razón de modalidad de contratación, y concretamente cuando éste no se puede determinar en los pagos que se hacen a destajo o por unidad de obra.

"El salario fijo puede alterarse por razón de beneficios especiales que concede la ley por concepto de horas extras o recargo nocturno, pero en este caso el salario sigue siendo fijo por cuanto el básico no ha variado, lo que ha variado es el pago que recibe el trabajador por incrementos especiales adicionales por concepto de recargo nocturno o de horas extras. Nadie podría alegar válidamente ante un juez que un trabajador que gana, por ejemplo, $ 40.00 diarios y trabaja en un turno nocturno en una semana, es natural que gane 35% de recargo, y a la semana siguiente que trabaja de día gane solamente $ 40.00 diarios, es decir, su salario ordinario o básico. En este caso no hay desmejora ni menos disminución de salario lo cual confirma que salario ordinario es igual a salario básico.

"Por otra parte, el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo que habla de recargos, establece claramente en su numeral 4º que los recargos no son acumulables, y como el día domingo y festivo, cuando se trabaja, tiene un recargo especial mayor que cualquier otro, es apenas natural que se pague el mayor recargo pero no todos.

"Finalmente, el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo pregona claramente 'como remuneración del descanso el trabajador a jornal debe recibir el salario *ordinario sencillo* aun en el caso de que el dominical...'.

"En este artículo la ley vuelve a identificar el salario ordinario (sencillo) con el salario o jornal básico".

10. Por último, los argumentos principales de las partes contendientes en contra y en favor de la legalidad del artículo impugnado, son los siguientes:

Del apoderado de la empresa:

"Este artículo decimosexto del laudo arbitral de noviembre 22 del año en curso, viola ostensiblemente los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo, 141 y 174 del mismo Código, por las siguientes razones jurídicas.

"El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dice:

"'Constituye salario no solo la remuneración *fija u ordinaria...*'.

"Esta definición indica claramente que el salario ordinario es la remuneración fija o básica sin mezclarla con otros factores de salarios determinados en el mismo artículo y que cuando es necesario, por mandato legal tenerlos en cuenta, así lo dispone la ley, pero exclusivamente para la liquidación de algunas prestaciones sociales, no de todas.

"El artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo define también claramente qué es salario básico fijo en la misma forma que lo define la convención colectiva de trabajo de la empresa.

"En efecto dice la norma:

"'Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios *básicos fijos* que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical y las prestaciones proporcionales al salario en los casos en que éste no sea fijo como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea'.

"Obsérvese que claramente la ley define que *salario básico es el mismo ordinario,* ya que en el mismo texto transcrito la ley hace la diferenciación entre uno y otro de los definidos en el texto legal, para aclarar que estos pactos solo son permitidos en los casos en que el salario no

sea fijo, como, por ejemplo, en el trabajo a destajo.

"Para la ley laboral en todas sus definiciones existe una profunda distinción entre salario fijo u ordinario y salario variable. En efecto, para la ley constituye salario fijo u ordinario del salario básico y salario variable el que varía por razón de modalidad de contratación y concretamente cuando éste no se puede determinar en los pagos que se hacen a destajo o por unidad de obra.

"El salario fijo puede alterarse por razón de beneficios especiales que concede la ley por concepto de horas extras o recargo nocturno, pero en este caso el salario sigue siendo fijo por cuanto el básico no ha variado, lo que ha variado es el pago que recibe el trabajador por incrementos especiales adicionales por concepto de recargo nocturno o de horas extras. Nadie podría alegar válidamente que un trabajador que gana, por ejemplo, $ 40.00 diarios y trabaja en un turno nocturno en una semana, es natural que gane el 35% de recargo y a la semana siguiente que trabaja de día gane solamente $ 40.00 diarios, es decir, su salario ordinario o básico. En este caso, no hay desmejora ni menos distinción de salario, lo cual confirma que salario ordinario es igual a salario básico.

"Por otra parte, el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo que habla de recargos, establece claramente en su numeral 4º que los recargos no son acumulables y como el día domingo y festivo, cuando se trabaja tiene un recargo especial mayor que cualquier otro, es apenas natural que se pague mayor recargo pero no todos.

"Finalmente, el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo pregona claramente 'como remuneración del descanso el trabajador a jornal debe recibir el salario *ordinario sencillo* aun en el caso de que el dominical...'.

"En este artículo la ley vuelve a identificar el salario ordinario (sencillo) con el salario jornal básico.

"El artículo decimosexto sobre liquidación de dominicales, festivos y compensatorios del laudo arbitral materia del recurso de homologación, viola en forma clara, como ya lo expresé anteriormente, los artículos 127, 141 y 174 del Código Sustantivo del Trabajo y confunde en su interpretación para equilibrarlos e identificarlos erradamente el salario real que según la opinión equivocada del laudo es lo mismo que el salario ordinario promedio. Tal concepto equivocado de igualar el alcance de que es lo mismo el salario ordinario del salario promedio conlleva en virtud de la violación de la ley a imprevisibles consecuencias económicas y a romper el equilibrio legal entre las partes".

Del apoderado del sindicato:

"Las normas que se refieren a *remuneración por trabajo* en días de descanso obligatorio son el artículo 176, sobre salarios variables, el 179, que establece el porcentaje de recargo para labor ejecutada en días dominicales y festivos, el 180 que hace relación a trabajo excepcional en días de descanso obligatorio y el 181 sobre descanso compensatorio y remuneración cuando la labor en días de descanso obligatorio es habitual.

"A ninguno de ellos hizo referencia el señor abogado patronal. Como el recurso de homologación no es oficioso, la falta de referencia expresa del recurrente a las normas pertinentes, sería suficiente motivo para no atender su solicitud. Al respecto ha manifestado el Tribunal Supremo del Trabajo:

" 'El recurso de homologación no es oficioso, lo cual significa que la competencia del Tribunal Supremo del Trabajo para revisar un laudo arbitral se encuentra restringida a los aspectos que él o los recurrentes señalen como contrarios al poder decisorio de los árbitros o a sus propios intereses definidos por la Constitución, en la ley o en convenios o laudos anteriores. Lo anterior solo presenta una excepción derivada del hecho de que el fallo arbitral en algunas de sus decisiones distintas de las atacadas por los recurrentes, afecte preceptos de orden público, en cuyo caso el Tribunal Supremo, aun de oficio, puede hacer su revisión para anularlo o disponer lo pertinente conforme a la ley'. (Homologación, 21 mayo de 1954, D. del T., volumen XX números 115-117, página 68; 3 de noviembre de 1956, G. J., LXXXIII, 1093).

"2ª *Equidad tiene prioridad sobre arbitrariedad.* Dos posiciones antagónicas se presentan ante la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia en el presente recurso: de un lado, la posición del Tribunal de Arbitramento, defendida por el sindicato de trabajadores, que, con apoyo en la ley y cumpliendo con sus obligaciones de hacer justicia, determina cómo se debe liquidar el pago de salarios en días dominicales, festivos y compensatorios cuando se trabajan teniendo como base el *salario ordinario o promedio* (repetición de los artículos 176 y 179 del C. S. T.).

"De otro lado, la posición patronal, que pide se *revoque el artículo decimosexto sobre liquidación de dominicales, festivos y compensatorios*

del laudo arbitral... 'porque su vigencia puede llevar a *imprevisibles consecuencias económicas'*.

"Aspira la parte patronal a que se deje la liquidación de estos salarios a su arbitrio, mediante escrito con citas legales mal hechas y analizadas peor, o francamente impertinentes. Y en derecho del trabajo, la equidad prima sobre la arbitrariedad.

"3ª *Derechos adquiridos por los trabajadores y consagrados en la convención anterior.*

"Antes de producirse el laudo objeto de este recurso, existió entre las partes una convención colectiva firmada *directamente* entre el sindicato y la empresa, dentro de la cual ésta aceptó que para el trabajo *habitual* los días domingos, la remuneración se haría con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el *jornal real.* Es decir, que se avanzó en la convención, frente a los criterios del *salario ordinario* (artículo 179 C. S. T.), y *salario variable* (artículo 176 C. S. T.). El texto vigente en la convención hasta la decisión del Tribunal de Arbitramento es del siguiente tenor:

" '*Sobrecargos por trabajos en días domingos o festivos.* Para el personal de la empresa que eventualmente tenga que laborar durante días domingos o feriados de ley, se reconocerá el sobrecargo del *ciento por ciento (100%) sobre su salario básico'*.

" 'En cuanto al personal que labora por turnos y que tiene descanso compensatorio en día de semana deberá la empresa pagarle el salario con un recargo del ciento por ciento (100%) *sobre el jornal real,* por concepto del trabajo dominical (subrayado en la copia) (Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Limitada. *Convención colectiva de trabajo,* 1972-1974, página 29)'.

"El sentido que los trabajadores dieron a *salario real* es el mismo que ha tenido la honorable Corte: sumas *realmente devengadas* por prestación de servicios (sentencia de 14 de marzo de 1962, *Gaceta Judicial, t.* XCVIII, números 2253 - 2254, página 559, transcrita en la sentencia de noviembre 22 de 1973 con ponencia del Magistrado José Enrique Arboleda Valencia).

"La empresa, en cambio, apartándose de la equidad y de la ley, apoyándose en su propio criterio —que es arbitrariedad— dio una interpretación diferente a este punto de la convención y durante su vigencia liquidó y pagó salarios correspondientes a días dominicales, festivos y compensatorios por un valor inferior al *real*".

Luego de referirse a los artículos 172, 173 y 174 del C. S. del T. y de transcribir el 176 y los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965, asienta lo que se copia:

"5ª *Cómo deben entenderse los conceptos de salario ordinario y salario promedio.*

"A. *Salario ordinario.* Corresponde a la prestación de los servicios ordinarios del trabajador en jornada ordinaria de trabajo. Por ejemplo, un trabajador que laboró durante toda la semana con jornada máxima legal de ocho horas diarias y 48 semanales con un salario diario de cincuenta pesos, por ese solo hecho debe recibir el día domingo, sin trabajar, es decir, por su descanso obligatorio, cincuenta pesos (artículo 174, C. S. T.).

"Si trabaja *eventualmente* el domingo, gana cien pesos adicionales a los cincuenta que corresponden al descanso.

"Es el pago doble que en la práctica se convierte en triple en el trabajo *eventual o excepcional* en domingos y festivos. (Artículo 12, Decreto 2351 de 1965, convertido en legislación permanente por la Ley 48 de 1968).

"Pero si varían los valores constitutivos del salario, todos ellos deben tenerse en cuenta.

"Al respecto ha sostenido la Corte: 'El trabajo en domingo o días de fiesta debe retribuirse doblemente. Lo que debe doblarse es el salario de un día, que es la unidad de medida; pero salario integrado por todos sus valores, inclusive por los que se paga en especie, como corresponde al verdadero concepto de la retribución de servicios'. (Casación, septiembre 14 de 1955. D. del T., volumen XXII, números 130-132, página 226).

"B. *Salario promedio.* Es una especie del salario variable. Corresponde a la prestación de servicios personales del trabajador que por la forma, naturaleza o intensidad de su oficio, o trabajo no logra un salario fijo.

"*Salario promedio,* se refiere a la división del valor total devengado en la semana, por el número de días trabajados. (Artículo 176 C. S. T.).

"Si el salario de cada día es variable se debe establecer un salario promedio. El artículo 176 enumera algunos casos en los cuales los salarios son variables: a) Remuneración por tarea; b) A destajo; c) Por unidad de obra.

"Pero puede haber otras especies de salario variable como en el trabajo por comisión o por participación en utilidades. (Sentencia de febrero 7 y 25 de marzo, 5, 18 y 20 de 1964, citadas por Ortega Torres, página 244, edición comentada del C. S. T., 1972).

"Siempre que haya variación en el salario semanal, habrá necesidad de buscar el salario promedio para establecer la remuneración de domingos y festivos.

"Ya fijó su criterio la Corte al anotar:

" 'Cuando el salario es variable, para remunerar el descanso obligatorio se debe tener en cuenta el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior'. (Sentencia, 8 de abril de 1964, D. del T., volumen XXXIX, números 232-234, página 169; 6 de mayo de 1964, G. J., CVII, página 711).

"También para los casos en que se combina el salario con parte fija y parte variable.

" 'Cuando el salario es variable o parte fija y parte variable, no puede aplicarse el mandato del artículo 174-2 sino el del 176 del C. S. T., pero no para considerar que el promedio anual para la retribución del descanso obligatorio sea igual al semanal que manda este artículo para los días festivos.

"Con el 172-2. (Cas. 18 de mayo de 1968)'.

"Sí podía entonces el Tribunal de Arbitramento que resolvió el conflicto colectivo entre el sindicato de base de los trabajadores y la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Limitada, establecer que el salario para la liquidación de dominicales y festivos trabajados debía ser el *ordinario o promedio,* ajustándose no solo a la ley, artículos 176 y 179 (subrogado por el artículo 12, Decreto 2351 de 1965), del C. S. T., sino en armonía con los criterios jurisprudenciales de nuestro más alto Tribunal".

Señalados estos antecedentes, la Sala, para resolver,

Considera:

El Código Sustantivo del Trabajo hace una distinción clara y precisa, ampliamente explicada por la jurisprudencia de la Sala, especialmente en los fallos relativos al pago de descansos dominicales de trabajadores de Sears Roebuck, S. A. *(Gacetas Judiciales* números 2271, 2272 de primer trimestre de 1964 y de segundo trimestre de 1964), según la cual uno es el salario fijo y otro el variable, y respecto de éste, bien sea íntegramente de esta índole o ya parte fija y en parte variable, es necesario tomar "el promedio" de lo devengado para cualquier efecto legal, pues es la única forma de conocer su cuantía en razón de su naturaleza. Y si se trata de remunerar el descanso dominical, ese "promedio" ha de ser "de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solo los días trabajados", según lo manda el artículo 176 del C. S. del T., cuya aplicación no puede extenderse a situación distinta de la en él regulada, que es la de que *"no se trate de salario fijo"* como reza su encabezamiento. Carece, pues, de fundamento el invocarlo respecto de salarios de esta última clase.

Desde este punto de vista, resulta avenido con el citado precepto el artículo decimosexto del laudo en cuanto se refiere a salarios variables.

Corresponde decidir ahora la incidencia del artículo impugnado del laudo cuando el salario no es variable, *sino fijo.*

Sobre este aspecto ha de considerarse, en primer término, que el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 179 del C. S. del T., establece que "el trabajo en domingo o días de fiesta se remunerará con un recargo del ciento por ciento (100%) *sobre el salario ordinario* (subraya la Sala) en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del *salario ordinario* (id), a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa".

¿Qué se debe entender por *salario ordinario?* El punto lo define, sin lugar a duda, el artículo 127 del estatuto laboral, cuando asienta: "Constituye salario no solo *la remuneración fija u ordinaria* (subraya la Sala), sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades".

Véase, pues, que esta norma presenta dos elementos integrantes del salario: a) La remuneración fija u ordinaria; b) Otra retribución que podría llamarse: extraordinaria, según surge con claridad de los mismos ejemplos que trae: "primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades", sumas que el trabajador no recibe ordinariamente, o en forma fija, sino de manera extraordinaria, cuando se ha encontrado en una o algunas de tales circunstancias que acrecientan o aumenta la citada remuneración fija u ordinaria. El primer elemento, pues, es lo que común o regularmente paga el patrono al trabajador y el segundo lo que le cubre en algunos casos, en determinadas circunstancias fuera de lo ordinario. Por eso, aquél es *fijo u ordinario,* mientras que éste es *extraordinario,* porque se percibe algunas veces y no en todos los períodos convenidos para el pago del salario.

Dedúcese de lo expresado, que cuando el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 establece que la sobrerremuneración del trabajo en domingos o días de fiesta, se hará "sobre el trabajo ordinario", se refiere al primer elemento integrante del salario, o sea, todo aquello que al trabajador cubre el patrono de manera regular u ordinaria, excluyendo las sumas que eventualmente o en un momento dado pueda recibir de modo no común o extraordinario.

Por lo tanto, entendido el artículo decimosexto del laudo en el sentido que le dan los apoderados de las partes y los propios árbitros y que es el que la sobrecarga del 100% para retribuir el trabajo en días domingos o de fiesta o el descanso compensatorio correspondiente, debe liquidarse con el salario "promedio", o sea, no solo con lo que fija u ordinariamente se satisface al trabajador, sino también con lo que extraordinariamente, no siempre, sino en algunas ocasiones, acrece el salario ordinario, contraría el texto del precepto 12 del Decreto 2351 de 1965 y resulta ilegal, teniendo en cuenta los salarios fijos en oposición a los variables; según se explicó arriba, pues para estos últimos es necesario buscar el promedio de lo devengado.

El apoderado de la empresa invoca la equidad (que dice tiene prioridad sobre la arbitrariedad) y trae a cuento sentencias de esta Sala en que ha buscado aquélla como criterio de interpretación de la ley o como principio aplicable para llenar sus vacíos o para corregir situaciones en que el texto literal puede conducir, en precisos casos particulares, a un fallo inequitativo.

Pero en el punto a estudio no concurre ninguna de esas hipótesis, pues un texto claro, como el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 179 del Código, no requiere ser interpretado con base en el concepto de equidad; ni aparece un vacío en él que no pudiera llenarse por analogía y que requiriera hacerlo por equidad; ni se trata de una situación particular concreta, que decidida por el tenor literal de la norma, conduciría a una situación inequitativa, que fue lo contemplado en la sentencia de 22 de noviembre de 1973, citada por el opositor, y que se refiere a un caso especialísimo consistente en que pactado un salario básico para efecto de liquidación de prestaciones sociales, conforme al artículo 141 del C. S. del T., para algunos trabajadores dicho salario resultaba inferior en mucho al realmente devengado. Y aquí corresponde advertir que la frase usada en tal sentencia: "sumas realmente devengadas" o "salario realmente devengado", no la empleó la Sala para definir un tipo de salario, como pretende deducirlo el apoderado del sindicato.

Alega, además, que como en el literal j) del Capítulo III de la convención dicha, se empleó la locución "jornal real", "se avanzó en la convención, frente a los criterios de *salario ordinario* (artículo 179 C.S.T.) *y salario variable* (artículo 176 C. S. T.)". Pero respecto del alcance de esa locución no hubo acuerdo entre las partes y en el pliego de peticiones los trabajadores solicitaron que "la empresa pagará de manera retroactiva a tres años la parte de salarios que adeuda a los trabajadores por concepto de esta prestación". (El recargo del 100% sobre el "jornal real"). Los árbitros, sin embargo, desecharon esta petición, y por otra parte, el citado literal j) del Capítulo III de la convención, se refiere a "jornal real" respecto del "personal que labora por turnos y que tiene derecho al descanso compensatorio en día de semana"; pero en cuanto al "personal que tenga que laborar durante los días domingos o feriados de ley, se reconocerá el sobrecargo del ciento por ciento (100%) sobre su *salario básico*" (subraya la Sala). En estas condiciones, no puede alegarse válidamente tal antecedente para justificar la interpretación extensiva que sostiene el apoderado del sindicato con relación a lo que ha de entenderse por "salario ordinario", ni menos constituye un "derecho adquirido por los trabajadores y consagrado en la convención anterior", según lo afirma el mismo.

El análisis que antecede confirma lo manifestado arriba en el sentido de que es ilegal el artículo decimosexto del laudo recurrido, en cuanto ordena que la remuneración del trabajo en días domingos o feriados o el descanso compensatorio correspondiente, debe liquidarse "sobre el salario *promedio*", entendiendo por tal, no el salario fijo u ordinario, sino también las retribuciones extraordinarias que puede haber percibido el trabajador, siempre que se trate de salario fijo y no del variable.

Conviene advertir, por último, que la Sala no carece de competencia para resolver el tema propuesto por el hecho de que el apoderado de la empresa no hubiese citado todos los artículos atinentes al caso, o que el de la contraparte considera necesarios, pues, el recurso de homologación no es equivalente al de casación, que requiere para la viabilidad de los cargos el que se integre una proposición jurídica completa. En este sentido, no es pertinente la doctrina invocada del Tribunal Supremo del Trabajo.

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, declara

EXEQUIBLE el artículo decimosexto del laudo arbitral a que se refiere esta sentencia, excepto en cuanto manda que la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, y el descanso compensatorio a que haya lugar para el personal que goza de salarios fijos, se liquiden con el salario "promedio" devengado por los trabajadores respectivos, y lo *homologa en todo lo demás.*

Cópiese, notifíquese y envíese el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ESTIMACION POR EL JUEZ DE DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS

Conforme al artículo 277 del C. P. C., para que estos documentos, de carácter simplemente declarativo puedan estimarse por el Juez, se requiere que su contenido haya sido ratificado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 16.

(Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Delia García de Michelis contra la sentencia que dictó, el 20 de mayo de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por la recurrente contra la Beneficencia de Cundinamarca. El expediente, radicado en esta Sala bajo el número 4783, singulariza las condiciones de los litigantes y las de sus apoderados.

En el juicio la demandante impetró que se le reintegrara al cargo de auxiliar de enfermería que desempeñaba en el Hospital de San Juan de Dios de esta ciudad cuando le fue terminado su contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, petición a la que le señaló fundamento en la cláusula sexta de la convención colectiva suscrita entre la entidad demandada y su sindicato de trabajadores, en el mes de septiembre de 1959; el pago de los salarios causados desde el momento del despido, o sea el 9 de julio de 1968, hasta cuando se le reintegre a sus labores en la Beneficencia de Cundinamarca; la indemnización de ocho semanas de licencia remunerada, por haber sido despedida en estado de embarazo; la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica correspondiente al hecho anterior; la indemnización moratoria por el no pago oportuno de esta prestación y de la indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo conforme al artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, y, en caso de que la entidad demandada no quisiera reintegrarla de acuerdo con la súplica primera, el pago de la indemnización establecida en la mencionada cláusula sexta de la convención colectiva de 1959, que fue "ratificada" por la cláusula 18 del laudo arbitral proferido el 11 de octubre de 1963, para regir las relaciones laborales entre la Beneficencia de Cundinamarca y el sindicato de sus trabajadores.

El libelo inicial presentó como hechos los siguientes:

"1º Entre la señora Delia García de Michelis y la Beneficencia de Cundinamarca se suscribió un contrato administrativo de trabajo con fecha octubre 1º de 1966.

"2º Con fecha 9 de julio de 1968 la Beneficencia de Cundinamarca dio por terminado el contrato que la vinculaba con la señora de Michelis en forma unilateral, ilegal y sin justa causa.

"3º La Beneficencia de Cundinamarca dio por terminado el contrato de trabajo de la señora Delia García de Michelis, cuando ésta se encontraba en estado de embarazo, por lo tanto, no podía ser despedida sin permiso del Inspector del Trabajo.

"4º La Beneficencia de Cundinamarca no ha pagado la indemnización de ocho semanas por embarazo.

"5º La Beneficencia de Cundinamarca no ha pagado la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica que le corresponde a la señora de Michelis por haber sido despedida en estado de embarazo.

"6º La señora Delia García de Michelis se encontraba afiliada al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca al término de su contrato y por lo tanto se beneficiaba de lo establecido en la cláusula 6ª de la convención colectiva de trabajo de septiembre de 1959, y ratificada en la cláusula 18 del laudo arbitral

proferido para regir las relaciones laborales entre la empresa y el sindicato de sus trabajadores en octubre 11 de 1963.

"7º De acuerdo con las funciones desarrolladas por la señora de Michelis como auxiliar de enfermería del Hospital de San Juan de Dios de la Beneficencia de Cundinamarca y lo prescrito en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, su relación es la de un contrato administrativo de trabajo.

"8º Con fecha 29 de julio de 1969 presenté ante el señor síndico gerente de la Beneficencia de Cundinamarca presenté (sic) reclamación administrativa, ha transcurrido más de un mes sin que la Beneficencia diera respuesta, por lo tanto, considero que se halla agotada la vía gubernativa".

La Beneficencia de Cundinamarca se opuso a las peticiones de la actora, manifestando no ser ciertos los hechos transcritos de su demanda, salvo el 8º que reconoció cierto; el 6º, del que su apoderado dijo no constarle, ateniéndose a lo que se demostrara en el proceso, y el 7º, que estimó como una apreciación de derecho. Explicó, además, sus negaciones reseñadas manifestando que la terminación de la relación de trabajo fue justa y que cuando ella se produjo no tenía conocimiento de que la demandante pudiera estar embarazada pues ésta nunca le comunicó que se encontraba en dicho estado. Formuló, en fin, las excepciones de incompetencia de jurisdicción, como dilatoria, y las perentorias de pago, prescripción, compensación y la "genérica".

Admitida la demanda el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, rechazó la excepción dilatoria mencionada, y tramitada la controversia, en fallo de 8 de marzo de 1972, absolvió a la Beneficencia de Cundinamarca de todas las peticiones que le fueron formuladas, y condenó, además, en costas, a la demandante. Esta decisión fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal ya mencionado de Bogotá, en la suya de fecha igualmente expresada, que le impuso también a la demandante las costas de la alzada.

El recurso extraordinario.

Recibido en legal forma persigue el quebranto parcial del fallo del *ad quem* en cuanto confirmó "la absolución de la Beneficencia de Cundinamarca por los conceptos de reintegro o indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato, en la forma señalada por la cláusula sexta de la convención colectiva de trabajo vigente en la entidad, y de la indemnización moratoria", para que la Corte, en sede de instancia, revoque el del juzgador *a quo*, y en su lugar, condene a la demandada al reintegro pedido de la señora Delia García de Michelis o al pago de la indemnización que contempla la dicha cláusula convencional "y a los salarios dejados de percibir desde el momento del despido y hasta cuando se reintegre mi poderdante o se cancele la indemnización aludida".

Para estos efectos, en cargo único de la causal primera de casación laboral, por la vía indirecta acusa aplicación indebida del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en conexión con los artículos 19, 51 y 52 del Decreto 2127 del mismo año, 1º del Decreto 797 de 1949 y 277 del Código de Procedimiento Civil. Para el acusador estas violaciones se produjeron a consecuencia de los siguientes errores de hecho:

"a) No dar por demostrado estándolo, que la demandante era afiliada al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca;

"b) Dar por demostrado sin estarlo que la documental que obra a folio 61 del expediente, no acredita la afiliación de la demandante al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca;

"c) No aplicar a la demandada la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Beneficencia de Cundinamarca y el sindicato de sus trabajadores, en el mes de septiembre de 1959, a pesar de ser la demandada socia del sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca;

"d) Los errores de hecho que he singularizado fueron cometidos por el sentenciador a causa de la errónea apreciación de la prueba documental que aparece a folio 61 del expediente y que está constituida por una nota dirigida al Juzgado Noveno del Circuito Laboral por el presidente y la secretaria general del sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca en donde consta que la señora Delia García de Michelis se encontraba afiliada a esa organización y estaba a paz y salvo con sus cuotas al término en su contrato de trabajo el 19 de julio de 1968".

Como pruebas mal apreciadas se mencionan el documento de folio 61 del expediente y la convención colectiva que obra a los folios 68 a 75.

El recurrente sustenta su ataque así:

"El sentenciador consideró que era necesario efectuar el reconocimiento de la documental que obra a folio 61 del expediente y que como no se había realizado tal certificación carecía de valor probatorio, pero no observó el sentenciador que la certificación se había originado en una soli-

citud hecha por el Juzgado Noveno al sindicato de trabajadores, en oficio cuya copia reposa a folio 59 del expediente y en esas condiciones la documental aludida no necesitaba el reconocimiento de la firma de sus signatarios, pues éstos lo único que habían hecho era cumplir con la orden que les había impartido y sabemos que la ley dispone que los documentos aportados al proceso por orden del Juzgado tienen valor probatorio pleno aunque no sean reconocidos por las personas que lo firmen y así lo señala perentoriamente el artículo 277 del Código de Procediciento Civil, en estas condiciones encontramos que la apreciación probatoria del documento aportado al proceso por orden del Juzgado y que certifica la afiliación de Delia García de Michelis al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca tiene pleno valor probatorio y la apreciación que de él hizo el sentenciador de segunda instancia es errada por lo que incurrió en el error evidente de hecho de no dar por demostrado estándolo que la señora Delia García de Michelis era afiliada al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca y, en consecuencia, se le aplicará la convención colectiva de trabajo, suscrita entre la Beneficencia de Cundinamarca y el sindicato de sus trabajadores en el mes de septiembre de 1959". De lo cual concluye que "si el sentenciador no hubiera incurrido en este error evidente de hecho, habría encontrado probada la afiliación de la señora Delia García de Michelis al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca y habría tenido que apreciar correctamente la convención a que me he referido aplicándola a Delia García de Michelis en su cláusula 6ª, es decir, condenando a la Beneficencia de Cundinamarca al reintegro o al pago de la indemnización consagrada en la cláusula convencional así como al pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido ilegal hasta el momento del reintegro o el pago de la indemnización". No hubo escrito de oposición.

Se considera.

Como aparece de la reseña anterior, el cargo radica en que el Tribunal *ad quem* estimó que la demandante no estableció en el proceso su condición de afiliada al sindicato de trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca y de sujeto, por lo tanto, del ámbito de aplicación personal de la convención colectiva de trabajo, en la que se fundamentaron las acciones de reintegro o de indemnización que persigue el recurso; apreciación que hizo el fallador a pesar de que al folio 61 obra un documento que, para el recurrente, prueba esa titularidad en razón de estar suscrito por el presidente y la secretaria del sindicato, quienes lo enviaron al proceso en virtud de oficio que libró el Juzgado del conocimiento. La desestimación del valor probatorio de esta pieza obedeció a que no fue reconocida por sus signatarios. Y esto es lo que se afirma violador del artículo 277 C. P. C., con sus incidencias absolutorias en los demás textos que integran la proposición jurídica del cargo.

Mas *conforme al artículo procesal en cita, para que los documentos privados emanados de terceros, de carácter simplemente declarativo, como el de autos, puedan estimarse por el juez se requiere; salvo disposición en contrario, que su contenido haya sido ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, por exigencia del numeral 2 de dicho precepto, que fue lo que no se cumplió respecto de la pieza que se dice mal apreciada. Y no habiéndolo sido, carece de poder de convicción conforme al sistema instituido por el artículo 61 C. P. T., pues no le asisten las condiciones de identificación de sus signatarios y de juramento de los mismos acerca de la verdad de su contenido declarativo. Esto no se suple, ni su incumplimiento podía determinar la convicción del fallador de autos, porque el documento se hubiese producido en virtud de oficio librado por el Juzgado.*

No incurrió, en consecuencia, el Tribunal en el error que se le acusa y el cargo que reposa en él 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 porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CALIFICACION DE LA DEMANDA DE CASACION

Cuando la Sala califica o descalifica una demanda de casación, su providencia no es de mérito pues no está estudiando las acusaciones contra el fallo; simplemente está comparando la demanda con el artículo 90 del C. P. del T. y el 63 del Decreto 528 de 1964, para establecer si de acuerdo con estos preceptos formales, el libelo reúne los requisitos en ellos establecidos. En caso afirmativo la admite, pero si no los reúne en su plenitud, la descalifica y declara desierto el recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo dos de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 17.—Radicación número 4931.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar).

El apoderado de la Corporación Algodonera del Litoral, "CORAL", en escrito de 5 de abril del presente año, solicitó reposición del auto de 2 del mismo mes, por el cual la Sala, al calificar la demanda de casación que interpuso a nombre de aquella entidad, declaró desierto el recurso extraordinario por haber encontrado que en el libelo respectivo nó se determinó correctamente el alcance de la impugnación.

El recurrente apoya la reposición impetrada en las siguientes razones:

a) Que conforme a las transcripciones que hace de la parte resolutiva de las sentencias de instancia, y del alcance de la impugnación de la demanda de casación, se deduce que el libelo cumple con el requisito formal del ordinal 4º del artículo 90 del Decreto-ley 2158 de 1948 en armonía con el 63 del Decreto-ley 528 de 1964, que proclama que la "demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas";

b) Que en la petición de absolución total o parcial de las condenas inferidas "por el juzgador *a quo* a la Corporación Algodonera del Litoral, está comprendida como es obvio, la revocatoria de la sentencia de primera instancia", siendo este el método lógico, racional y científico de interpretar la demanda, para lo cual transcribe parte de una sentencia de la Corte;

c) Que se ha hecho una calificación de mérito de la demanda, no obstante que para calificarla debe tenerse en cuenta que cumpla con los requisitos formales;

d) Que el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, derogó el 90 del C. S. del T., por ser norma posterior y reglamentar todo lo atinente con los requisitos de la demanda de casación en materia laboral, el cual no exige el requisito del alcance de la impugnación, como sí lo determinaba el artículo 90 del Decreto 2158 de 1948, concluyendo que "por todo lo expuesto, la demanda en examen reúne los requisitos legales, en conformidad con lo dispuesto por los artículos 63 y 65 del Decreto-ley 528 de 1964".

El recurrente también copia parte del estudio de un profesor nacional, ya fallecido, de derecho laboral sobre el tema y cita algunos ejemplos en que la Sección Segunda de esta Sala, ha admitido la demanda extraordinaria, pese a que ésta no contiene la expresión de lo que deba hacerse con la sentencia de primera instancia, en caso de prosperidad del recurso.

Se considera.

No obstante la contradicción en que incurre el memorialista en el planteamiento de las razones que le sirven de apoyo para pedir la reposición del auto de 2 de abril último, por cuanto considera que el artículo 63 del Decreto 528 de

*1964 derogó el 90 del C. S. T., y sin embargo, se apoya en este último para aseverar que la demanda cumple con los requisitos formales establecidos en él, procede la Corte a estudiar uno a uno los argumentos con los cuales sustenta el recurso el apoderado de la Corporación Algodonera del Litoral "*CORAL*".*

I. Manifestar que la demanda de casación cumple con el requisito formal establecido en el ordinal 4º del artículo 90 del C. S. del T., no es razón valedera para reponer el auto reclamado, por cuanto constituye apenas una afirmación del recurrente y es precisamente lo que ha echado de menos la Sala.

Pero en este punto, el recurrente ya precisa que solamente 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", conforme al artículo 63 del Decreto 528 de 1964.

La exclusión, como requisito formal en la demanda de casación, de su alcance o petitum correctamente presentado, es inaceptable y reiteradamente la Corte ha venido insistiendo en que debe aparecer en el libelo para que éste pueda ser calificado, de acuerdo con el artículo 90 del C. P. T.

II. La segunda razón, o sea, que se ha pedido la absolución de las condenas proferidas "por el juzgador a quo*", es precisamente la parte del alcance de la impugnación que faltó en la demanda ya examinada y por eso se descalificó.*

III. Cuando la Sala califica o descalifica una demanda de casación, su providencia no es de mérito, pues no está estudiando las acusaciones contra el fallo; simplemente está comparando la demanda con el artículo 90 del C. P. del T. y el 63 del Decreto 528 de 1964, para establecer si de acuerdo con estos preceptos formales, el libelo reúne los requisitos en ellos establecidos. En caso afirmativo, la admite, pero si no los reúne en su plenitud, la descalifica y declara desierto el recurso.

IV. El artículo 63 del Decreto-ley 528 de 1964 no derogó el 90 del C. P. del T., solamente la regulación general que contiene para la casación en los tres órdenes procesales no es contraria a las particulares que el C. P. del T. establece para la casación laboral. Tal ha sido el criterio constante de la Sala.

V. Sus dos secciones han dicho que el recurrente debe indicar para el caso de prosperidad del recurso, qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia.

La Sección Segunda se ha pronunciado, así:

"El alcance de la impugnación, ha dicho reiteradamente la jurisprudencia laboral, es el petitum de la respectiva demanda, y, como tal, ha de formularse con absoluta claridad y precisión, para que la Corte, conociendo con certeza las aspiraciones del recurso, pueda hacer pronunciamiento sobre él. Y consiste en la manifestación de voluntad del impugnante de que se case total o parcialmente la sentencia acusada, indicando, en este último caso, en qué aspectos debe ser invalidada, *con expresión, además, de lo que debe hacerse con el fallo de primer grado o de la forma como debe ser reemplazado*". (Subraya la Sala - G. J., tomo CXXIX, página 317).

"El 'alcance de la impugnación' que es parte muy importante de la demanda, puesto que constituye su petitum, y como tal debe formulársele con la claridad y precisión más absolutas, aparece expresado en forma deficiente, pues no se indica para el evento de la prosperidad del recurso, qué debe hacer la Corte, como Tribunal de instancia, en relación con la sentencia de primer grado" (G. J., tomo CXXXI (bis), pág. 205).

Así mismo la Sección Primera ha expresado:

"La Sala, en reiterada jurisprudencia ha sostenido que en el alcance de la impugnación debe expresarse qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia, en caso de prosperidad total o parcial del recurso, pues la Corte, en tal evento, obra como Tribunal de instancia y, por tanto, es aquella providencia la que puede revocarse, modificarse o confirmarse".

"También tiene establecido la jurisprudencia que cuando falta el requisito anotado, no debe admitirse la demanda de casación".

"En este caso, por tanto, deberá rechazarse la demanda presentada y declararse desierto el recurso". (Auto de 26 de septiembre de 1974. Juicio de José del Carmen Rojas P., contra Elpidio Jiménez Jiménez y Ana Cleotilde Rodríguez de Jiménez).

"No expresa el recurrente qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia, si el recurso prospera en forma total o parcial. Si de aquélla ha de revocarse, confirmarse o modificarse. Cuando se casa una sentencia de Tribunal, la Corte al convertirse en juzgador de instancia, no tiene facultad para resolver independientemente aquella de que por tal causa conoce, en apelación o consulta, por cuanto quedarían dos resoluciones judiciales vigentes: la sentencia del juez, sobre la cual no se pide pronunciamiento

del superior y lo dispuesto por la Corte en sede de instancia".

"Lo anterior demuestra que para el señalamiento correcto del alcance de la impugnación, es necesario, además de pedir el quebrantamiento total o parcial de la providencia recurrida, determinar lo que debe hacerse en relación con el fallo de primera instancia y también lo que ha de resolverse en reemplazo de él cuando sea revocado o modificado".

"La falta de la correcta declaración del alcance de la impugnación, hace que la demanda no contenga el requisito a que se refiere el numeral 4º del artículo 90 del C. P. L., como lo ha dicho reiteradamente la Sala, y, en consecuencia debe ser rechazada y declarar desierto el recurso". (Auto de 13 de marzo de 1975 - Juicio de Emilio Marles contra "Alegría & Cía., Limitada").

VI. Sobre el mismo tema anterior y en lo que respecta a la interpretación de la demanda extraordinaria, esta Sección ha dicho:

"Así, en el capítulo denominado 'Alcance de la impugnación', que es parte principalísima de la demanda y como tal ha de formulársele con la más rigurosa claridad y precisión, se limita a expresar que persigue 'obtener un fallo condenatorio por haberse establecido en el pleito los extremos de un contrato típico a domicilio y su promedio de remuneración por tiempo con el sustento principal de lo dispuesto por el artículo 89 del C. S. T.'. Pero ni siquiera impetra el quebrantamiento de la sentencia materia del recurso, ni indica, para el evento de la prosperidad de éste, qué debe hacer la Sala, como Tribunal de instancia, en relación con la de primer grado. Ese vacío en cuestión tan sustancial, no puede ser llenado por la Corte, mediante un esfuerzo interpretativo de la demanda porque hasta allá no llegan las facultades de que disponen los jueces en este campo, no le está permitido suplirlo oficiosamente". (Subraya la Corte. G. J., tomo CXXIX, página 703).

VII. En cuanto a la cita del memorialista sobre lo dicho por un profesor de derecho laboral en el ensayo denominado "El recurso de casación en el procedimiento del trabajo", debe observarse que en él se reclama la necesidad de que el autor del recurso precise sus aspiraciones y la forma como la Corte debe reemplazar el fallo de segunda instancia; pero ello no indica que pueda prescindirse del señalamiento de las determinaciones que sobre la sentencia de primera instancia haya de contener el proveído de la Corte al reemplazar la providencia del ad quem.

Por todo lo expuesto, el recurrente no ha destruido las razones del auto reclamado, las cuales conservan su validez y por esto se mantiene la providencia recurrida.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

RESUELVE:

Primero. No se repone el auto de fecha dos (2) de abril de 1975, por medio del cual se descalificó la demanda de casación formulada en el presente negocio y se declaró desierto el recurso.

Segundo. Sin costas por no aparecer causadas.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SAN LUIS DE LETRAN

CONTRATO DE TRABAJO

La relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 15.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Abel Sanín Rivera, mayor, vecino de Barranquilla, demandó, por medio de apoderado judicial, a Capitalizadora del Caribe, S. A., o Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., para que mediante un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª Que se declare que la relación de trabajo que ha existido entre Abel Sanín Rivera, a quien represento, y la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., demandada en este libelo está regida por el contrato celebrado entre aquél y éste el día 3 de febrero de 1964, en esta ciudad de Santa Marta, y que tal contrato lo es de trabajo por más que se haya incluido en él la frase 'este contrato no es de trabajo', por ser violatoria de la ley laboral colombiana, que hace irrenunciables los derechos del trabajador. 2ª Que se condene a la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., a pagar a mi mandante, don Abel J. Sanín Rivera, los salarios dejados de pagar desde el día 3 de junio de 1964 hasta la fecha en que se declare terminado el contrato de trabajo, en cuanto a la remuneración en forma de comisiones y en cuanto al salario fijado por la cláusula quinta del contrato del 3 de junio de 1964. 3ª Que se declare que mi mandante tiene derecho a dar por terminado en la fecha de esta demanda, el contrato de trabajo celebrado con Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., el 3 de junio de 1964, por el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono de su obligación de pagar a mi mandante los salarios pactados, especialmente en cuanto a la remuneración de que trata la cláusula quinta del contrato de junio 3 de 1964 y violación de la cláusula 7ª del mismo. 4ª Que se condene a la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., a pagar a mi mandante, señor Abel J. Sanín Rivera (a pagar a mi mandante) el valor de las primas, vacaciones causadas, cesantía e indemnizaciones a que tiene derecho de acuerdo con la ley por la prestación de sus servicios desde el 3 de junio de 1964 hasta la fecha de presentación de esta demanda. 5ª Que se condene a la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., en las costas del juicio, labor en derecho más obligaciones que le corresponden si se opusiera a las peticiones de esta demanda. 6ª Que el señor Juez se digne hacer las demás ordenaciones, declaraciones y condenas pertinentes de acuerdo con la ley. 7ª Que se sirva reconocerme el carácter de apoderado especial de Abel J. Sanín Rivera, de acuerdo con el poder que presento con este escrito. 8ª *Que se condene* a la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., a pagar a mi mandante, como base de salarios, la suma de cinco mil pesos mensualmente desde la fecha del contrato hasta la presentación de esta demanda. Esto, además de lo pedido en la 2ª petición, y con base en lo pactado en la cláusula 7ª del contrato".

Según los hechos de la demanda el 3 de junio de 1964 se celebró entre la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., y Abel J. Sanín Rivera un contrato según el cual este último debía aplicar toda su capacidad laboral personal al servicio de la primera, con subordinación permanente y exclusiva y mediante remuneración con el nombre de comisión y, además, el cinco por ciento

de la cuota inicial de todas las cédulas que a partir de la firma del contrato vendiera la demandada en el territorio de los Departamentos del Magdalena, Atlántico, Bolívar, Córdoba, de la Intendencia de San Andrés y demás ciudades del país en que la Compañía lo requiera, así como $ 5.000.00 mensuales básicos; por el contrato referido el demandante se obligó a prestar los servicios de organizar la apertura de agencias de la Compañía en el territorio citado, a conseguir agentes vendedores, prepararlos, activar las operaciones de venta, visitar e inspeccionar frecuentemente las oficinas y agencias que se establezcan y realizar todas las actividades acordes con su cargo. Además, se obligó a trabajar exclusivamente con la demandada, pues no podía vender títulos de capitalización a ninguna otra compañía nacional o extranjera, ni prestar sus servicios en carácter análogo al contemplado en el contrato, siendo entendido que si incumpliere esa prohibición el contrato quedaría terminado ipso facto; en el mismo contrato el patrono impuso una cláusula violatoria de la ley, pues al consignar que la relación contratada, plenamente laboral, no es de trabajo, se violaron normas de orden público. El demandante prestó sus servicios a la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., hasta el mes de agosto de 1965 con relación permanente, y esporádicamente hasta la fecha de la demanda; por los servicios prestados en los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1964 recibió la suma de ochenta y seis mil doscientos treinta y tres pesos con sesenta y seis centavos ($ 86.233.66); la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., no le ha pagado suma alguna por la remuneración equivalente al 5% de las cuotas iniciales de todas y cada una de las cédulas de capitalización vendidas por la demandada en el territorio a que se refiere la cláusula primera del contrato, incumplimiento, como también el de la cláusula 7ª que le da derecho al demandante para dar por terminado el contrato. Además, la sociedad demandada le debe el valor de la cesantía, primas, vacaciones y prestaciones establecidas en la ley, así como los salarios que con el nombre de comisiones, bonificaciones, etc., se pactó contractualmente, a pesar de que personalmente requirió a las personas que representan a la Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., para que le fuesen pagados los valores que le adeudan.

Al contestar la demanda el apoderado de la sociedad Capitalizadora del Caribe, S. A., aceptó unos hechos y negó la mayoría de los mismos. Se opuso a lo pedido y propuso las excepciones de "non adimpleti contractus", y la de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, decidió el litigio en sentencia de siete de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en cuya parte resolutiva dispuso: "*Primero.* Condénase a la persona jurídica Capitalizadora del Caribe, S. A., o Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., a pagar al señor Abel J. Sanín Rivera lo que a continuación se expresa: a) Por prima de servicios, la suma de dos mil novecientos noventa y tres pesos con cincuenta centavos ($ 2.993.50) moneda legal; b) Por auxilio de cesantía, la suma de tres mil quinientos cincuenta y tres pesos con sesenta y siete centavos ($ 3.553.67) moneda legal; c) Por salarios caídos, la suma de doscientos treinta y nueve pesos con cincuenta y un centavos ($ 239.51) diarios, desde el día dos (2) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta cuando se satisfagan las prestaciones aquí liquidadas. *Segundo.* Absuélvese a la persona jurídica Capitalizadora del Caribe, S. A., o Compañía Capitalizadora del Caribe, S. A., de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda. *Tercero.* Declárase probadas parcialmente las excepciones de contrato no cumplido y de pago. *Cuarto.* No se declara probada la excepción de prescripción. *Quinto.* Costas a cargo de la demandada".

Apeló el apoderado de Capitalizadora del Caribe, S. A. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil Laboral, resolvió la apelación en sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, que decidió lo siguiente: "1º *Modifícase* el numeral 1º de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo del Circuito Laboral de esta ciudad, a los 7 días del mes de septiembre de 1973, en el sentido de que la prima de servicios que le corresponde al trabajador equivale a la suma de seis mil doscientos cuarenta y tres pesos con noventa centavos ($ 6.243.90), y que el auxilio de cesantía asciende a la suma de siete mil cuatrocientos nueve pesos con noventa y seis centavos ($ 7.409.96). En esta forma se elevan las condenas a que se refieren los literales a) y b) del punto 1º del fallo revisado. *Se revoca* el literal c) de este mismo numeral, y se determina que la sociedad demandada queda eximida por razón de buena fe, de pagar indemnización moratoria. 2º *Se confirman* los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del fallo en comento, pero aclarándose de que la absolución impartida en el numeral 2º comprende también la petición de indemnización moratoria, en razón de la revocatoria decretada, y 3º Sin costas en esta instancia".

Recurrió en casación el apoderado de Abel J. Sanín Rivera. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, el recurso se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que la sentencia de segunda instancia sea casada parcialmente, "en cuanto en su ordinal 1º revoca el literal c) del ordinal 1º del fallo del *a quo* sobre indemnización moratoria y, en su lugar, hace extensivas las absoluciones contempladas en el ordinal 2º a la dicha indemnización. Obtenida esa casación parcial, aspiro a que la honorable Corte, en función de instancia, confirme la condena del *a quo* [según el aludido literal c) del ordinal 1º de su fallo] a la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales a favor de mi mandante, pero modificándola en su cuantía conforme al último salario promedio mensual de $ 14.985.42, deducido en la inspección judical y admitido como base por el *ad quem*, o sea, a razón de $ 499.51 diarios, desde el 2 de diciembre de 1964 hasta que la sociedad deudora pague o consigne judicialmente el monto de la cesantía y la prima de servicios a que está condenada".

El impugnador formula dos cargos los cuales se estudiarán en su orden:

"*Primer cargo.* Con apoyo en la causal primera de casación laboral (artículo 60, D. L. 528 de 1964 y 7º, Ley 16 de 1969), acuso la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. T., en relación con los artículos 22, 23, 24, 25 y 26 del mismo estatuto, a causa de evidentes errores de hecho en que incurrió por equivocada apreciación de unas probanzas, a saber: la confesión judicial contenida en la contestación de la demanda, el contrato de folio 8 y vuelto, el acta número 6 de 1º de diciembre de 1964 en relación con las recriminaciones de la nota del 13 de noviembre de ese año (folios 19 a 23), la carta de folio 37 y el certificado de la Superintendencia Bancaria, del 18 de diciembre de 1969 (folio 74 vuelto). Errores que consisten en no dar por demostrado, siendo evidente, que la empresa discute la calidad o naturaleza laboral del contrato sin ninguna razón plausible o admisible, y dar por probada, sin estarlo, la buena fe patronal en la negativa de aquella naturaleza jurídica del vínculo con el actor fundada exclusivamente en la declaración literal de que no era de trabajo subalterno. Dada la presunción establecida por el artículo 24 del Código Laboral, al trabajador le basta demostrar que se ha obligado a prestar un servicio *personal,* o que realmente lo ha prestado, para que se presuma *la subordinación continuada* y, consecuencialmente, la remuneración. Esto invierte la carga de la prueba de la subordinación, y es el presunto patrono quien debe demostrar la plena autonomía del supuesto salario subalterno. De donde, si en un contrato se habla de servicios personales, sin pactar ninguna autonomía del operario, y se agrega que ese contrato *no es de trabajo,* tal declaración es indicio de mala fe patronal en vez de servir para justificar cualquier duda sobre la naturaleza jurídica del contrato. El documento visible a folios 8 y vuelto, es terminante al respecto: 'El promotor de ventas se obliga a *prestar los servicios* de organizar la apertura de agencias...' 'a conseguir agentes y vendedores, a prepararlos en sus ventas, a inspeccionar frecuentemente las oficinas y agencias... y, en fin, a realizar *todas las actividades acordes con su cargo*..., etc... etc.'. En todos los demás juicios en donde el presunto patrono discute la naturaleza del vínculo se funda: o en que el servicio *no es personal,* porque puede ser prestado por delegatarios, o en que es gratuito. No es que el propio contrato escrito rece que 'no es de trabajo', cláusula que muestra precisamente mala fe, salvo cuando vaya acompañada de otras que garanticen la plena autonomía del contratante. La argumentación del sentenciador (folio 34 y siguientes, cuaderno II) es realmente inusitada: 'A primera vista no encuentra la Sala en el documento referido los elementos que estructuran un contrato de trabajo'. Admite que se pactaron servicios personales y remuneración, para agregar: 'pero estos elementos son comunes a varios contratos'. Olvidando la presunción consagrada en el artículo 24 del C. S. T., cuandoquiera que se halle el servicio personal pactado. Salta a la vista la equivocada apreciación del mencionado documento. Pero también los otros mencionados en el cargo, que muestran —en sentir de la sociedad demandada— el deficiente cumplimiento de sus obligaciones por parte del actor, o la violación de la exclusividad prometida, nada tienen que ver con la naturaleza jurídica del contrato sino con su cumplimiento o incumplimiento por el presunto trabajador. Esos errores de hecho, indujeron a revocar la condena por indemnización moratoria prevista por el *a quo* con base en el artículo 65 del C.S.T., con lo cual esta norma quedó indebidamente aplicada".

Para el opositor el recurrente señala varias pruebas como mal apreciadas, pero solo analiza una y enuncia errores, pero no los demuestra, todo lo cual deja insatisfechas las exigencias del

recurso. Luego se refiere a los argumentos del impugnador y dice que el fallador no incurrió en equivocada apreciación de pruebas ni en los errores de hecho que se le imputan, menos con el carácter de manifiestos u ostensibles que se requerirán para ocasionar el quebrantamiento del fallo, y que el convencimiento íntimo y subjetivo a que llegó el fallador acerca de la buena fe patronal, está plenamente respaldado por el material probatorio.

Se considera.

En relación con la indemnización moratoria dijo el fallador de segunda instancia:

"El *a quo* decretó indemnización moratoria a favor del demandante y en contra de la sociedad demandada. Cuando trató el punto del auxilio de cesantía expresó: 'pero la demandada en ningún momento canceló lo que creyó deber ni consignó el valor correspondiente, pues solamente trató de demostrar que entre las partes no existió ningún vínculo laboral por el contrato suscrito'. Cuando estudió lo atinente a la sanción mencionada señaló: 'Aun cuando es del caso resaltar que la demandada trató de demostrar que entre las partes no existió vínculo laboral'. No obstante, el *a quo* no hizo ningún estudio especial sobre esta situación de duda que planteó la parte demandada desde el inicio del juicio; y aun ya había quedado plasmado en el contrato suscrito entre las partes, que él no era de naturaleza laboral. Es bien cierto que el artículo 65 del C. S. del T. sanciona la mora del patrono por el no pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato. Es, igualmente, evidente que se han hecho liquidaciones por prestaciones sociales, pero no siempre que esto sucede se hace inexorablemente la aplicación de la sanción expresada, porque el principio de la buena fe juega un papel preponderante en este asunto, y es bien conocido que este aspecto debe estudiarse cuando se ha planteado la discusión acerca de la naturaleza del vínculo. En los autos, la Sala encuentra motivos más que valederos para que la sociedad demandada se haya abstenido de pagar prestaciones, y en su actuación no ve deseo de perjudicar a la parte demandante, pues siempre obró de buena fe. La casación de 14 de diciembre de 1964, en lo pertinente nos dice: 'Cuando el patrono, de buena fe, niega el contrato de trabajo, puede ser eximido de la sanción por mora. La demostración en el juicio del aludido contrato no lleva necesariamente a la consecuencia de que su desconocimiento por el empleador sea incompatible con la buena fe. No hay oposición entre las dos situaciones, sobre todo, si la negativa se funda en razones valederas y al proceso aduce el patrono pruebas atendibles'. Cuando se hizo el estudio del convenio que obra de autos, la Sala consideró que de allí no se desprendía indubitablemente que lo pactado hubiese sido un contrato de trabajo. Además, cree ver, en las actividades desarrolladas por el actor, a un trabajador excluido del vínculo laboral, la parte demandada ha aducido pruebas y razones que llevan a la Sala al convencimiento de que ha actuado de buena fe y por ello no puede condenársele por la mora. Se revoca, pues, la impuesta por el *a quo*".

Como se observa, el Tribunal Superior se refiere a las dudas del Juez de primer grado y a las suyas propias sobre la naturaleza del vínculo que rigió las relaciones entre demandante y Capitalizadora del Caribe, S. A., y censura que el primero a pesar de esas dudas y de que reconoció que la demandada trató de demostrar que entre las partes no existió vínculo laboral, no hizo un estudio especial para efectos de la indemnización por mora.

Para el impugnador el hecho de haberse pactado en una cláusula del contrato que rigió las relaciones entre las partes que éste no era de trabajo, constituye un indicio de mala fe del patrono y no le sirve para justificar cualquier duda sobre la naturaleza jurídica del contrato, si no está acompañada de otras que demuestren la autonomía del trabajador. Además, considera que dicho contrato fue apreciado erróneamente por cuanto el fallador de segunda instancia habiendo admitido que se pactaron servicios personales y remuneración, ha debido aplicar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien: en relación con la cláusula octava del contrato firmado por las partes, en la cual se pactó: "Aun cuando el promotor de ventas ha de ceñirse a las normas legales y reglamentarias que gobiernan a la compañía como sociedad de capitalización, se deja establecido que este contrato no es de trabajo y que el promotor de ventas no tendrá derecho a prestaciones sociales ni a indemnización..." dijo el Tribunal Superior al estudiar la existencia del contrato de trabajo que no era violatorio de la ley, "porque lo que la viene a hacer ineficaz o inocua es la demostración de que la prestación de los servicios a que se contrae el convenio resulta de naturaleza laboral, por haber Abel Sanín Rivera prestado sus servicios personales a la Capitalizadora, bajo su continuada dependencia y subordinación, asunto que solo puede dilucidarse con otros elementos de convicción". Esta apreciación no es errónea, porque precisamente *la relación de tra-*

bajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas. De ahí que del solo examen del contrato que celebran las partes y que consideran distinto al de trabajo no sea dable deducir muchas veces relación de trabajo y presuntivamente el contrato de trabajo, por lo que se hace necesario demostrar los elementos esenciales por otros medios probatorios.

Esto fue lo que hizo el fallador de segunda instancia, pues al analizar el documento contentivo del contrato no encontró en el mismo "los elementos que estructuran un contrato de trabajo, a saber: prestación personal de servicio; continuada dependencia y subordinación del trabajador respecto del patrono y remuneración". Y agrega: "Es cierto que el demandante se obliga a prestar un servicio, y que por tal se le fija una contraprestación. Pero estos elementos son comunes a varios contratos. La cláusula de ceñirse el promotor a las normas legales y reglamentarias que gobierna a la Compañía como sociedad de capitalización, no está indicando ni subordinación, ni dependencia, porque es apenas elemental pensar que esto sea así. Tampoco es demostración fehaciente de dependencia o subordinación la exclusividad en el ramo de la actividad que tiene la sociedad demandada, puede convenirse en cualquier contrato".

Las cláusulas del contrato en las cuales fijaron las partes las obligaciones del demandante dicen: "*Primera.* El promotor de ventas se obliga a prestar los servicios de organizar la apertura de agencias de la Compañía, en las poblaciones más importantes para el mercado de capitalización, situadas en los Departamentos del Magdalena, Atlántico, Bolívar y Córdoba, lo mismo que en San Andrés, y en otras ciudades del país, a medida que el desarrollo de la Compañía lo vaya requiriendo. *Segunda.* El promotor de ventas se obliga así mismo para con la Compañía a conseguir agentes vendedores, a prepararlos en sus ventas, a activar las mismas operaciones de venta; a visitar e inspeccionar frecuentemente las oficinas y agencias que se establezcan, y, en fin, a realizar todas las actividades acordes con su cargo y que provean a garantizar para la Compañía una red de agencias y un servicio de agentes eficaces e idóneos".

Las estipulaciones transcritas no señalan en forma expresa que los servicios debían prestarse personalmente, ni del contenido de las obligaciones se deduce necesariamente que la realización de los mismos no podía hacerse sino mediante actividad personal del promotor de ventas. Por esta razón no apreció erróneamente la prueba el fallador cuando concluyó que del contrato suscrito entre las partes no se desprendía la prestación personal de servicios por parte del demandante ni al concluir finalmente que de tal contrato no se deducía indudablemente que lo pactado hubiese sido un contrato de trabajo, circunstancias que abonaban la buena fe de la sociedad demandada. Por otra parte, la prestación de servicios y la remuneración correspondiente son elementos comunes a varios contratos, conclusión no fáctica que está lejos de ser errónea.

De manera que si el fallador de segunda instancia dedujo la existencia del contrato de trabajo de pruebas distintas al contrato celebrado entre las partes, no lo apreció erróneamente si no tomó como indicio de mala fe la cláusula en la cual los contratantes manifestaron expresamente que el convenio no era de trabajo; ni puede tomarse como indicio de mala fe el que la sociedad demandada hubiese alegado en el proceso la inexistencia del mismo con base en lo pactado, pues no se acreditó que la estipulación se hizo con el fin deliberado de burlar los derechos de Abel Sanín Rivera, quien sin presión indebida, dolo o error demostrados la pactó, presumiblemente tan de buena fe como la otra parte, buena fe esta última que encontró demostrada el Tribunal Superior y cuyo concepto sobre el particular no ha sido desvirtuada porque la fundamenta en hechos que aun en el supuesto de que fuesen equívocos, dan origen lógico a la conclusión del fallador, que no aprecia erróneamente la prueba si ésta también puede originar una conclusión diferente, pues en tal caso debe respetarse la que dedujo por no ser evidentemente contraria a la realidad del proceso.

En relación con los otros medios probatorios indicados en la demanda extraordinaria nada dijo el impugnador sobre en qué consistió la apreciación errónea de los mismos, por lo cual no le es dable a la Corte analizarlos oficiosamente.

No habiéndose demostrado los errores de hecho señalados en la acusación, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

"La sentencia viola, como violación de medio, el artículo 24 del C. S. T., por falta de aplicación, y como consecuencia de ello, viola por aplicación indebida el artículo 65 del mismo Código. La motivación de la sentencia acusada evidencia que el sentenciador pasó por alto la presunción consagrada en el artículo 24 del C. S. T.; de ahí

que exija al pretendido trabajador la prueba de su autonomía, en vez de presumir su subordinación mientras el empresario no acredite esa completa independencia del operario. En consecuencia, por no hallar demostrada la subordinación del actor, el sentenciador atribuyó buena fe al patrono en su alegación de que el vínculo no fue laboral. De allí la aplicación indebida del artículo 65 del Código, sobre indemnización moratoria, que revocó dizque con base en la buena fe patronal''.

Se considera.

La circunstancia de que el Tribunal encontró probada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y que a esa conclusión hubiera llegado a través del examen de otras pruebas o haciendo operar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no incide necesariamente en la demostración de la existencia o inexistencia de la buena fe del patrono demandado, porque su buena fe está relacionada con las razones que dio para negar que hubo una relación de trabajo y no con las pruebas que el fallador tuvo en cuenta para darla por demostrada. Por otra parte, si el patrono obró o no de buena fe es cuestión de hecho, ajena a la violación directa de la ley. En consecuencia, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil-Laboral.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO DE LA PRESTACION POR MUERTE

Salta a la vista que el inciso 2º del artículo 212 del C. S. T., establece que antes de hacerse el pago de la prestación, debe el patrono dar aviso público, con 30 días de anticipación, "indicando el nombre del fallecido y de las personas que se hubiesen acreditado como beneficiarias". — Por tanto, para que el empleador pueda indicar el nombre de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarias se hace indispensable que ellas hayan aportado las pruebas de que lo son. — Sin el lleno de este requisito, es obvio que el patrono carece de base para dar aviso público en el que conste "el nombre de las personas que se hubiesen acreditado como beneficiarias".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diez y seis de mayo de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 17.

(Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Lucille Althea Kearns y Roberta Kearns, mediante apoderado, demandaron a Hannibal Constructions Company, a Texas Petroleum Company y a Colombian Gulf Oil Company, en solicitud de que fuesen condenadas solidariamente a pagar a aquéllas, lo siguiente:

"1. El valor del auxilio de cesantía correspondiente al período comprendido entre el 27 de febrero de 1968 y el 2 de junio del mismo año, calculado sobre un sueldo mensual de US$ 570.09 más los viáticos que se dictaminen pericialmente. 2. El valor de la prima proporcional de servicios correspondiente a la fracción del primer semestre de 1968, comprendida entre el 27 de febrero y el 2 de junio del dicho año, calculada sobre un sueldo mensual de US$ 570.09 más los viáticos que se dictaminen pericialmente. 3. El valor de la indemnización causada desde el 2 de junio de 1968, fecha de la muerte del trabajador, hasta la fecha en que se paguen las prestaciones sociales debidas, que la empresa empleadora había debido pagar a las causahabientes del trabajador y que no ha pagado, calculado sobre un sueldo mensual de US$ 507.09 más los viáticos que se dictaminen pericialmente".

Como hechos sustentantes de su petición afirmó éstos:

"1. El señor Paul Padgett Kearns, ciudadano de nacionalidad estadounidense, celebró el 27 de febrero de 1968, con la sociedad denominada Hannibal Constructions Company, el contrato individual de trabajo cuya fotocopia presento con esta demanda.

"2. En dicho contrato el señor Kearns fue empleado como ingeniero de operaciones y por razón de su experiencia y habilidad fue destinado a los trabajos de construcción del oleoducto del Putumayo que la empresa empleadora construyó por contrato con Texas Petroleum Company y Colombian Gulf Oil Company.

"3. El señor Kearns prestó sus servicios a Hannibal Constructions Company en forma personal y directa como ingeniero de operaciones en los trabajos de construcción del oleoducto del Putumayo, desde el 27 de febrero de 1968 hasta el 2 de junio del mismo año, fecha en la cual murió al accidentarse el helicóptero en que viajaba en desempeño de su cargo.

"4. En el desempeño del cargo de ingeniero de operaciones y durante el período en que prestó sus servicios, el señor Kearns estuvo subordinado en forma continua y permanente a la empresa empleadora.

"5. El sueldo básico pactado fue de US$ 570.09 mensuales y se convino, además, el pago de una cantidad razonable por concepto de viáticos y el pago de las prestaciones sociales vigentes, a saber: prima de servicios, vacaciones y cesantía.

"6. El contrato de trabajo terminó el 2 de junio de 1968 por muerte del trabajador y a su terminación la empresa empleadora había debido pagar a los causahabientes del trabajador el valor de las prestaciones sociales causadas.

"7. La sociedad Hannibal Constructions Company no ha pagado a las causahabientes del señor Kearns el auxilio de cesantía causado ni la prima de servicios correspondiente a la fracción del primer semestre de 1968".

La primera de las empresas citadas, respondió la demanda, admitiendo los hechos 1 a 4, inclusive; respecto del 5 dijo: "Es cierto el sueldo pactado. Los viáticos no se causaron, por lo cual no hubo lugar a su pago". Al 6, asentó: "Es cierta la fecha de terminación del contrato, pero no podía pagarse en la misma fecha la prima de servicios y la cesantía a los causahabientes". Con relación al 7 afirmó: "No es cierto. Estas prestaciones fueron pagadas".

La otra empresa dijo no constarle ninguno de los hechos y propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, carencia de acción y de título para pedir.

La última sociedad demandada no respondió la demanda y así lo hizo constar el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en auto de 14 de septiembre de 1970.

Tramitado el proceso en legal forma, lo decidió dicho Juzgado con sentencia de 4 de abril de 1974, mediante la cual proveyó:

"1º *Absolver* a la sociedad denominada Hannibal Constructions Company de todas y cada una de las peticiones que en su contra formulara en demanda ordinaria laboral ante este Juzgado la señora Lucille Althea Kearns en su propio nombre y en el de su hija Roberta Kearns.

"2º *Declarar* probada la excepción de pago propuesta por la sociedad antes mencionada.

"3º *Absolver* de las peticiones de la demanda solidariamente instaurada a la Compañía Texas Petroleum Company por no haberse demostrado en juicio dicha solidaridad.

"4º Por la misma razón anterior absolver a la compañía Colombia Gulf Oil Company de todas y cada una de las peticiones de la demanda.

"5º *Costas* a cargo de la parte demandante en un 80%".

Apelada esta sentencia por los demandantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el recurso en la suya de 11 de septiembre de 1974, de la siguiente manera:

"1º *Revocar* en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, *disponer:*

"a) *Declarar* que las sociedades 'Hannibal Constructions Company', 'Texas Petrolum Company' y 'Colombian Gulf Oil Company', son solidariamente responsables del contrato de trabajo celebrado con el señor Paul Padgett Kearns, y como consecuencia de lo anterior;

"b) *Condenar* a las sociedades denominadas 'Hannibal Constructions Company', 'Texas Petroleum Company' y ' Colombian Gulf Oil Company', a pagar a la señora Lucille Althea de Kearns, como cónyuge del fallecido señor Paul Padgett Kearns y como representante legal de su hija menor, Roberta Louise Kearns, a pagar tres (3) días después de su ejecutoria las siguientes cantidades:

"Por concepto de *cesantía,* la suma de dos mil ochocientos cincuenta y cinco pesos con treinta centavos ($ 2.855.30) moneda corriente.

"Por concepto de *prima de servicios,* un mil cuatrocientos veintinueve pesos con cinco centavos ($ 1.429.05) moneda legal colombiana, y

"Por concepto de *indemnización moratoria,* treinta mil novecientos setenta y tres pesos con noventa y tres centavos ($ 30.973.93) moneda legal colombiana, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"2º *Declárase probada la excepción de pago parcial,* hasta por la cantidad de seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos con setenta y seis centavos ($ 6.455.76) moneda legal colombiana, la cual se deducirá de las anteriores condenas.

"3º *Declárase no probadas* las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

"4º *Condénase* en costas a un ochenta por ciento (80%) a la parte demandada de las de primera instancia.

"5º *Sin costas* en esta segunda instancia".

Por solicitud de la misma parte actora, el Tribunal rectificó errores aritméticos en la liquidación de las prestaciones dichas y determinó lo siguiente, por auto de 25 de octubre del citado año:

"*Corregir* por error puramente aritmético en que incurrió la Sala al proferir con fecha 11 de septiembre de 1974, la sentencia que le puso fin a la segunda instancia en el juicio ordinario instaurado por Lucille Althea Kearns y su menor hija Roberta Louise Kearns contra las sociedades 'Hannibal Constructions Company', 'Texas Petroleum Company' y 'Colombian Gulf Oil

Company', en el sentido de que las condenas a que se refiere el numeral 1º:

"a) Por concepto de *cesantía,* se hace por la suma de cuatro mil setecientos cincuenta y seis pesos con ochenta y cinco centavos ($ 4.756.85);

"b) Por concepto de *prima de servicios,* se hace por la cantidad de tres mil novecientos noventa y siete pesos con cincuenta centavos ($ 3.997.50), y

"c) Por concepto de *indemnización moratoria,* la suma de cuarenta y tres mil cuatrocientos veintiún pesos con cuarenta centavos ($ 43.421.40) moneda corriente, en vez de las cantidades que aparecen en el mismo fallo (folios 206 y 207), conforme a la parte motiva de la providencia".

El apoderado de la demandada interpuso recurso de casación contra el fallo que antecede, y una vez admitido, formuló la correspondiente demanda, oportunamente replicada por la contraparte, en la que solicita se case totalmente aquél y en función de instancia, la Sala "confirme el del inferior para dar por probada la excepción de pago en la cuantía consignada y absolver a mi representada por la sanción moratoria", según lo expresa como remate del único cargo que plantea.

Sostiene en él que el Tribunal incurrió en "aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 212, 204, 206, 249, 253 y 259, subrogado este último por el artículo 19 del Decreto 2361 de 1965, todos del mismo Código, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, a los cuales llegó el sentenciador por apreciación errónea de los documentos auténticos de folios 32, 103, 68, 52 a 55, 85, 95, 196, 156 y 157 del informativo".

El error que imputa a la sentencia, lo expresa así: "Radica el error en dar por demostrado, sin estarlo, que la parte actora acreditó la calidad de beneficiarios y que mi representada tenía obligación porque sí, de saber quiénes eran. En cambio, no valora cómo, prontamente, menos de un mes después de recibir la notificación de la demanda que implicaba la certeza de la calidad de causahabientes de los demandantes, se apresuró a consignar el valor de las dos prestaciones debidas".

Para demostrar dicho error, luego de transcribir la fundamentación del *ad quem* al respecto, analiza las siguientes pruebas: "1. La diligencia de notificación del auto admisorio de la demanda y el traslado de ésta (folio 32), de fecha 21 de agosto de 1970". En este día, dice, hay la certeza probatoria en el proceso de que el patrono tuvo conocimiento de quiénes eran los herederos y beneficiarios del seguro de vida y demás prestaciones causadas con ocasión del contrato de trabajo que vinculó al señor Paul Padgett Kearns y a la Hannibal Constructions Company.

"2. El comprobante de consignación y pago de la cesantía y la prima de servicios a favor de los herederos del trabajador fallecido, que tiene fecha 18 de septiembre de 1970 y aparece al folio 42 y la constancia de recibo por el Juzgado obra al folio 103". De aquí deduce "que el pago de la deuda laboral lo hizo la sociedad demandada 27 días después de notificada la demanda cuando tuvo *legal conocimiento* (el subrayado es del texto), de quiénes eran los herederos y beneficiarios del trabajador fallecido a su servicio".

"3. La carta del representante de la sociedad patronal del folio 68 que ha impresionado tanto al Juzgado dice: 'A la señora Kearns se le pagaron las siguientes sumas': No dice que a la demandante, señora Lucille Althea Kearns le hayan hecho esos pagos. Esto es muy importante, si se tiene en cuenta que el trabajador fallecido, como habrá de verse luego, estaba o estuvo casado en primeras nupcias con la señora Frances Ramey Kearns".

"4. La diligencia de absolución de posiciones (folios 52 a 55), en que el representante de la demandada manifestó que no podía pagar la cesantía a la demandante y a su hija por no haber cumplido éstas el procedimiento señalado en el artículo 212 del C. S. del T. y que la compañía solo supo de quiénes eran los herederos, cuando 'fue notificada la demanda del juicio ordinario laboral e inmediatamente constató que el señor apoderado de las demandantes había iniciado en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá el juicio de sucesión del señor Kearns".

"5. La diligencia de absolución de posiciones de la demandante (folio 85), de la que afirma:

"La prueba anterior que perdió la categoría de absolución de posiciones, por no ser recepcionada en audiencia pública en el Consulado de Colombia en Miami, sí es un documento auténtico emanado de la demandante, en los términos de la Ley 16 de 1968. Como tal está corroborado por los documentales de folios 156 y 157 en donde la actora repite que ella, personalmente, no acreditó su carácter de viuda del causante, ni de madre de la menor habida en su matrimonio con el de cujus y que tampoco había demostrado el divorcio de su fallecido cónyuge con su primera o anterior esposa".

"6. Finalmente en la diligencia de reconocimiento de la prueba documental del folio 68, que para el Tribunal ha sido de gran importancia, el

representante del patrono demandado a más de admitir, como era obvio, su autenticidad, manifestó: 'En relación con la carta de mayo 28 de 1969, dirigida por mí al doctor Carlos Urrutia Holguín, es verdadera y aclaro que la compañía le hizo a la señora de Kearns los pagos allí relacionados, no porque legalmente tuviera obligación alguna, sino por la situación económica difícil que ella manifestó tener y por la consideración del trágico accidente sufrido por su marido. Como la señora de Kearns no expidió recibo alguno por las sumas pagadas, la Compañía consideró que habiéndose abierto el juicio de sucesión del señor Kearns de acuerdo con la ley colombiana, quedaban determinados los herederos del muerto. La firma que aparece en la carta, es la que acostumbro en mis actos públicos y privados. Además, quiero agregar que en mi carácter de apoderado general de la Hannibal Constructions Company, nunca recibí documentos por medio de los cuales se estableciera que de conformidad con la ley americana la señora Kearns y su hija fueran herederas del señor Paul Padgett Kearns y, además, nosotros sabíamos de la existencia de una primera esposa y no teníamos los elementos para establecer cuál de ellas era la titular de los respectivos derechos. Como dije, el pago se hizo por consideraciones de humanidad y nada más. Respecto al documento que aparece al folio 69 del expediente de la Hannibal Constructions como no está suscrito por mí, no lo puedo reconocer' (folio 96)''.

Termina el anterior análisis probatorio, sosteniendo:

''Queda visto que la fundamentación para la condena por indemnización moratoria tuvo como soporte, según la transcripción hecha, el no pago de la cesantía, y la parte proporcional de prima y al considerar que mi representada debió haber hecho el pago de estas dos prestaciones 30 días después de fallecido el trabajador.

''Apoya el Tribunal su decisión en la equivocada creencia de que el representante legal de la sociedad patronal ha confesado, en posiciones y aceptado en documentos auténticos, que sabía cuáles eran los causahabientes del trabajador fallecido a quienes correspondía hacer el pago. Que como los herederos son continuadores de la persona del de cujus en el orden patrimonial, la empresa aún sin recibir documento alguno de los señalados en el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el artículo 258 *ibídem,* había incurrido en mora al no hacer el pago.

''Tal motivación es a todas luces errada, pues en el documento auténtico relacionado (folio 85), aparece suscrita por la demandante la confesión de que no le hizo llegar a la empresa que apoderó, las certificaciones que demuestran el vínculo con el trabajador fallecido, ni menos aún las declaraciones de testigos que indicaran sumariamente quiénes eran las únicas beneficiarias. Estos hechos los ratifica y vuelve a confesar a folios 156 y 157. También la demandante se ha encargado de acreditar en autos que no era la única 'señora Kearns', pues bajo el mismo apellido o nombre figura la primera esposa del trabajador, que era la conocida socialmente como posible heredera y beneficiaria. Es importante hacer resaltar cómo la interesada admite no haber mandado a la empresa copia del decreto de divorcio entre su esposo y la otra señora Kearns anterior a ella en el vínculo matrimonial.

''Pero es que aceptando, honorables Magistrados, en gracia de discusión, que estuviera probado que la Hannibal Constructions Company sabía que la demandante era la actual esposa del señor Paul Kearns y aún más, que tenía una hija habida en el matrimonio, mientras que se demuestre en juicio (afirmo enfáticamente que no lo está), que se formuló a la empresa la solicitud de pago de las prestaciones sociales y concretamente del auxilio de cesantía, ha habido incumplimiento del mandato contenido en el artículo 212 del Código que exige demostrar la calidad de beneficiario y con pruebas solemnes y no por comunicación telefónica o alegando el conocimiento puramente social de los hechos.

''Si la demandante y sus abogados a quienes hace alusión en dos de las pruebas citadas (folios 85, 156 y 157), no presentaron a mi mandante la tal documentación, de su culpa o simple descuido no pueden derivarse beneficios. Así lo ha sostenido la empresa a lo largo de este proceso adoptando una indiscutible posición de buena fe, que como es bien sabido, constituye factor atemperante de la rígida disposición contenida en el artículo 65, considerada violada por la sentencia''.

Por último, sostiene:

''d) Causalidad entre el error y la parte resolutiva del fallo:

''Al desconocer el sentenciador el hecho de que el pago de las dos prestaciones sociales no podía verificarse sin la demostración, con pruebas taxativamente indicadas por la ley, de la calidad de beneficiarios, aplicó indebidamente el artículo 65 del Código. Si a esto se agrega el desconocimiento total sobre la inveterada interpretación jurisprudencial de la misma disposición en armonía con los principios de la buena fe, es apenas lógico que el error nacido de la equivocada

apreciación de pruebas constituidas por documentos auténticos, condujera a la decisión de la parte resolutiva del fallo".

La parte opositora replica los planteamientos anteriores, con un relato cronológico de los hechos del proceso para sostener que la demandada no dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 212, numeral 2, del C. S. del T., con la publicación de los avisos en que citaba a los derechohabientes del trabajador fallecido; que dijo haber pagado las prestaciones a la señora Kearns y luego afirmó que lo había hecho, "en consideración al trágico accidente sufrido por su marido y por razones de humanidad y nada más"; que luego afirma que no cubrió esas prestaciones "porque ni la viuda, ni la hija del empleado fallecido cumplieron el procedimiento señalado en el artículo 212 del C. S. del T."; que posteriormente las consigna a favor de las demandantes a la orden del Juzgado Primero Laboral del Circuito en cantidad de $ 6.455.76, iniciado el presente proceso, manifestando "que la empresa no podía haberlas pagado antes porque ignoraba quiénes eran las legítimas beneficiarias".

Expresa que de aquí "surgen los interrogantes cuya simple formulación plantea las cuestiones que la honorable Corte Suprema de Justicia debe resolver para negar la casación pedida, es a saber:

"1. Si la empresa ignoraba quienes eran los causahabientes beneficiarios de las prestaciones sociales causadas a favor del trabajador fallecido, ¿por qué no publicó los avisos ordenados por el numeral 2 del artículo 212 del C. S. T., para convocarlos y pagarles?

"2. Si la obligación de publicar esos avisos se estableció para convocar a los causahabientes que crean tener derecho de beneficiarios, ¿qué debe ocurrir primero, la publicación de los avisos o la presentación de los causahabientes?

"3. Si la empresa no publicó los avisos y, por consiguiente, no cumplió el numeral 2 del artículo 212 del C. S. T., ¿con qué derecho se aferra a la tesis de que los causahabientes no cumplieron el numeral 1º de ese artículo?

"4. Si la empresa ignoraba quiénes eran los causahabientes y consideraba que estos no habían cumplido el numeral 1º del artículo 212 del C. S. T., ¿por qué 'hizo' (?) los giros anunciados en carta de mayo 19 de 1969 (folios 69 y 70) y mencionados en carta de mayo 28 de 1969 (folio 68)?

"5. ¿Cuándo dice la verdad la empresa, en las cartas de mayo 19 de 1969 y mayo 28 de 1969 y en la diligencia de reconocimiento de las mismas y en la contestación de la demanda, al afirmar que las prestaciones sociales sí se le pagaron directamente a la cónyuge sobreviviente del trabajador, o en la diligencia de absolución de posiciones y en el alegato de conclusión, al afirmar que las prestaciones sociales no se les pagaron a la viuda ni a la hija del trabajador porque no cumplieron el procedimiento señalado en el numeral 1º del artículo 212 del C. S. T.?

"6. No habiendo norma legal que establezca que en la consignación de las prestaciones sociales de un trabajador fallecido deban mencionarse los nombres de sus beneficiarios, ¿por qué la empresa, si ignoraba quiénes eran los causahabientes, no hizo la consignación a favor de beneficiarios innominados, dejando a éstos la tarea de conseguir y presentar las pruebas pertinentes para obtener el pago respectivo?

"7. ¿Cuál es la lógica del recurrente cuando hace mención equívoca de un divorcio para tratar de poner en duda el derecho de las beneficiarias sin tener en cuenta que el Juez Civil del Circuito de Bogotá, para dictar el auto de reconocimiento de la cónyuge sobreviviente y de la hija legítima del trabajador fallecido, tuvo que disponer de pruebas plenas e inobjetables sometidas a formalidades legales excepcionales por tratarse de documentos procedentes del exterior que deben ser expedidos por autoridad competente, legalizados por notario y autenticados por cónsul de Colombia?

Para resolver la Sala considera:

Lo primero que ha de anotarse es que el recurrente al finalizar el cargo que propone, solicita dos resoluciones: a) "Confirmar el (fallo) del inferior para dar por probada la excepción de pago en la cuantía consignada"; b) "Absolver a mi representada por la sanción moratoria".

Ocurre, sin embargo, que en el curso de la fundamentación del mismo no mostró de qué manera incurrió el Tribunal en error al haber condenado al pago de $ 4.756.85 por auxilio de cesantía y de $ 3.997.50 por prima de servicios, lo que arroja una suma de $ 8.754.35, cuando lo consignado por la empresa fue en total la cantidad de $ 6.455.76. Toda la argumentación del impugnante se concreta a censurar la condena por sanción moratoria. Será, por tanto, este único aspecto el que estudie la Sala.

Sobre el particular sostiene el fallo recurrido:

"De todo lo anterior se debe concluir, que a partir de la fecha de la muerte del trabajador (2 de junio de 1968), y los avisos de que trata el artículo 212 del C. S. del T., o sean treinta

(30) días después, dos (2) de julio de mil novecientos sesenta y ocho (1968), la empresa demandada no hizo el pago a la sociedad demandada, y sobre todo teniendo en cuenta que la cuantía en esa época no era superior a los $ 20.000.00 de que habla la ley.

"En consecuencia, y deducidos los 30 días de aviso debe concluirse que las sociedades demandadas están en mora de cancelar al actor la cantidad de US$ 19.27 diarios, al cambio oficial en la época de la consignación después de los 30 días que da la ley, para tal efecto, o sea, que del 2 de julio de 1968 al 28 de septiembre del mismo año (sic), fecha en la cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá recibió la mencionada consignación, transcurrieron 86 días. Hechas las operaciones aritméticas del caso, le corresponde por este concepto la cantidad en dólares de US$ 1.656.36 que en pesos colombianos y a partir de la certificación presentada por la demandada, sería la cantidad de $ 30.973.93 moneda corriente. Así, constará en la parte resolutiva de esta providencia, revocándose la sentencia de primera instancia proferida por el Juez *a quo*".

Esta suma fue aumentada a $ 43.421.40 en el auto aclaratorio de la sentencia.

Vése, por tanto, que el sentenciador considera que el patrono estuvo en mora de cubrir las prestaciones sociales a los herederos del trabajador fallecido, treinta días después de ocurrida su muerte, con base en el inciso 2 del artículo 212 del C. S. del T., "sobre todo teniendo en cuenta que la cuantía en esa época no era superior a los $ 20.000.00 de que habla la ley".

El recurrente asienta que tal disposición fue aplicada equivocadamente, pues las demandantes no cumplieron, por su lado, la primera parte de la misma, demostrándo ante el patrono su calidad de beneficiarias, por lo cual solo tuvo conocimiento legal de que lo eran aquéllas cuando iniciaron el presente proceso y acompañaron a la demanda el auto de reconocimiento de herederos dentro del sucesorio del trabajador fallecido.

Para proceder con método, *precisa, ante todo, mirar cuál es la aplicación correcta del artículo 212 del estatuto laboral. Su tenor es el siguiente:*

"1. La calidad de beneficiario de la prestación establecida en el ordinal e) del artículo 204 se demuestra mediante la presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles, o de las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que acrediten quiénes son los únicos beneficiarios, declarándolos por su número y nombres precisos y la razón de serlo. Comprobada así dicha calidad y hecho el pago a quienes resulten beneficiarios, al patrono respectivo se considera exonerado de su obligación, y en caso de que posteriormente aparecieren otros beneficiarios, aquellos que hubieren recibido el valor de la prestación están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan.

"2. Antes de hacerse el pago de la prestación el patrono que la hubiere reconocido debe dar aviso público, con treinta (30) días de anticipación, indicando el nombre del fallecido y de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarias. Tal aviso debe darse a la prensa del lugar, por dos (2) veces a lo menos, y en donde no existieren publicaciones periódicas, por medio de una nota al Alcalde del Municipio, quien la dará a conocer por bando en dos días de concurso. Este aviso tiene por objeto permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar.

"3. En el caso del último inciso del ordinal e) del artículo 204, la dependencia económica se acredita por los medios probatorios ordinarios. 259".

Salta a la vista que el inciso 2º del artículo 212 del C. S. del T., precepto copiado, establece que antes de hacerse el pago de la prestación, debe el patrono dar aviso público, con 30 días de anticipación, "indicando el nombre del fallecido y de las personas que se hubiesen acreditado como beneficiarias" *(subraya la Sala). Por tanto, para que el empleador pueda indicar* el nombre de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios *se hace indispensable que ellas hayan aportado las pruebas de que lo son. Sin el lleno de este requisito, es obvio que el patrono carece de base para dar aviso público en el que conste "el nombre de las personas que se hubiesen acreditado como beneficiarias".*

La consecuencia de lo dicho es clarísima: el inciso 2 del artículo en comento, solo es dable aplicarlo correctamente cuando se ha cumplido por los interesados lo previsto en el inciso 1 del mismo: esta parte es condición previa para la aplicación de la segunda. Y como el artículo 19 del Decreto 2351 de 1965 determina que cuando el auxilio de cesantía del trabajador fallecido no excede de $ 20.000.00 se pagará directamente por el patrono, "de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 212 *del Código Sustantivo del Trabajo", es igualmente necesario el cumplimiento de la primera parte de esa norma para que el patrono pueda ejecutar lo previsto en la segunda.*

Esta tesis no es nueva. Ya la Sala en sentencia de casación de 8 de noviembre de 1973, den-

tro del proceso seguido por Betty Aristizábal de Botero contra Knoll Colombiana, S. A., aún no publicada, sostuvo:

"Fallecido un trabajador es obvio que corresponde a sus causahabientes hacerse presentes ante el patrono para reclamar lo que a aquél se le debía, demostrando su calidad de tales, como lo establece, sin lugar a dudas, el artículo 212 del C. S. del T., que indica en su primera parte cuáles son las pruebas con que los interesados han de probar esa calidad y, en su segunda, impone al patrono la publicación de un aviso 'indicando el nombre del fallecido *y de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios*' (el subrayado es de la sentencia), lo que significa que dicho aviso solo puede publicarse una vez que estas personas han formulado la reclamación correspondiente y 'se han acreditado como beneficiarias'. Es inadmisible, por eso, la tesis del impugnante de que 'no era absolutamente indispensable que la cónyuge sobreviviente acreditara su calidad de beneficiaria' para que el patrono diera el referido aviso y consignara lo que creyera deber a su extrabajador.

"Lo cierto es que la empresa solo tuvo noticia de quién era la cónyuge de su empleado fallecido con la notificación de la demanda que inició este proceso e inmediatamente consignó todo cuanto le debía, según aparece de la sentencia recurrida, que no se impugna en lo tocante a la absolución de aquélla por causa de dicho pago por consignación".

Y en la sentencia de 13 de julio de 1970 (G. J. números 2326 a 2328, página 234), expresó lo que se copia:

"En relación con la fecha a partir de la cual incurre el patrón en mora de pagar las prestaciones a los herederos del trabajador fallecido, ya esta corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades. Así, en fallo de 3 de mayo de 1957 dijo lo siguiente: 'Evidentemente las normas laborales señaladas por la acusación consagran reglas de procedimiento que deben observarse previamente para el pago del auxilio de cesantía y seguro de vida del trabajador. Se advierte que el Tribunal no tuvo en cuenta este procedimiento y de ahí que hubiera condenado a la sociedad demandada al pago de la indemnización por la mora desde la fecha misma del fallecimiento de Gutiérrez Peláez. En el caso *sub lite* la demandada estaba obligada a pagar a los sucesores del trabajador fallecido auxilio de cesantía, primas de servicio y seguro de vida. Necesario era en relación con las dos primeras prestaciones, precisar el momento en que el deudor debía cumplir esa obligación, puesto que él indicaba la fecha inicial del retardo para los efectos de la sanción establecida en el artículo 65 del C. S. del T. Ahora bien: el artículo 258 del C. S. del T. establece que el auxilio de cesantía, transmisible por causa de muerte, cuando valga $ 5.000.00 o menos, se pagará ciñéndose al procedimiento establecido por el artículo 212 ibídem, esto es, el que reglamenta el pago del seguro. Esta regla procedimiental exige como requisitos: a) La presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles o de las pruebas supletorias de ley y una información sumaria de testigos que acrediten quiénes y cuántos son los herederos; b) Que antes de efectuar el pago de la prestación el patrono dé aviso por lo menos dos veces en la prensa. Solo después de cumplidos estos requisitos se puede hablar de que la prestación es exigible por parte de los herederos del causante' (Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez contra Gómez y Mejía, Limitada).

"En el caso que se estudia también el *ad quem* condenó a pagar la indemnización por mora a partir del fallecimiento del trabajador a pesar de que previó que sus herederos no se hubieran presentado de inmediato a recibir el valor de las prestaciones, circunstancia que a su juicio no releva al patrono de pagar la sanción 'porque si así ocurrió, ha debido consignar la suma que consideraba deber a la orden de las personas nombradas'. Es decir, que el Tribunal exige al patrono que haga una consignación en favor de personas que no conoce como sus continuadores por no haber acreditado su calidad de herederos, lo cual implica una falta de lógica, con la consiguiente violación de las normas señaladas por el recurrente".

A lo anterior conviene precisar, que si bien es cierto que el empleador requiere, para dar el aviso público, conocer el nombre de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios, basta con que uno o algunos de quienes se crean causahabientes del trabajador lo acrediten, para que surja la obligación patronal de publicar dicho aviso, pues el precepto en cita está ordenado para garantizar que las prestaciones debidas al trabajador fallecido se cubran a sus legítimos herederos, sin menoscabo de ninguno de ellos, ni de los que ostenten un mejor derecho, y para conceder poder liberatorio al pago efectuado por el patrono con el cumplimiento de todos los requisitos señalados en la norma. De allí que ella misma exprese la finalidad del aviso público, diciendo que "tiene por objeto permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar" y que determine también que "antes de hacerse el pago de la prestación" se dé el citado aviso. Y si el pago se efectúa en tales condiciones, prevé

que "el patrono respectivo se considere exonerado de su obligación".

De lo indicado fluyen las siguientes conclusiones: 1º Cualquier persona que tenga carácter de beneficiaria o heredera del trabajador fallecido, puede presentarse a reclamar lo debido a éste, acreditando, con las pruebas específicamente señaladas en el inciso 1 del artículo 212 del C. S. del T., su calidad de tal. 2º Cumplido lo anterior por uno o varios o todos los causahabientes, el empleador debe dar aviso público con treinta (30) días de anticipación al pago de las prestaciones debidas, "indicando el nombre del fallecido y de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios". Este aviso debe insertarse en la prensa del lugar, por dos (2) veces a lo menos, y, si ello no fuere posible, publicarse por bando en dos días de concurso, por el Alcalde del Municipio respectivo, con "el objeto de permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar". 3º Vencido dicho término, "y hecho el pago a quienes resulten beneficiarios", "el patrono respectivo se considera exonerado de su obligación".

Fijada la correcta aplicación del artículo 212 del estatuto laboral, es del caso ahora estudiar la prueba que el censor considera apreciada con equivocación por el *ad quem*, para saber si incurrió en manifiesto error de hecho.

El juzgador hace especial hincapié en la carta del folio 68 del cuaderno principal y en la diligencia de reconocimiento de la misma, que obra al folio 96, las que se transcriben en su integridad:

La primera es del tenor siguiente:

"Bogotá, D. E., mayo 28 de 1969. Señor doctor don Carlos Urrutia Holguín, Brigard & Urrutia. La ciudad. Estimado Carlos: Lamento mucho la demora en suministrarte la información que tú me solicitaste sobre el señor Paul Padgett Kearns en tu carta del 5 de mayo, pero hasta el día de ayer recibí la información de Tulsa. A la señora del señor Kearns le pagaron las siguientes sumas:

Por Andean Equipment Company:		
Prima de servicio	US$	114.65
Auxilio de cesantía		114.65
Total	US$	229.30
Por Hannibal Constructions Co.: Prima de servicio	US$	171.97
Auxilio de cesantía		171.97
Total	US$	343.94

De acuerdo con los contratos de trabajo, cuyas fotocopias te adjunto, el señor Kearns empezó a trabajar con ambas compañías el 27 de febrero de 1968 y murió el día 2 de junio del mismo año. Cualquier información adicional que quieras, te ruego avisarme para proceder a conseguirla. Lamentando la demora de esta contestación, me suscribo, tuyo afectísimo, Alvaro Torres Peña".

La segunda reza: "Puestos de presente los documentos al doctor Torres Peña, manifestó:

'En relación con la carta de mayo 28 de 1969 dirigida por mí al doctor Carlos Urrutia Holguín, es verdadera y aclaro que la Compañía le hizo a la señora de Kearns los pagos allí relacionados, no porque legalmente tuviera obligación alguna sino por la situación económica difícil que ella manifestó tener y por la consideración del trágico accidente sufrido por su marido. Como la señora de Kearns no expidió recibo alguno por las sumas pagadas, la Compañía consideró que habiéndose abierto el juicio de sucesión del señor Kearns, de acuerdo con la ley colombiana, quedaban determinados los herederos del muerto. La firma que aparece en la carta, es la que acostumbro en mis actos públicos y privados. Además, quiero agregar que en mi carácter de apoderado general de Hannibal Constructions Company, nunca recibió documento por medio de los cuales se estableciera que de conformidad con la ley americana la señora Kearns y su hija fueran herederos del señor Paul Padgett Kearns y, además, nosotros sabíamos de la existencia de una primera esposa y no teníamos los elementos para establecer cuál de ellas era la titular de los respectivos derechos. Como dije, el pago se hizo por consideraciones de humanidad y nada más. Respecto al documento que aparece al folio 69 del expediente de la Hannibal Constructions como no está suscrito por mí, no lo puedo reconocer'. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma, para constancia por el doctor Alvaro Torres Peña".

Confrontadas estas dos probanzas muestran ostensiblemente que la empresa tenía conocimiento de la existencia de una posible beneficiaria de su ex trabajador, la señora de Kearns, y que ese conocimiento tuvo que adquirirlo porque ella demostró su calidad de tal, pues de otra manera no se explica el que hubiera hecho el pago de la prima de servicios y del auxilio de cesantía correspondientes. El argumento de última hora en la diligencia de reconocimiento del documento de folio 68, según el cual efectuó "los pagos allí relacionados, no porque legalmente tuviera obligación alguna, sino por la situación económica difícil que ella manifestó tener y por la consi-

deración del trágico accidente sufrido por su marido'', es inadmisible, por estas razones:

a) Al contestar el hecho 7º de la demanda, que afirma: ''La sociedad Hannibal Constructions Company *no ha pagado a las causahabientes del señor Kearns* el auxilio de cesantía causado ni la prima de servicios correspondientes a la fracción del primer semestre de 1968'', respondió: *''No es cierto. Estas prestaciones fueron pagadas''*. (Los subrayados son de la Sala). Luego la empresa consideró que lo cubierto a la señora de Kearns constituía el pago de las prestaciones debidas, que la exoneraba de su obligación, y no sumas dadas ''por la situación económica difícil que ella manifestó tener y por la consideración del trágico accidente sufrido por su marido''. Más aún: en el capítulo correspondiente de la misma contestación de la demanda, pide el apoderado de la sociedad que se tengan ''como pruebas a favor de mi representada: 1... 2. *Comprobantes de pago* (se subraya) de la prima de servicios y el auxilio de cesantía'';

b) La carta del folio 68 no indica ningún ánimo de liberalidad de la empresa. Su tenor es claro cuando asienta: ''A la señora de Kearns *se le pagaron* (se subraya) las siguientes sumas: ...''; c) A folios 69 y 70, que son los anexos enunciados en la carta anterior, aparece la nota remisoria de los cheques expedidos para pagar la prima de servicio y el auxilio de cesantía, nota dirigida a: Mrs. Paul P. Kearns, 7435 S. W. 57th Avenue, Apt. 4, Miami, Florida, en la que se le dice: *''Los dos cheques anteriormente representan el pago en total por todas las prestaciones sociales colombianas''* y en la cual se le pide al terminar: ''Le rogamos se sirva acusar recibo de los dos cheques arriba mencionados *como pago total* (se subraya) de la liquidación de las prestaciones sociales colombianas''. Y el hecho de que dicha señora no hubiese expedido el recibo que se le solicitaba, no cambia la calidad de pago ''pago total de todas las prestaciones sociales colombianas'' con que se le remitieron esos cheques.

Estas pruebas muestran sin la menor duda que la citada señora de Kearns solicitó a la demandada el pago de las prestaciones del fallecido señor Kearns y estableció su calidad de esposa, ya que así se deduce de la diligencia de reconocimiento de la carta del folio 68, en que el suscribiente de la misma sostiene que los pagos tantas veces indicados se hicieron ''por la situación económica difícil *que ella manifestó tener* (se subraya), y por la consideración del trágico accidente sufrido *por su marido''* (id). La sociedad, por tanto, cubrió las cantidades indicadas porque Mrs. Kearns *le manifestó tener* situación económica difícil y en consideración a que el fallecido era *''su marido''*, de lo cual debió tener certeza, a fin de efectuar el pago y de afirmarlo luego como hecho exceptivo en la contestación de la demanda.

De este análisis probatorio resulta que la demandada se apresuró a satisfacer las prestaciones de su ex trabajador a quien creyó ser su esposa, sin haber fijado el aviso público ordenado por el inciso 2 del artículo 212 del C. S. del T., con lo cual no dio ocasión para que otras beneficiarias del mismo, como son las demandantes, concurrieran. La empresa alega que éstas no se presentaron ante ella con las probanzas requeridas para demostrar su derecho, motivo por el cual no tenía por qué dar el aviso público, ni cubrirles lo debido al señor Kearns, antes de la iniciación del presente proceso, a cuya demanda se acompañó la copia del auto de reconocimiento de herederos pronunciado por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá.

Pero ya se advirtió al principio que el deber patronal de publicar los avisos referidos, surge desde el momento en que cualquier persona le formule el reclamo y le entregue las pruebas de su calidad de beneficiaria del occiso. De otra manera carecería de razón el inciso 2, *in fine,* del artículo 212 del Código del Trabajo, cuando expresa: ''Este aviso tiene por objeto permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar''. De allí que el hecho de que las actoras hubiesen dejado de allegar las pruebas de que son causahabientes del señor Kearns, no libera a la empresa de la obligación de haberlo publicado ante el primer reclamo de ''la señora del señor Kearns''.

Esa alegación sería válida, si, como en los casos resueltos por las sentencias atrás insertas, ninguna persona con anterioridad a las demandantes se hubiese hecho presente en calidad de beneficiaria de los derechos del trabajador muerto y de su existencia solo hubiera tenido noticia el patrono por la respectiva demanda iniciadora del proceso laboral. Mas, cuando ya otra posible heredera había hecho conocer su respectiva calidad, era forzoso dar aviso público, antes de hacer el pago, a fin de abrir la puerta a nuevos reclamantes.

La omisión de dicho aviso hizo incurrir en mora a la demandada de cubrir las prestaciones solicitadas en este asunto, pues si lo hubiera publicado habría permitido a los actores reclamar directamente su pago, sin necesidad de recurrir a la vía judicial, y obtenerlo en cuanto vencieran los 30 días de la publicación.

Sobre la base antedicha resulta equivocada la sentencia recurrida en cuanto fija la mora desde el mes siguiente a la fecha del fallecimiento del trabajador, pues no existe prueba en autos de que la primera reclamante hubiera actuado ante la empresa como beneficiaria, apenas se produjo la muerte de aquél. La tesis del *ad quem* sería acertada, si el artículo 212 exigiera dar el aviso desde que tal muerte ocurre y no a partir de cuando alguna persona acredite su calidad de beneficiaria, según se explicó al principio.

Por esto, debería casarse la sentencia para en sede de instancia, fijar la indemnización desde fecha posterior. Pero, al hacer las respectivas consideraciones, se hallaría la Sala con que el Tribunal incurrió en un error inexcusable, cual es el de haber calculado los salarios moratorios "del dos de julio de 1968 al 28 de septiembre del *mismo año* (sic), fecha en la cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá recibió la mencionada consignación", hecho éste que ocurrió el 28 de septiembre de 1970 o sea, dos (2) años ochenta y seis (86) días después de los 30 siguientes a la muerte del trabajador y no solo estos últimos ochenta y seis días a que el juzgador contrajo el tiempo de la mora.

De esta manera, al tomar la Sala como punto de referencia para fijarla, la fecha del pago hecho a la primera reclamante (que permite la convicción racional de que en ese momento la empresa sabía a ciencia cierta que era beneficiaria, por lo cual debió dar el aviso público) resultaría una indemnización moratoria muy superior a la impuesta por el Tribunal e incurriría en *reformatio in pejus*. Como esto no es posible, carece de efecto casar la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio: Secretario.



FALLO INHIBITORIO

La calidad de herederos que echó de menos el fallador, no es simplemente procesal sino sustancial y forma parte de la titularidad de la obligación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos setenta y cinco.

Expediente número 4801.

(Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Félix Rafael Rodríguez contra la sentencia que dictó el 8 de marzo de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra la sucesión de Michel Estefan Estefan, constituida por su cónyuge sobreviviente Alicia Yamhure de Estefan y por Enrique, María del Rosario y Darío Estefan Yamhure, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, recoge el expediente que se registró en esta Sala bajo el número de la referencia.

En la litis el demandante impetró salarios, vacaciones, primas de servicios, cesantía, indemnizaciones por despido injusto y por mora y las costas del proceso, pretensiones que fundamentó en los hechos que pueden leerse a los folios 5 a 7 del cuaderno primero y que el Tribunal mencionado de Bogotá, en su providencia recurrida, sintetizó así:

"Que el señor Félix Rafael Rodríguez C. trabajó en la empresa denominada Industrias Michel's, bajo la dependencia del señor Michel Estefan Estefan desde el 16 de noviembre de 1964 hasta el veintitrés de octubre de 1966 o sea hasta la fecha de la muerte del señor Estefan; que el señor Rodríguez continuó trabajando en la misma forma y en las mismas condiciones, pero bajo la dependencia de la sucesión hasta el día 23 de octubre de 1967; que desempeñó el cargo de celador, además recibía y entregaba mercancía, vendía repuestos para máquinas tejedoras, ensamblaba máquinas y, en general, colaborar con el empresario en las actividades de la empresa; que el último sueldo que devengó el señor Félix Rafael Rodríguez fue de $ 1.100.00 mensuales; que fue despedido sin justa causa; que la empresa solo le pagó parte de las prestaciones sociales".

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor, manifestando atenerse, respecto de los hechos, a lo que se probare en el juicio, y proponiendo las excepciones de inepta demanda de fondo, pago, prescripción y "la genérica".

Tramitada la controversia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, en sentencia de 29 de septiembre de 1971, resolvió:

"Primero. Condénase a la sucesión de Michel Estefan Estefan, constituida por su cónyuge sobreviviente, señora Alicia Yamhure de Estefan y sus hijos, Enrique, María del Rosario y Darío Estefan Yamhure, vecinos de Bogotá, mayores los dos primeros y menores los últimos, a pagar al señor Félix Rafael Rodríguez, con cédula de ciudadanía número 127315 de Bogotá, la suma de quinientos veinticinco pesos con veintisiete centavos ($ 525.27) moneda corriente, por concepto de saldo de indemnización de perjuicios por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

"Segundo. Absuélvese a la parte demandada de las demás peticiones que le fueron formuladas en la demanda por el señor Félix Rafael Rodríguez C., mediante apoderado.

"Tercero. Decláranse no probadas las excepciones perentorias de inepta demanda y prescripción, y probada parcialmente, la de pago, propuestas por el señor apoderado de la demandada.

"Cuarto. Condénase en costas, en un 25%, a la parte demandada".

Apelada esta providencia por los apoderados de los litigantes, el Tribunal Superior de Bogotá, que encontró que no se había demostrado en el juicio que la señora y sus hijos mencionados tuviese en la calidad de herederos del señor Estefan Estefan, la revocó y se declaró inhibido para conocer del fondo del proceso, por estimar que se originaba el fenómeno de falta de capacidad para ser parte.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de Rodríguez fue denegado por el ad quem *por estimarlo improcedente, tratándose, como lo entendió, de un fallo inhibitorio. Mas en en el recurso de hecho que sustentó el referido apoderado de Rodríguez, la Sala decidió que la calidad de herederos que echó de menos el fallador no era simplemente procesal sino sustancial, forma parte de la titularidad de la obligación y que lo que se resolviese sobre ella tampoco es formal sino de fondo, imprimiéndole así carácter de mérito a la providencia recurrida a pesar de sus términos inhibitorios. Por lo cual se declaró mal denegado el recurso de casación y se le recibió en legal forma.*

El recurso extraordinario.

La demanda de casación expresa su alcance así:

"Esta demanda se encamina a obtener la casación total de esa sentencia, y que, en su lugar, la Corte, constituida en Tribunal de instancia, acceda a las peticiones de la demanda inicial condenando a la demandada al pago de todas las sumas enunciadas en tales peticiones; lo mismo que al pago de las costas en las instancias y en el presente recurso de casación".

Para esos efectos acusa la sentencia singularizada del Tribunal Superior de Bogotá, por falta de aplicación de los artículos 1º del Decreto 236 de 1963, 148 C. S. T., y 4º de la Ley 187 de 1959, todos con relación al numeral 2º del 147 del dicho Código, preceptos relativos al salario mínimo; 168 y 169 C. S. T., en relación con el 161 del mismo, sobre salario del trabajo nocturno y de las horas extras en días hábiles; 175 C. S. T., 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 161, 168, 169, 172 y 177 de aquel estatuto, sobre remuneración del trabajo dominical y de días festivos; 186, numeral 1, C. S. T., 8º del Decreto 617 de 1964 y 14, numerales 2 y 3 del Decreto 2351 de 1965, sobre vacaciones; 396, primera parte hasta el ordinal b), inclusive, sobre prima de servicios; 249 C. S. T., y 17 del Decreto 2351 de 1965 sobre cesantía; 8º, numerales 2 y 4 [letras a) y b)] del Decreto 2351, sobre indemnización por despido injusto; y 65, numerales 1 y 3, C. S. T., y la última oración del artículo 5º de la Ley 187 de 1959, sobre indemnización moratoria. Agrega que la sentencia violó "por falta de aplicación, como ya se expresó", todas estas disposiciones, en relación con los artículos 1º, 3º, 5º, 9º, 13, 18, 19, 20 a 23, 27, 36, 55, 67 a 69 (numerales 1 y 2), 132, 142 (primera parte), 193-1 y 195 C. S. T. y 15-1 del Decreto 2351 de 1965, en relación también con los artículos 180, 1820-1, 1796-2, 1833 y 1836 del Código Civil, y primero, segunda parte, de la Ley 28 de 1932, que la sentencia también dejó de aplicar.

El impugnador comenta el contenido de los textos reseñados y luego, en capítulo que intitula "violación por vía indirecta de todas las disposiciones anteriores", transcribe el pasaje del fallo recurrido en que el Tribunal apreció que en el *sub júdice* no se demostró la calidad de herederos del señor Estefan que tuviesen la cónyuge sobreviviente y sus hijos demandados, por no haberse allegado a los autos copia auténtica de la providencia judicial que reconociera tal calidad en el respectivo juicio de sucesión y señala que tal calidad sí aparece del certificado del Notario Unico del Circuito de Girardot, sobre el matrimonio del dicho señor Estefan con Alicia Yamhure, en 1942; del certificado del Notario Octavo del Circuito de Bogotá, sobre la defunción de aquél, en septiembre de 1966, y del certificado del Notario Cuarto del mismo Circuito sobre el nacimiento, en 1950, de María del Rosario Estefan Yamhure, a los folios 90, 187 y 92 del cuaderno 1º del expediente, en su orden. Al no haberlo apreciado así el fallador, incurrió en error de derecho, el cual incidió en la falta de aplicación de los textos civiles reseñados en el cargo y, consecuencialmente, en los laborales sobre los derechos pretendidos en la litis. De éstos afirma, finalmente, que se hallan establecidos con la liquidación de salarios y prestaciones de folio 3, los documentos procedentes de la Cámara de Comercio de Bogotá de folios 57 a 61 y 207 y 208, el certificado de Cafenalco a folios 79 y 80, los documentos procedentes de los Seguros Sociales de folios 81, 101 y 102, los certificados sobre matrimonio del señor Félix Rafael Rodríguez y el nacimiento de sus hijos de folios 93 a 98, la carta de despido, el contrato de trabajo, los comprobantes sobre pagos de salarios y prestaciones que se ven a los folios 104 a 186 y las posiciones absueltas por la señora Alicia Yamhure de Estefan, pruebas éstas por las que el Tribunal incurrió en error de hecho, al no examinarlas.

Por todo lo cual el acusador concluye:

"Debido a los errores de derecho en la apreciación de los documentos sobre el estado civil

de la familia Estefan Yamhure, y de los errores de hecho en relación con las demás pruebas mencionadas, el Tribunal revocó la condena pronunciada por el Juzgado *a quo* y se declaró inhibido para fallar el fondo del proceso en forma tal que en realidad resultó negando todas las peticiones de la demanda, dejando de aplicar así las disposiciones sustanciales que se enunciaron en la primera parte de este capítulo sobre el cargo hasta la página 7ª de este escrito y hasta donde se escribe el subtítulo 'Violación por vía indirecta de todas las disposiciones anteriores'. Si el Tribunal no incurre en tales errores, declara probados el carácter de cónyuge sobreviviente de Michel Estefan Estefan que ha tenido Alicia Yamhure de Estefan y el de heredera que ha tenido la citada María del Rosario Estefan y accede a las peticiones de la demanda, dando así aplicación a tales disposiciones sustanciales referidas''.

Por su parte, el opositor advierte que el alcance de la impugnación, expresado por el recurrente, es incompleto, pues no contiene lo que deba hacer la Corte como Tribunal de instancia, con la sentencia de primer grado una vez casada la de segunda instancia; que la falta de aplicación no es concepto de violación de la ley dentro de la casación laboral, aunque se la pueda considerar como una modalidad de la infracción directa; que de ese modo el acusador presenta como violado un grupo heterogéneo de disposiciones legales, enunciativas unas, reglas probatorias otras, algunas sustanciales laborales y otras de carácter civil, ''cuyo texto comenta o traslada en su lenguaje'', pero sin que diga cómo fueron violadas ni en qué consistió la falta de aplicación; que el recurrente divide el cargo en dos partes, sin que se sepa claramente si son dos acusaciones o una sola; que si lo segundo, este ataque sería incompleto, pues no señala las normas violadas, sin que, en razón de la autonomía de los cargos, basten sus referencias a las del otro, y si lo primero, estarían predicándose respecto de unas mismas normas dos conceptos incompatibles, el de falta de aplicación o infracción directa y el de aplicación indebida a través de errores de hecho o de derecho. Respecto del error de derecho sostiene que el fallador no dejó de apreciar una prueba *ad sustamtiam actus;* que la afirmación del Tribunal sobre que no se acreditó la calidad de heredero porque no se adujo al proceso la copia auténtica de la providencia que así lo reconociera, puede ser acertada o equivocada; pero que en este último caso la supuesta violación de ley se habría producido por ignorancia o desconocimiento de la norma que permita probar esa calidad con otros medios de prueba o por interpretación errónea de las mismas, mas nunca a través de errores de derecho, ya que ni se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley ni se deja de apreciar una prueba solemne siendo el caso de hacerlo. Y en cuanto a los errores de hecho, el impugnador manifiesta que el Tribunal no pudo incurrir en ellos, porque si se declaró inhibido para fallar no pudo estudiar, como no lo hizo, el fondo del asunto, es decir, si los hechos de la demanda estaban o no demostrados, además de que el recurrente no demuestra cómo a través de las pruebas no apreciadas se acreditan esos hechos del libelo inicial.

Se considera:

Tiene razón el opositor al aducir que la demanda de casación, formulada para sustentar el presente recurso, no satisface el requisito legal sobre expresión del alcance de la impugnación, por cuanto no indica lo que deba hacer la Corte con la sentencia de primera instancia, en caso de que prospere dicho recurso extraordinario, exigencia que no se cumple con solo manifestar, como lo hace el acusador, que aspira a que se ''acceda a las peticiones de la demanda inicial condenando a la demandada al pago de todas las sumas enunciadas en tales peticiones, lo mismo que al pago de las costas en las instancias y en el presente recurso de casación''. Y defecto técnico que es tanto mayor en este asunto cuanto que el fallo de primer grado contiene una condenación por ''saldo de indemnización de perjuicios por terminación unilateral del contrato sin justa causa'' y absolución por las demás peticiones del libelo inicial, declaraciones sobre excepciones y condena en costas en un 25% a la parte demandada, acerca de nada de lo cual se expresa lo que deba confirmarse o revocarse, modificarse y disponerse en su lugar. De aquella deficiencia técnica, que se muestra acentuada en este caso, tiene decidido la jurisprudencia de la Sala que impone la desestimación del recurso.

En efecto, en auto de esta Sección, dictado el 2 de abril último, con transcripción de providencia del 8 de noviembre de 1974, se reiteró:

''Entre las condiciones formales exigidas para la demanda de casación, por el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, se encuentra la declaración del alcance de la impugnación. Para llenar ese requisito es necesario expresar si la sentencia acusada debe casarse total o parcialmente, indicar en qué parte, manifestar si la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, modificada o revocada, y si ello ocurre en la to-

talidad o en una parte determinada de la misma, y, finalmente, declarar lo que debe decidirse en lugar de lo dispuesto por el *a quo*, que se haya modificado o revocado.

"No basta indicar el punto o puntos en que se haya de casar la sentencia de segundo grado, y pedir las declaraciones buscadas, porque la sentencia de segunda instancia resuelve siempre por apelación o consulta del fallo de primer grado, por lo cual el *ad quem* no puede hacer directamente los pronunciamientos, sino a través de la confirmación, modificación o revocatoria de la providencia del *a quo*. Si el fallo de segundo grado no se refiere al de primero, éste quedaría en vigor, ya que no se habrían resuelto la apelación o la consulta". (Auto de 8 de noviembre de 1974, juicio de Abdón Guateme contra Papelería Ibérica).

Y en decisión del 2 del presente mes, en exposición más extensa sobre el tema, sus razones y consecuencias:

"Sus dos secciones han dicho que el recurrente debe indicar para el caso de prosperidad del recurso, qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia.

"La Sección Segunda se ha pronunciado así:

" 'El alcance de la impugnación, ha dicho reiteradamente la jurisprudencia laboral, es el *petitum* de la respectiva demanda, y, como tal, ha de formularse con absoluta claridad y precisión, para que la Corte, conociendo con certeza las aspiraciones del recurso, pueda hacer pronunciamiento sobre él. Y consiste en la manifestación de voluntad del impugnante de que se case total o parcialmente la sentencia acusada, indicando, en este último caso, en qué aspectos debe ser invalidada, *con expresión, además, de lo que debe hacerse con el fallo de primer grado o de* la forma como debe ser reemplazado'. (Subraya la Sala - G. J., tomo CXXIX, página 317).

" 'El 'alcance de la impugnación', que es parte muy importante de la demanda, puesto que constituye su *petitum*, y como tal debe formulársele con la claridad y precisión más absolutas, aparece expresado en forma deficiente, pues no se indica, para el evento de la prosperidad del recurso, qué debe hacer la Corte, como Tribunal de instancia, en relación con la sentencia de primer grado' (G. J., tomo CXXXI (bis), página 205).

"Así mismo la Sección Primera ha expresado:

" 'La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que en el alcance de la impugnación debe expresarse qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia, en caso de prosperidad total o parcial del recurso, pues la Corte, en tal evento, obra como Tribunal de instancia y, por tanto, es aquella providencia la que puede revocarse, modificarse o confirmarse'.

" 'También tiene establecido la jurisprudencia que cuando falta el requisito anotado, no debe admitirse la demanda de casación'.

" 'En este caso, por tanto, deberá rechazarse la demanda presentada y declararse desierto el recurso'. (Auto de 26 de septiembre de 1974. Juicio de José del Carmen Rojas P. contra Elpidio Jiménez Jiménez y Ana Cleotilde Rodríguez de Jiménez).

" 'No expresa el recurrente qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia, si el recurso prospera en forma total o parcial. Si aquélla ha de revocarse, confirmarse o modificarse. Cuando se casa una sentencia de Tribunal, la Corte, al convertirse en juzgador de instancia, no tiene facultad para resolver independientemente aquélla de que por tal causa conoce, en apelación o consulta, por cuanto quedarían dos resoluciones judiciales vigentes: la sentencia del Juez, sobre la cual no se pide pronunciamiento del superior y lo dispuesto por la Corte en sede de instancia'.

" 'Lo anterior demuestra que para el señalamiento correcto del alcance de la impugnación, es necesario, además de pedir el quebrantamiento total o parcial de la providencia recurrida, determinar lo que debe hacerse en relación con el fallo de primera instancia y también lo que ha de resolverse en reemplazo de él cuando sea revocado o modificado'.

" 'La falta de la correcta declaración del alcance de la impugnación, hace que la demanda no contenga el requisito a que se refiere el numeral 4º del artículo 90 del C. P. L., como lo ha dicho reiteradamente la Sala, y, en consecuencia debe ser rechazada y declarar desierto el recurso'. (Auto de 13 de marzo de 1975. Juicio de Emilio Morales contra Alegría & Cía., Limitada).

"VI. Sobre el mismo tema anterior y en lo que respecta a la interpretación de la demanda, extraordinaria, esta Sección ha dicho:

" 'Así, en el capítulo denominado 'Alcance de la impugnación', que es parte principalísima de la demanda y como tal ha de formulársele con la más rigurosa claridad y precisión, se limita a expresar que persigue 'obtener un fallo condenatorio por haberse establecido en el pleito los extremos de un contrato típico a domicilio y su promedio de remuneración por tiempo con el sus-

tento principal de lo dispuesto por el artículo 89 del C. S. T.'. Pero, ni siquiera impetra el quebrantamiento de la sentencia materia del recurso, *ni indica, para el evento de la prosperidad de éste, qué debe hacer la Sala, como Tribunal de instancia, en relación con la de primer grado. Ese vacío en cuestión tan sustancial, no puede ser llenado por la Corte, mediante un esfuerzo interpretativo de la demanda porque hasta allá no llegan las facultades de que disponen los jueces en este campo, ni le está permitido suplirlo oficiosamente'*. (Subraya la Corte, G. J., tomo CXXIX, página 703).

Todo lo anterior impone la desestimación de la demanda formulada en el presente asunto, por no satisfacer del modo debido, la exigencia sobre el alcance de su impugnación, que es su *petitum* propio.

Hay que censurar, igualmente, que el escrito examinado presenta como concepto de la violación de la ley sustancial el de la "falta de aplicación", pues éste, de la casación civil según el nuevo Código de Procedimiento de ese orden, no está contemplado por el estatuto procesal del trabajo, y su eventual ocurrencia debe presentarse como modalidad de la aplicación indebida, conforme ha sido largamente explicado por la jurisprudencia.

El cargo o los cargos formulados son, en consecuencia, inestimables.

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 de casación, de la fecha y origen que se han expresado.

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En lo que se refiere a la presunción de legalidad del acto administrativo, mientras no sea anulado, que trae como argumento el sentenciador, para aceptar la validez del contrato de trabajo, ha de observarse que esa presunción no impide al juzgador del caso particular analizar la procedencia y efectos de un contrato y determinar su validez ante la ley o su falta de aplicación en un caso dado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4927. Acta número 21.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Guillermo de Jesús Vivares Montes, vecino de Cúcuta, identificado con la cédula de ciudadanía número 4507266 expedida en Pereira, demandó, por medio de apoderado a Central de Transportes - Estación Cúcuta y al Municipio de Cúcuta para que fueran condenados solidariamente a pagarle la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el auxilio de cesantía y la indemnización por mora en el pago de las anteriores peticiones.

Los hechos que dan fundamento a la demanda, son:

"a) Guillermo de J. Vivares Montes fue contratado como Inspector de Control y Fiscalización de la Central de Transportes - Estación Cúcuta - desde el 20 de septiembre de 1972 y por el lapso fijo de dos años;

"b) Mi cliente venía laborando en la entidad demandada a partir del 1º de julio de 1972;

"c) Su último salario fue de $ 1.680.00;

"d) Cuando avanzaba normalmente el contrato de trabajo, la honorable Junta Administradora resolvió despedir injustamente a mi poderdante y fue así como fue reemplazado el 16 de febrero de 1973;

"e) Esa actitud de la parte demandada le hace acreedora a una indemnización que asciende a los salarios por el tiempo comprendido entre el 17 de febrero de 1973 y el 19 de septiembre de 1974;

"f) Mi patrocinado presentó la reclamación correspondiente ante la Caja Municipal de Previsión Social para el reconocimiento y pago de las prestaciones aquí impetradas, pero hasta la fecha no le han sido canceladas;

"g) Se agotó la vía administrativa sin resultado alguno".

El apoderado de la Central de Transportes - Estación Cúcuta, admitió el hecho tercero sobre el último salario devengado, y dijo que no le constaban o no eran ciertos los restantes; se opuso a todas las pretensiones del demandante, con base en que la entidad es un establecimiento público y que la relación con el señor Vivares no constituyó contrato de trabajo, y presentó excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda por indebida acumulación de acciones, carencia de derecho para demandar, pago total y cualquiera otra que resultare en el proceso.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en fallo de 13 de julio de 1974, condenó solidariamente a las entidades demandadas a pagarle al actor $ 32.480.00, como indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; $ 1.022.00 como auxilio de cesantía, y como indemnización por mora $ 23.128.00 hasta la fecha de la sentencia y un salario diario por cada día de mora desde ese momento en adelante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso las costas de la instancia a la Central de Transportes. Tanto el apoderado de la Central de Transportes - Estación Cúcuta como el Personero Municipal de Cúcuta interpusieron recurso de apelación contra el fallo de primer grado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en sentencia de 20 de septiembre de 1974, declaró respecto al Municipio de Cúcuta, probada la excepción perentoria de falta de legitimación pasiva en el proceso; confirmó la condenación por despido injusto, respecto a la Central de Transportes - Estación Cúcuta, y absolvió por el mismo concepto al Municipio de Cúcuta; revocó la condena por cesantía y en su lugar absolvió a las demandadas del pago de tal prestación; revocó la condena sobre indemnización por falta de pago y en su lugar condenó a la Central de Transportes - Estación Cúcuta a pagar a Guillermo de Jesús Vivares la cantidad de $ 56 diarios, a partir del 2 de junio de 1973, hasta cuando se cancele todo lo debido, como indemnización moratoria; confirmó la declaratoria de que no fueron probadas las excepciones, con la salvedad de que sí lo fue la de pago de la cesantía; confirmó la condenación en costas de la primera instancia y no condenó en las de segunda. El apoderado de la Central de Transportes - Estación Cúcuta interpuso contra la referida sentencia, recurso de casación que concedió el Tribunal y admitió la Corte.

El recurso.

Está presentado en dos cargos que se apoyan en la primera causal de casación. No hubo escrito del opositor.

Alcance de la impugnación.

Con el primer cargo se pretende la casación de la sentencia impugnada, la revocación total del fallo de primer grado y la condenación del demandante en las costas de ambas instancias, y con el segundo ataque se busca la casación parcial de la providencia acusada y la revocatoria de las condenas por cesantía e indemnización moratoria contenidas en la sentencia de primera instancia.

Primer cargo.

El recurrente dice:

"La sentencia impugnada viola indirectamente la ley sustantiva por error de hecho manifiesto al aplicar indebidamente documentos auténticos que llevaron a indebida aplicación del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945, que regulan el contrato de trabajo del personal al servicio del Estado, y también por aplicación indebida de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 y 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que establecen algunas indemnizaciones, y consecuencialmente por falta de aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 5º del Decreto 1848 de 1969.

"Pruebas erróneamente apreciadas.

"Las pruebas erróneamente apreciadas por el fallador de segunda instancia, y que constituyen documentos auténticos son: a) El llamado contrato de trabajo que obra a folio 2 del expediente; b) La copia del Acuerdo 27 de 19 de mayo de 1971 que obra a folios 31 a 36; c) La copia del acta de la Junta Administradora que obra a folio 23.

"Error de hecho manifiesto.

"El error de hecho manifiesto en que incurrió el *ad quem* se sintetiza así:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Guillermo de Jesús Vivares estuvo vinculado con la Central de Transportes - Estación Cúcuta, por un contrato de trabajo, y que, por tanto, tenía la calidad de trabajador oficial.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que el señor Guillermo de Jesús Vivares estuvo vinculado a la Central de Transportes - Estación Cúcuta, como empleado oficial, es decir, por una situación legal y reglamentaria.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante se encontraba dentro de la norma general del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y no dentro de la excepción.

"4º No dar por demostrado, estándolo, que al demandante como empleado público, no le eran aplicables la Ley 6ª de 1945 y el Decreto reglamentario 2127 del mismo año.

"5º No dar por demostrado, estándolo, que por ser empleado público el demandante era de libre remoción, y como consecuencia, no tiene derecho a la indemnización por lucro cesante, ni a la indemnización moratoria".

El impugnador, después de transcribir y explicar los fundamentos del fallo acusado, analiza las pruebas que considera indebidamente apreciadas, estima que ninguna de las disposiciones del Acuerdo número 27 de 19 de mayo de 1971, del Concejo de Cúcuta, faculta a la Junta Directiva ni al Gerente de la Central de Transportes - Estación Cúcuta para nombrar trabajadores oficiales o trabajadores que presten sus servicios mediante contratos de trabajo, encuentra contradicción entre lo ordenado por el Acuer-

do en mención y lo dispuesto por la Junta Directiva de la Central de Transportes-Estación Cúcuta, que consta en el acta número 12 de 30 de noviembre de 1971, porque según el primer documento la mencionada Junta no tiene facultades para celebrar contratos de trabajo ni para que ellos tengan término fijo, pues el citado Acuerdo da a los servidores de la Central de Transportes - Estación Cúcuta la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción de la Junta o del Gerente, según el sueldo, luego la Junta no podía autorizar al Gerente para que celebrara contratos de trabajo ni para que ellos fueran a término fijo.

Considera el recurrente que el Tribunal apreció mal las pruebas señaladas y aplicó indebidamente el Acuerdo y el acta, por lo cual incurrió en error de hecho ostensible al considerar al demandante como trabajador oficial y no como empleado público, lo cual hizo que se violaran por aplicación indebida las normas de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, que el recurrente cita en el cargo, y que también se aplicaron indebidamente en la modalidad de falta de aplicación, los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 5º del Decreto 1848 de 1969, porque la regla general que establece tales preceptos, es la de que son empleados públicos y no trabajadores oficiales, los servidores de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas y aquellos que desempeñen las actividades que los estatutos de los establecimientos públicos señalen como susceptibles de ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y el demandante no demostró estar comprendido dentro de los casos de excepción.

Finalmente, el recurrente advierte que los estatutos de la Central de Transportes - Estación Cúcuta no fueron apreciados por el sentenciador, y en ellos se dice que los servidores de la entidad tienen el carácter de empleados públicos y son de libre nombramiento y remoción de la Junta o del Gerente, según el sueldo, pero el artículo 26 de tales estatutos agrega que ello no ocurre cuando tales servidores estén asimilados por contrato de trabajo, lo cual considera el recurrente contrario al acuerdo de creación de la entidad y para los efectos de la calidad de los servidores, ineficaz frente al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, porque no se determinan las actividades que pueden desempeñarse mediante contrato de trabajo, como lo requiere la norma citada.

Se considera.

En la sentencia acusada se dice:

"La Central de Transportes - Estación Cúcuta

"Conviene dejar sentado que la Central de Transportes - Estación Cúcuta, es un organismo municipal autónomo y descentralizado, creado como tal por el Acuerdo Municipal número 27 de 19 de mayo de 1971. El artículo 1º de tal estatuto dice así:

"Artículo 1º La Central de Transportes - Estación Cúcuta, será una entidad autónoma descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio (aportado directamente por el Municipio), y por las rentas que la Central de Transportes produzca".

Vinculación laboral del demandante.

"No obstante que el actor Vivares estuvo unido a la Central por un vínculo público reglamentario desde el 1º de julio de 1972, esta relación laboral se cambió luego por un contrato de trabajo. En efecto, al folio 2 del expediente, obra el documento por el cual el ex trabajador Vivares se ligó a la Central de Transportes el día 20 de septiembre de 1972, por un plazo fijo de dos años, en su condición de inspector de control y fiscalización. Según se expresa en el documento, esta vinculación contractual quedó regida por la Ley 6ª de 1945, su Decreto reglamentario 2127 del mismo año y por el artículo 2º de la Ley 64 de 1946. El contrato fue firmado por el Gerente de la Central, señor Alvaro Navarro, mediante autorización que le fue concedida por la Junta Administradora, según acta número 12 de fecha 30 de noviembre de 1971, cuya copia certificada obra al folio 23 del proceso. Dicha autorización se fundamenta en el ordinal 4º, artículo 6º, del Acuerdo número 27, ya citado, en relación con lo que dispone el artículo 13 del mismo. El referido ordinal 4º establece como función de la Junta la siguiente:

"Artículo 4º Fijar el número de empleados al servicio de la Central de Transportes - Estación Cúcuta y sus funciones y remuneración, nombrarlos, removerlos y/o contratar servicios personales para su mejor funcionamiento".

"Y el artículo 13 del Acuerdo traído a los autos, establece:

"El Gerente es el representante legal de la Central de Transportes —Estación Cúcuta— su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva".

"Ahora bien: La Sala observa que el artículo 12 del Acuerdo establece que los servidores de la Central de Transportes son empleados públicos, de libre nombramiento y remoción. Parece presentarse entonces una contradicción entre las normas municipales comentadas. Sin embargo, en el caso de autos, la entidad demandada optó por el sistema de vinculación contractual, también autorizado por el estatuto del Municipio, circunstancia ésta que le aporta validez al contrato. Así mismo, obra el principio de presunción de legalidad, aceptado en casación laboral, mediante el cual, los actos administrativos, si han sido dictados en uso de facultades legales, conservan su plena validez, mientras no hayan sido anulados por el Contencioso Administrativo. Al respecto puede leerse la sentencia de la Corte de fecha 18 de diciembre de 1962, en la *Gaceta Judicial*, tomo C, números 2261 a 2264, página 621:

"En las condiciones dichas, la validez del contrato de trabajo celebrado por la Central con el demandante Vivares no puede ser desconocida por la corporación. Así, dicho contrato queda regulado por la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, no solo por establecerlo el documento de autos, sino porque a los servidores oficiales, como el del caso en estudio, no es dable aplicarles las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo".

De la transcripción anterior resulta evidente que se cometieron los cuatro primeros errores de hecho enunciados en el cargo, pues la estimación del acuerdo citado en relación con los estatutos de folios 37 y siguientes, demuestra de manera clara que la Central de Transportes - Estación Cúcuta, es un establecimiento público y que sus servidores son empleados públicos, que no pueden vincularse por contrato de trabajo, que la excepción a la régla del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 no puede ser el contrato de trabajo que celebre el Gerente y autorice la Junta Directiva, sino la que consagren los estatutos respecto a determinadas actividades.

De manera que estimar vinculado por contrato de trabajo al demandante Vivares Montes con las demandadas, es evidente error de hecho en la estimación del documento de folio 2, de la copia del acuerdo municipal y del acta de la Junta Directiva, como también lo es el estimar que a una relación como la de que dan cuenta los autos, se le apliquen normas de la Ley 6ª de 1945, y del Decreto 2127 del mismo año, porque las partes así lo dispusieron, aunque ello sea contrario a lo que determine la propia ley.

Esos errores de hecho hicieron que se aplicaran indebidamente las normas de 1945 que cita el recurrente, porque se les dió efecto sobre una situación no regulada por ellas, y de la misma manera se violaron por no aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 5º del Decreto 1848 de 1969.

En lo que se refiere a la presunción de legalidad del acto administrativo, mientras no sea anulado, que trae como argumento el sentenciador, para aceptar la validez del contrato de trabajo, ha de observarse que esa presunción no impide al juzgador del caso particular analizar la procedencia y efectos de un contrato y determinar su validez ante la ley o su falta de aplicación en un caso dado. Es perfectamente legal el que en la sentencia judicial se determine si el contrato que se presentó con la demanda podía tener efecto frente a las normas que rigen la entidad que intervino en la celebración, y frente a las normas legales que determinan la naturaleza de una relación laboral con entidades oficiales.

Por la violación de las normas legales anotadas, prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia acusada en cuanto ella contenga disposiciones que se apoyan en el contrato de trabajo.

Consideraciones de instancia.

"El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 dice:

"*Artículo 5º Empleados públicos y trabajadores oficiales.*

"Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

El artículo 5º del Decreto 1050 de 1968, dice:

"Artículo 5º De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

"a) Personería jurídica;
"b) Autonomía administrativa, y
"c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

El artículo 1º del Acuerdo número 27 de 19 de mayo de 1971, del Concejo de Cúcuta, dice:

"...Artículo 1º La Central de Transportes - Estación Cúcuta será una entidad autónoma, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio (aportado directamente por el Municipio), y por las rentas que la Central de Transportes produzca".

El artículo 2º del mismo acuerdo se encabeza así:

"...Artículo 2º La Central de Transportes - Estación Cúcuta será un organismo técnico, autocosteable, regido con criterio de eficacia administrativa, cuyos objetivos principales son los siguientes...".

El artículo 12 del mismo acuerdo dice:

"Los empleados y funcionarios de la Central de Transportes tienen carácter de empleados públicos y son de libre nombramiento y remoción de la Junta o del Gerente, según el sueldo devengado".

El artículo 3º de los estatutos dice:

"El establecimiento público autónomo a que se refieren estos estatutos, para todos los efectos legales se denominará *Central de Transportes - Estación Cúcuta*. Este nombre, condensado en la sigla CETRANSCUCUTA, será válido para designarlo en todos los documentos públicos y privados".

De todo lo anterior se desprende que los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos, a menos que presten servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas, o que desempeñen sus funciones en actividades que hayan sido señaladas en los estatutos como susceptibles de ser dempeñadas mediante contrato de trabajo.

Según el Acuerdo 27 y los estatutos la Central de Transportes - Estación Cúcuta es un establecimiento público, pues reúne los elementos de que trata el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968.

Los servicios prestados por el demandante Guillermo de Jesús Vivares, no se referían a la construcción de obras públicas ni al sostenimiento de ellas, ni los estatutos de la entidad, cuya copia aparece a folios 37 y siguientes del primer cuaderno, señalan actividades que pueden ser desempeñadas por medio de contratos de trabajo, fuera de que el acuerdo citado declara expresamente que los empleados y funcionarios de la Central son empleados públicos.

La frase final del numeral 4º del artículo 6º del Acuerdo 27 de 1971, del Concejo de Cúcuta, que autoriza a la Junta Directiva de la Central de Transportes - Estación Cúcuta para "contratar servicios personales para su mejor funcionamiento", no puede referirse a facultad para que los empleos permanentes de la Central se desempeñen mediante contratos de trabajo, porque ello sería contradictorio con la misma norma citada y con el artículo 12 del Acuerdo, que determina la calidad de empleados públicos de todos los servidores de la Central. No cabe otra conclusión que la de referir esa facultad de contratar servicios personales a la de celebrar convenios con personas que han de prestar servicios de tal naturaleza, fuera de los empleos permanentes que crea la misma Junta Directiva según la autorización 4ª.

El contrato de trabajo que aparece a folio 2 del primer cuaderno, no puede modificar la calificación jurídica proveniente de la misma ley, del acuerdo que organizó la entidad, ni es válida autorización alguna de la Junta Directiva para celebrar tal contrato, porque ella es contraria a la ley y al acuerdo citado.

La relación de trabajo entre las partes no fue regida por un contrato de trabajo sino que era una situación legal y reglamentaria, lo que hace que la entidad demandada deba ser absuelta de los cargos formulados en la demanda indicada, en cuanto ellos lo fueron con apoyo en un contrato de trabajo que no existió.

La prosperidad del primer cargo hace innecesario el estudio del segundo, pues ya se obtuvo lo que con éste se buscaba.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el juicio seguido por Guillermo de Jesús Vivares Montes contra la Central de Transportes - Estación Cúcuta y el Municipio de Cúcuta, en cuanto por los numerales segundo, cuarto, quinto y sexto de su parte resolutiva, confirmó la condena de indemnización por despido, contra la recurrente, impuso a la misma la obligación de pagar indemnización por mora, confirmó la declaratoria de no estar probadas la excepciones y la de imponer costas de primera instancia a la parte demandada, y obrando como Tribunal de instancia, REVOCA los ordinales a) y c) del numeral primero y los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva de la sentencia de trece de julio de mil

novecientos setenta y cuatro, dictada en el mismo juicio por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar, ABSUELVE a la Central de Transportes - Estación Cúcuta de las peticiones sobre indemnización por despido e indemnización por mora y de las costas de primera instancia, y declara probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, por falta de contrato de trabajo. NO LA CASA EN LO DEMÁS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



TRABAJADORES COLOMBIANOS Y EXTRANJEROS

El inciso 2º del artículo 74 del C. S. del T., exige que existan en la empresa o establecimiento trabajadores nacionales y extranjeros y que unos y otros desempeñen iguales funciones, para que los primeros tengan derecho a remuneración y condiciones iguales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio once de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 23.—Radicación número 4623.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar).

Contra la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., persona jurídica domiciliada en Bogotá y representada por el señor Arthur M. Sachs, como gerente, o por Hernando Pardo Sánchez, quien hace sus veces en esta ciudad, instauró demanda, por conducto de apoderado, el señor Jorge Reyes Arenas, con el fin de que mediante los trámites propios del juicio ordinario laboral y por medio de sentencia definitiva, se hicieran en su favor las declaraciones y condenas que precisó así dicho apoderado:

"1ª Que se reconozca y declare que entre la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en Bogotá, D. E., y el señor Jorge Reyes Arenas existió un contrato laboral escrito entre el 15 de febrero de 1966 y el 4 de junio de 1971, con un sueldo mensual de $ 24.382.25 moneda legal, como director de Marketing de la empresa, cargo que pasó a ocupar en el mes de junio de 1969, fecha en que reemplazó al señor Roberto Bahamonde González, quien lo venía desempeñando, o con la asignación que resulte probada en juicio, para todos los efectos a que se contrae la presente acción laboral ordinaria propuesta".

"2ª Que se condene a la Cía. Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en Bogotá, D. E., a pagar al señor Jorge Reyes Arenas, dentro del término que ese despacho señale, desde el mes de junio de 1969 hasta el día 4 de junio de 1971, la cantidad mensual que resulte probada en juicio, por concepto de la diferencia salarial dejada de pagar oportunamente por la empresa demandada al actor, constituida o deducida de lo realmente pagado al señor Roberto Bahamonde González en el último mes promedio, a quien reemplazó mi poderdante, y lo pagado realmente a éste en el mismo lapso, y en aplicación del artículo 143 del C. S. del T., concordante con el 74 ibídem".

"3ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en Bogotá, D. E., a pagar al mismo demandante, dentro del término que se señale, el valor correspondiente a las vacaciones causadas y correspondientes a los períodos 1969-1970 y 1970-1971, liquidadas sobre un salario promedio mensual de $ 24.382.25, o lo que resulte probado en juicio, deducido lo que ya pagó por el mismo concepto, pero liquidadas con un salario inferior al que realmente le correspondía, conforme a la ley".

"4ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en Bogotá, D. E., a pagar al mismo demandante, dentro del término que se señale, el valor de las primas semestrales de servicio, legales y extralegales, causadas en el segundo semestre de 1969, los dos semestres de 1970 y los cinco meses, 4 días de 1971, liquidadas sobre un salario mensual promedio de $ 24.382.25 o lo que resulte probado en juicio, deducido lo que ya pagó por el mismo concepto, pero liquidadas con un salario inferior al que realmente le correspondía conforme a la ley".

"5ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, con domicilio en Bogotá, D. E., a pagar al mismo demandante, dentro del término que se señale, el valor de cesantía correspondiente a 1.910 días laborados, siendo el último cargo ocupado el de Director de Marketing de la empresa, liquidada sobre un salario mensual promedio de $ 24.382.25 o lo que

resulte probado en juicio, deducido lo ya pagado por el mismo concepto, pero liquidada sobre un salario inferior al que realmente le correspondía al actor conforme a la ley".

"6ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en Bogotá, a pagar al mismo demandante, dentro del término que se señale, la indemnización por la ruptura unilateral del contrato por la demandada, o sea, ciento treinta y un (131) días liquidados sobre un sueldo mensual de $ 24.382.25, $ 812.74 diarios, o lo que resulte probado en juicio, deducido lo pagado por el mismo concepto, o sea la suma de $ 65.500.00 que se liquidó sobre un sueldo inferior al que realmente le correspondía al actor conforme a la ley".

"7ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, con domicilio en Bogotá, a reconocer en las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tiene derecho el actor, un salario mensual en especie de $ 3.000.00 o lo que por este concepto señale el perito designado por su despacho, consistente en la asignación diaria y permanente, diurna y nocturna, en días laborales y en días feriados, bien para el ejercicio de sus funciones como Director de Marketing de la empresa o para su servicio personal y familiar del vehículo automotor de propiedad de la demandada, distinguido con las placas número VP-3241, con sus respectivos gastos de sostenimiento y mantenimiento por cuenta de la empresa, desde el mes de junio de 1969 hasta el 4 de junio de 1971, y que no se tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones".

"8ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, con domicilio en Bogotá, a reconocer para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tiene derecho el actor, un salario mensual en especie igual a la doceava parte de la prima pagada a la compañía de seguros respectiva por el seguro de vida, accidentes de trabajo, incapacidad, doble indemnización y gastos de entierro, de carácter extralegal por parte de la empresa demandada, o por lo que por este concepto señale el perito que designe su despacho, y que no se tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales e indemnizaciones".

"9ª Que se condene a la misma Compañía Fleischmann Colombiana, con domicilio en Bogotá, a reconocer y pagar al señor Jorge Reyes Arenas, y a título de indemnización, por el no pago al empleado de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidos por la empresa demandada al actor, en el momento de la terminación de la relación obrero-patronal, liquidados conforme a la ley, una suma igual al último salario diario-promedio que realmente le correspondía percibir, esto es, con inclusión del salario en especie y del salario reajustado por razón de la aplicación del artículo 143 del C. S. del T., en concordancia con el 74 ibídem, por cada día transcurrido desde el 5 de junio de 1971, hasta la fecha en que la empresa demandada pague las sumas de dinero a que tenía derecho el actor en el momento de ser liquidado definitivamente por la empresa y durante la prestación de sus servicios".

"10. Que se condene a la empresa demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen, y se fijen por ese Juzgado, dentro del presente juicio".

Las peticiones anteriores fueron fundamentadas en los siguientes hechos:

"1º El señor Jorge Reyes Arenas entró a prestar sus servicios a la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en Bogotá, D. E., el día 15 de febrero de 1966, en el cargo de Gerente de Ventas de Rancho, con un sueldo mensual de $ 8.000.00, según contrato escrito de trabajo celebrado el día 15 de abril del mismo año, y que se acompaña a este libelo".

"2º En el mes de junio de 1969 mi poderdante fue encargado del cargo de Director Marketing de la empresa demandada, ante la ausencia temporal del titular del cargo, señor Roberto Bahamonde González, cubano nacionalizado en los Estados Unidos de América, y quien devengaba un sueldo mensual promedio de $ 21.382.25 mensuales, según los documentos que se acompañan a esta demanda".

"3º Mi poderdante estuvo desempeñando el precitado cargo de Director de Marketing de la empresa demandada, desde junio hasta el mes de octubre de 1969, fecha en que fue nombrado y confirmado en forma definitiva en el cargo que desempeñaba por encargo, ante el retiro definitivo de don Roberto Bahamonde González, sin que en este lapso se le reconociera y pagara el sueldo mensual que percibió hasta el momento de su retiro la persona a quien reemplazó el actor".

"4º El señor Roberto Bahamonde González, quien ocupó el cargo de Director Marketing en la compañía demandada, devengó un salario mensual promedio de $ 21.382.25, según los documentos que se acompañan a esta demanda, sobre el cual se le liquidaron sus prestaciones sociales. Sin embargo, el señor Jorge Reyes Arenas, al ocupar y reemplazar en el cargo de Director Marketing de la empresa demandada al señor

Bahamonde González, con las mismas funciones y atribuciones, se le señaló un salario muy inferior al que percibió el anterior jefe a quien reemplazó, señor Bahamonde González, con evidente violación de la ley. Y ese salario inferior lo percibió desde su ascenso al cargo de Director de Marketing, hasta el día de su retiro definitivo de la empresa''.

''5º Mi poderdante laboró al servicio de la empresa demandada, en el cargo de Director de Marketing, desde el mes de junio de 1969, hasta el 4 de junio de 1971, fecha en que fue terminado unilateralmente por la empresa, pagando las indemnizaciones previstas en la ley, pero liquidadas éstas y las prestaciones sociales sobre un salario de $ 15.000.00 mensuales, y sin tener en cuenta los salarios en especie, ni el sueldo que realmente le correspondía percibir en relación con el devengado por su antecesor, Roberto Bahamonde González''.

''6º El actor tenía para su servicio particular, desde el mes de junio de 1969, en que entró a desempeñar el cargo de Director de Marketing en la empresa demandada, en forma permanente y diaria, diurna y nocturna, en día laboral o feriado, bien para el ejercicio de sus funciones de directivo o para su servicio personal y familiar, con gastos de mantenimiento y sostenimiento del vehículo por parte de la demandada, el vehículo de propiedad de ésta, distinguido con las placas número VP-3241, lo que constituye salario en especie y complemento de la retribución laboral que la compañía daba a su empleado, que para los efectos de prestaciones sociales e indemnizaciones no se tuvo en cuenta''.

''7º Así mismo, la empresa demandada tomó en la Compañía de Seguros Colombia, de esta ciudad, un seguro que amparaba los riesgos de muerte, accidentes de trabajo, incapacidad, doble indemnización y gastos de entierro, por un valor cercano a los $ 550.000.00, en favor de mi representado, Jorge Reyes Arenas, y cuya prima anual era pagada a la Compañía de Seguros mencionada por la empresa demandada. Este seguro, por ser de carácter extralegal, constituía salario en especie y complemento de la retribución laboral que la demandada daba a su empleado, y sin embargo, no se tuvo en cuenta para los efectos de prestaciones sociales e indemnizaciones''.

''8º Las prestaciones sociales, tales como cesantía, vacaciones, primas de servicio, etc., e indemnizaciones pagadas por la demandada al actor, fueron liquidadas sin tener en cuenta los reajustes de salario por concepto de retribución en especie y de la aplicación de los artículos 74 y 143 del C. S. del T.''.

''9º El señor Jorge Reyes Arenas, al aceptar la liquidación unilateral que le presentó la empresa demandada, por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, dejó expresa constancia de que lo que se le pagaba lo recibía a buena cuenta, por estar inconforme con ella, y que se reservaba cualquier acción posterior, y del mismo modo, dejó constancia de que para la fecha de su despido se encontraba en incapacidad laboral fijada por el respectivo médico de la empresa''.

''10. El señor Jorge Reyes Arenas fue distinguido y ascendido dentro del servicio al cual estaba ligado por contrato de trabajo, por sus excelentes condiciones de ejecutivo de la firma, durante todo su ejercicio laboral, de lo cual dan cuenta las propias publicaciones de la empresa, que para efectos de esta acción se acompañan''.

Como disposiciones ''que se violaron y en las cuales se fundamenta esta acción'' se citaron en el libelo los artículos 22, 23, 24, 27, 29, 32, 33, 37, 38, 39, 45, 49, 54, 55, 57, 59, 61, 64, 65, 66, 74, 127, 129, 130, 133, 134, 136, 139, 141, 142, 143, 144, 186, 187, 189, 190, 192, 249, 253, 306 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo, ''concordante con los artículos 7º y 8º del Decreto legislativo (sic) número 2351 de 1965 y demás disposiciones aplicables''.

Al contestar la demanda, el apoderado de la empresa manifestó que los hechos de aquélla no eran ciertos en la forma como estaban relatados; propuso las excepciones perentorias de pago total, inexistencia de la obligación, carencia de causa, cobro de lo no debido y las demás que resultaran probadas en el juicio; solicitó que se declararan probadas y que se absolviera de todos los cargos a la sociedad demandada y se condenara en costas al demandante.

El juicio fue tramitado por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, que pronunció sentencia de primera instancia el 21 de marzo de 1973, en la cual dispuso:

''Primero. *Condenar* a la sociedad 'Compañía Fleischmann Colombiana, Inc.', con domicilio en Bogotá y Palmira, a pagar al señor Jorge Reyes Arenas, de las condiciones civiles anotadas en autos, las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

''a) Por concepto de diferencias salariales, la suma de doscientos cinco mil novecientos veinticuatro pesos con veintiséis centavos moneda corriente ($ 205.924.26)'';

''b) Por concepto de reajuste de vacaciones legales y extralegales la suma de nueve mil ocho-

cientos cincuenta y cinco pesos con sesenta y cinco centavos ($ 9.855.65) moneda corriente";

"c) Por reajuste de primas de servicio, la suma de quince mil seiscientos noventa y ocho pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 15.698.84) moneda corriente";

"d) Por reajuste definitivo de cesantía, la cantidad de cuarenta y cinco mil doscientos doce pesos con cuarenta y un centavos ($ 45.212.41) moneda corriente";

"e) Por reajuste de la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo, la cantidad de treinta y dos mil ciento dos pesos con treinta y nueve centavos ($ 32.102.39) moneda corriente";

"f) La suma de setecientos cincuenta y dos pesos con sesenta y nueve centavos ($ 752.69) diarios, a partir del día cinco (5) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971), y hasta cuando se verifique el pago de las anteriores condenas".

"Segundo. *Declárase no probadas* las excepciones propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda".

"Tercero. Declárase *legalmente probada* la excepción de *pago parcial* en relación con las peticiones de vacaciones, primas de servicio, cesantía e indemnización, por la ruptura unilateral del contrato, de conformidad con la parte motiva de este fallo".

"Cuarto. *Condenar en costas* a la parte demandada. Tásense".

De la sentencia anterior apeló el apoderado de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la alzada, la revocó en todas sus partes en fallo de 9 de noviembre de 1973, para absolver a la sociedad de todas y cada una de las súplicas de la demanda (numeral 1º); condenó en las costas de la primera instancia al demandante (numeral 2º) y no las impuso en la segunda instancia (numeral 3º).

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del actor, que le fue concedido por aquella corporación y está admitido por la Corte.

El recurso.

Aspira el impugnador a que la Corte case en su totalidad la sentencia recurrida, y convertida en Tribunal de instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primer grado de fecha 21 de marzo de 1973, y con invocación de la causal primera de casación laboral formula cinco cargos, tres por la vía directa y dos por la indirecta, que procede a estudiar la Sala junto con la réplica del opositor.

Primer cargo.

Lo enuncia así el impugnador:

"Violó la sentencia recurrida por interpretación errónea, el ordinal 2º del artículo 74 del C. S. del T., lo que produjo la indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 64 (artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, ordinal 4º, literal c), 65 (ordinal 1º), 127, 128, 129, 138 (ordinal 1º), 186 (ordinal 1º), 189 (ordinal 2º), 192 (ordinal 1º, artículo 8º del Decreto 617 de 1964), 193, 249, 253 (artículos 17 del Decreto 2351 de 1965) y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 27 del Código Civil".

En la sustentación del primer cargo, el recurrente luego de transcribir el numeral 2 del artículo 74 del C. S. T., manifiesta que como fácilmente puede deducirse de la norma y así se reiteró por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y se aceptó por la Sala de Casación Laboral, posteriormente, el precepto indicado "tiene la finalidad de establecer la necesaria igualdad entre el trabajador colombiano y el trabajador extranjero, cuando desempeñan al servicio de la misma empresa idéntica función o labor, previniendo así las irritantes desigualdades salariales establecidas por muchas empresas, especialmente extranjeras, en detrimento del trabajador nacional, exigiéndose los siguientes presupuestos de hecho: a) Que en una misma empresa haya trabajadores nacionales y extranjeros; b) Que tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros, lo sean de carácter permanente, es decir, que la relación del trabajador o trabajadores extranjeros con la empresa no sea transitoria, ocasional o accidental; c) Que unos y otros desempeñen unas mismas funciones; d) Que los trabajadores nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a los extranjeros, tal como se dijo en sentencia de junio 6 de 1958 (G. J., tomo LXXXVIII, números 2198 a 2201, páginas 315 y siguientes).

Manifiesta que en el caso de autos no obstante que el Tribunal está de acuerdo con el *a quo*, en que se dan todos y cada uno de los presupuestos fácticos, considera que la regla de la proporcionalidad y de la igualdad salarial, "debe referirse a aquellos casos en que el trabajador extranjero ha sido contratado en atención a su calidad de tal o el empleador lo ha buscado por tener dicha condición en la creencia de mayor experiencia y conocimientos", careciendo de

aplicación "cuando para la contratación del trabajador ha sido indiferente a la empresa su nacionalidad", o sea que agrega a los presupuestos de hecho consagrados en la norma y en la jurisprudencia, uno más: y es el que antes se dejó expuesto.

Incurre con ello el *ad quem*, dice el casacionista, en una violación del precepto, por mala o errónea interpretación que no se compagina con el principio general de derecho expresamente consagrado en el artículo 27 del C. C., según el cual "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

En efecto, agrega que la Corte ha dicho que "la hermenéutica legal no permite al juez establecer limitaciones a un principio que la ley formula de un modo general, comprensivo de todos los objetos de un mismo orden. Cualquiera limitación de parte del juez es arbitraria" (casación 29 de febrero de 1912, tomo XXI, página 19).

Considera el recurrente, que el planteamiento del Tribunal es tanto más errado si se tiene en cuenta que al exigir este presupuesto de hecho no previsto expresamente por el inciso 2º del artículo 74 C. S. T., implícitamente lleva al desconocimiento de la intención del legislador, ya expuesta, que no es otra que proteger al trabajador nacional que desempeña en una misma empresa o establecimiento una idéntica o igual función que la que ejecuta un trabajador extranjero, "puesto que deja al arbitrio del empleador que aplique la proporcionalidad y la igualdad salarial, según lo considere conveniente, oportuno o favorable a sus intereses, bastándole para eludir el mandato legal, que no es otra cosa que el desarrollo de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, con dejar constancia en el contrato escrito de trabajo que celebra con el trabajador extranjero a su servicio y dependencia que no lo ha celebrado en atención a su calidad de extranjero y, por tanto, a sus mayores conocimientos y experiencia".

Continúa diciendo, que este absurdo jurídico, que permitiría eludir el cumplimiento de la ley laboral, no puede ser consagrado en manera alguna por los jueces, porque no solamente es inequitativo e injusto, sino contrario a la Constitución y a la ley que desarrolla sus principios fundamentales y que solamente tiene en cuenta la igualdad en las funciones que desempeñan los trabajadores nacionales y extranjeros en una misma empresa, para ordenar que se les dé a aquéllos el mismo tratamiento salarial.

Termina el cargo el recurrente manifestando que estando aprobado y aceptado por los jueces de instancia que Reyes Arenas desempeñó iguales funciones que el extranjero Bahamonde González, pero el primero con una remuneración menor que la de éste, el *ad quem* ha debido aplicar en toda su extensión el inciso 2º del artículo 74 del C. S. del T. y condenar como lo hizo el *a quo* al pago de las diferencias salariales entre junio de 1969 y el 4 del mismo mes de 1971, con las consecuencias de reajuste respecto a las vacaciones legales y extralegales, primas, cesantía, indemnizaciones por despido injusto y moratoria.

El opositor manifiesta que no es cierto que el Tribunal haya agregado un quinto requisito a los cuatro que, según el recurrente estableció la Sala en sentencia de junio 6 de 1958, y que lo cierto es que, haciendo una adecuada coordinación de aquéllos, el sentenciador consideró que para que haya inequidad en la remuneración inferior señalada a los trabajadores nacionales que desempeñan las mismas funciones que los extranjeros, es necesario que al asignar a éstos un salario superior, se haya hecho en atención a su calidad de extranjeros y en la creencia de que tienen mayor experiencia y conocimientos. Agrega que por otra parte ninguno de los requisitos establecidos en la sentencia de junio 6 de 1958, se cumple en este caso, por la sencilla razón de que en la compañía "solamente hay un cargo, singular y no colectivo, de Director de Marketing, lo cual descarta totalmente la posibilidad de que en el desempeño de ese cargo haya simultáneamente trabajadores nacionales y extranjeros; que unos y otros sean trabajadores permanentes y no transitorios, ocasionales o accidentales; que aquéllos y éstos desempeñen las mismas funciones y que los nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a las de los extranjeros".

Se considera.

El inciso 2º del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que:

"Los trabajadores nacionales que desempeñan iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales".

Este precepto es de carácter general, y no se refiere a enganches especiales, o sea a aquéllos en que busca la empresa o establecimiento conseguir a un trabajador extranjero, en virtud de que tenga superiores conocimientos a uno nacional o mayor experiencia que éste.

Lo que exige la norma, es que existan en la empresa o establecimiento trabajadores nacionales y extranjeros y que unos y otros desempeñen

iguales funciones, para que los primeros tengan derecho a remuneración y condiciones iguales.

Esta interpretación del numeral 2 del artículo 74 del C. S. T., ha sido expuesta por la Corte en distintas sentencias, entre las que se pueden citar las dictadas en los juicios de Eduardo Peñalosa M. contra Geophysical Service Incorporated, de 8 de febrero de 1969 (G. J., tomo CXXIX, páginas 337 a 343), Adelfo Enciso Lozano contra Helicópteros Nacionales de Colombia, Limitada, "HELICOL", de 6 de febrero de 1970 (G. J., tomo CXXXIII, páginas 286 a 294), Luis F. Contreras Ch. contra Empresa Colombiana de Petróleos, de junio 13 de 1970 (G. J., tomo CXXXIV, páginas 621 a 627), y Pascual Alonso Fernández Acosta contra la Compañía Frutera de Sevilla (G. J., tomo CXXXVIII, páginas 792 a 806).

No obstante lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá entendió de otra manera la norma comentada y dijo, que "siguiendo el criterio de la honorable Corte", no es forzoso referir siempre el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo al 143 del mismo estatuto, por cuanto al ser la finalidad del primero la de asegurar a los trabajadores nacionales y extranjeros iguales condiciones de salario por el solo hecho del desempeño de las mismas funciones dentro de una determinada empresa, este entendimiento no es de rigidez en su aplicación para cada caso en que un trabajador colombiano desempeña iguales funciones que un extranjero en el mismo cargo por el solo hecho de ser de distinta nacionalidad éste, no; considera esta Sala que la regla de la proporcionalidad así como de la igualdad, debe referirse a aquellos casos en que el trabajador extranjero ha sido contratado en atención a su calidad de tal o el empleador lo ha buscado por tener dicha condición en la creencia de mayor experiencia y conocimientos, norma que carece de aplicación cuando para la contratación del trabajador ha sido indiferente a la empresa su nacionalidad, circunstancia que se presenta en este evento ya que de lo expresado en el dictamen en donde se tomó nota de que el señor Roberto Bahamonde González "hizo solicitud de admisión para prestar sus servicios a la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., suministrando su identidad personal, experiencia en ventas y publicidad sin que se anotaran mayores informaciones", como dice el dictamen, y a quien luego de habérsele sometido a período de pruebas se le ratificó en el cargo de gerente de ventas y no de Director de Marketing, que ha sido el que ha servido al demandante para impetrar su nivelación de salario; como puede apreciarse de estas circunstancias personales, el aspecto de la nacionalidad no fue cuestión principal en la vinculación laboral del trabajador Roberto Bahamonde González. No se trató de un enganche especial, caso éste en que, a juicio del Tribunal, "sí habría lugar a la aplicación del artículo 74 del C. S. T.".

Es cierto que no siempre es forzoso referir el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo al 143 de la misma obra, como lo tiene establecido la jurisprudencia, pero ello no autorizaba al Tribunal para distorsionar lo que el propio artículo 74, numeral 2, ordena, y lo que al respecto ha dicho la Corte.

Al exigir una condición no contenida en la norma para la aplicación del artículo 74 C. S. T., el ad quem *perdió de vista su recto sentido y la interpretó erróneamente, por lo cual este aspecto de la censura aparece fundado.*

Mas como la sentencia se apoya también, en que en el pleito no se demostró que el extranjero Bahamonde y el colombiano Reyes, simultáneamente desempeñaran iguales funciones, deberá estudiarse el cargo tercero en que se afirma que por un error evidente de hecho no se dio por probado estándolo, que en determinado lapso los dos trabajadores, en forma coetánea, sí desempeñaron las mismas funciones.

Tercer cargo.

Según el recurrente, "la sentencia recurrida violó, indirectamente, el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, y las normas contenidas en los artículos 64 (artículo 8º del Decreto extraordinario 2351 de 1965, ordinal 4º, literal c), 65, ordinal 1º, 127, 129, 138, ordinal 1º, 186, ordinal 1º, 189, ordinal 2º, 193, 249 y 305 del C. S. del T.; por violación medio de los artículos 51, 60 y 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, en relación con los artículos 1º, 9º, 10, 13, 14, 16, 18, 57, ordinal 4º, 128, 192, ordinal 1º (artículo 8º del Decreto 617 de 1943), y 253, ordinal 1º (artículo 17 del Decreto 2351 de 1965) del C. S. del T., en concordancia con los artículos 1546, 1603 y 1613 del Código Civil, a consecuencia de evidente error de hecho en que incurrió la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al dejar de apreciar las pruebas que más adelante singularizaré y que la condujeron a no dar por demostrado la concurrencia de dos trabajadores (uno extranjero y otro nacional) en la misma empresa demandada con salario distinto, no obstante que los servicios fueron idénticos en cuanto a cargo, jornada y condiciones de eficiencia".

Las pruebas no apreciadas por el Tribunal las enuncia así el recurrente:

a) Los documentos que obran a folios 28, 29, 30 y 31 del cuaderno principal, que contienen la liquidación de prestaciones sociales del trabajador extranjero Roberto Bahamonde González por el tiempo servido a la empresa entre el 1º de abril de 1962 y el 31 de agosto de 1969, siendo el último cargo el de Director de Marketing y la constancia de recibo de la suma de dinero correspondiente a dichas prestaciones sociales y salarios;

b) El documento que obra a folio 147 del expediente, que contiene la certificación expedida por el jefe de personal, tomada de los archivos de la empresa, en donde se hace constar que el señor Bahamonde González, con cédula de extranjería número 21505 de Cali, trabajó en la compañía desde el 1º de abril de 1962 hasta el 31 de agosto de 1969;

c) El documento que obra al folio 159 del cuaderno principal que contiene la tarjeta de control de empleados correspondiente a Roberto Bahamonde G., Gerente de Marketing, también tomada de los archivos de la empresa, en donde aparece que el mencionado trabajador entró el 1º de abril de 1962, con un sueldo mensual de $ 5.000.00 y se retiró el 31 de agosto de 1969, por "renuncia";

d) El documento que obra a folios 169, 170 y 171 del cuaderno principal, tomado del archivo de la empresa demandada por el perito y acompañado a su dictamen, que contiene la liquidación de prestaciones sociales y pago de salarios de Bahamonde por el tiempo servido en la empresa entre el 1º de abril de 1962 y el 31 de agosto de 1969, siendo el cargo ocupado el de Director de Marketing;

e) El dictamen pericial rendido el día 3 de octubre de 1972, presentado en el Juzgado comisionado el 4 del mismo mes y año, por el señor Camilo Domínguez Ramírez, que obra a folios 85 a 94 del cuaderno principal y que concretamente en su página 5ª dictamina que conforme a la tarjeta de control de empleados correspondiente a Roberto Bahamonde González, éste se retiró por "renuncia fechada en agosto 31 de 1969";

f) El documento que obra al folio 11, que contiene el contrato de trabajo celebrado entre Theodore Raymond Parker, quien obra como apoderado general de la compañía, domiciliada en Palmira, Valle, y el señor Jorge Reyes Arenas, y

g) El documento que obra al folio 117 del cuaderno principal, tomado del archivo de la empresa por el perito y acompañado a su dictamen que contiene el memorando CMD-317/9 de 8 de octubre de 1969, dirigido y suscrito por el señor Theodore Raymond Parker, apoderado general de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., a los jefes de oficina, relacionado con Marketing (mercadeo) que textualmente transcribe.

En la demostración del cargo, expresa el casacionista que el error de hecho en que incurrió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, consistió en que por la no apreciación de todas y cada una de las pruebas singularizadas que obran dentro del expediente, la Sala Laboral no dio por probada la concurrencia, simultaneidad o costaneidad de Bahamonde y Reyes Arenas en el cargo de Director de Marketing, durante los meses de junio, julio y agosto de 1969 en jornada y condiciones de eficiencia sino mayores en cuanto hace referencia al demandante, o por lo menos iguales, para darle aplicación al artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, con las subsiguientes consecuencias de igualdad salarial y de liquidación de sus vacaciones, primas, demás prestaciones sociales, indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo e indemnización moratoria.

Para llegar a esta conclusión, manifiesta el recurrente que basta con el análisis de las pruebas que dice se dejaron de apreciar por el *ad quem*, ya que de ellas se deducen las siguientes premisas:

"1ª Conforme a los documentos que obran a folios 28, 29, 30, 31, 147, 159, 169, 170, 171 y al dictamen pericial que obra a folios 85 a 94, inclusive, del cuaderno principal (página 5ª del dictamen), aparece que el señor Bahamonde González laboró al servicio de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., con domicilio en la ciudad de Palmira, Valle del Cauca, desde el 1º de abril de 1962 hasta el 31 de agosto de 1969, siendo el último cargo desempeñado el de Director de Marketing (Director de Mercadeo), al que fue promovido el 15 de abril de 1966 (documentos de folio 89, dictamen pericial y 159, tarjeta de control de empleados); que su último sueldo mensual promedio fue de $ 21.362.25 (liquidaciones de prestaciones sociales que obran a folios 28, 29, 30, 31, 169, 170 y 171 del cuaderno principal), y que todas las prestaciones sociales se le liquidaron sobre dicho sueldo mensual promedio (documentos de folios 28, 29, 30, 31, 169, 170 y 171, y dictamen pericial a folios 85 a 94 del cuaderno principal)".

"2ª Que antes de ser ascendido al cargo de Director de Marketing desempeñó el cargo de Gerente de Ventas, con el cual ingresó a la em-

presa demandada (documento que obra al folio 159 del expediente y dictamen pericial que obra a folios 85 a 94 del expediente principal)''.

''3ª Que el señor Jorge Reyes Arenas entró a prestar sus servicios a la empresa demandada en el cargo de Gerente de Ventas, el día 15 de febrero de 1966, en virtud del contrato de trabajo celebrado entre mi poderdante y el señor Theodore R. Parker, apoderado general de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., el día 15 de abril de 1966 (folio 11 del expediente principal)''.

''4ª Que el señor Jorge Reyes Arenas desempeñó en la empresa demandada el cargo de Gerente de Ventas, hasta el mes de junio de 1969, cuando fue designado para ocupar el cargo de Director de Marketing, por el señor Theodore R. Parker, apoderado general de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., cargo en el cual fue confirmado posteriormente, *como expresamente se hace constar por el mismo apoderado general de la empresa demandada, Theodore R. Parker,* en memorando interno de fecha 8 de octubre de 1969, dirigido a los jefes de oficina, y que obra al folio 117 del expediente principal en fotocopia tomada de los archivos de la demandada por el señor perito Camilo Domínguez R. y acompañado como parte integrante de su dictamen que obra a folios 85 a 94 del expediente, refiriéndose a él en la parte final de la segunda hoja del experticio (folio 86 del expediente), cuando dice:... Para diciembre 1º de 1969 se opera un nuevo aumento en su sueldo mensual colocándolo en doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda corriente, con 'observación' cambio de posición y mérito, trasladándolo al cargo de Director de Marketing anexo copia xerox del memorando dirigo (sic) a jefes de oficina por el señor Theodore R. Parker''.

''Hago especial hincapié en este documento que obra al folio 117 del cuaderno principal y que he transcrito en su totalidad al singularizar las pruebas no apreciadas por el Juez de segunda instancia, al cual se refiere el perito, pero al cual no se le podía dar valor o mejor valorar o analizar pues ello correspondía al juzgador y no al colaborador de la justicia, porque ella analizada y valorada en conjunto con las restantes, tampoco se analizaron y con las que tuvieron en cuenta que demostraron la igualdad del cargo o puesto, en jornada y condiciones de eficiencia iguales, no pueden llevar a otra conclusión de que sí se demostró que se dieron todos y cada uno de los presupuestos de la norma consagrada en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo e igualmente requeridos por la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema, para que se procediera, en consecuencia, a decretar la condena por nivelación salarial, y el consiguiente reajuste de prestaciones sociales e indemnizaciones conforme a las disposiciones invocadas como quebrantadas''.

''5ª Que el sueldo devengado por el señor Jorge Reyes Arenas, durante el lapso en que desempeñó el cargo de director de Marketing en la empresa demandada fue de $ 10.350.00, mensuales de junio de 1969 a 30 de noviembre del mismo año; de $ 12.000.00 mensuales del 1º de diciembre de 1969 a julio 21 de 1970 y, finalmente, de $ 15.000.00 mensuales del 1º de agosto de 1970 al día de su despido el 4 de junio de 1971 (documentos de folios 116, 136, 137, 138 y 139 del cuaderno principal, concordantes con el experticio que corre a folios 85 a 94 del mismo expediente, folios 2 y 3 del dictamen)''.

''Y si a todo ello agregamos las probanzas sí tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia y por el Juez *a quo, sobre las cuales no existe controversia, pues se dan por establecidos los hechos,* de que tanto el trabajador extranjero como el nacional desempeñaron en la misma empresa el puesto o cargo de director de Marketing, en jornada y condiciones de eficiencia, si no mayores en cuanto hace relación a la labor de mi poderdante Jorge Reyes Arenas, por lo menos iguales, como lo reconoce expresamente la sentencia recurrida y el memorando a que nos referimos anteriormente suscrito por el señor Theodore R. Parker, apoderado general (Gerente) de la Compañía, cuando dice en dicho documento que '...ustedes todos han probado su adhesión con los récords nuevos desde junio, y, ahora, 'él y yo esperamos nuevos récords en cada mes' y, por último, existió una diferencia salarial de $ 6.382.25 entre uno y otro, no se puede llegar a otra conclusión diferente a la siguiente'':

''Estando plenamente establecido que dos trabajadores, uno nacional y otro extranjero, desempeñaron entre el mes de junio y el mes de septiembre de 1969, en forma simultánea, coetánea o de coexistencia, el puesto de director de Marketing, en jornada de trabajo y condiciones de eficiencia si no mayores en cuanto hace al récords de ventas de Jorge Reyes Arenas, por lo menos iguales, pero disfrutaron de salarios diferentes, siendo inferior el sueldo del trabajador nacional. En consecuencia, debía y debe dársele aplicación al artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo y, procedía y procede la condena de nivelación salarial desde el 1º de junio de 1969 hasta el 4 de junio de 1971 e igualmente las condenas de reajuste de vacaciones, de

primas de servicio, legales y extralegales, de cesantía e indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, conforme al salario que realmente correspondía devengar al actor''.

En seguida, el casacionista hace un cuadro demostrativo del trabajo y de las condiciones del mismo de los dos empleados y solicita que se case en su totalidad la sentencia recurrida por haber demostrado que ''existió la simultaneidad en el ejercicio del puesto o cargo de Director de Marketing, por parte de los señores Reyes Arenas y Bahamonde González, y que, en consecuencia, procedía la confirmación de las condenas hechas por el Juez *a quo* en la sentencia de primera instancia''.

El opositor replica el cargo manifestando que en la empresa empleadora el cargo de Director de Marketing es único y singular y no plural ni colectivo y que desde junio de 1969 hasta 31 de agosto del mismo año, los señores Roberto Bahamonde y Jorge Reyes eran, respecto al cargo que se ha mencionado, trabajadores no permanentes sino transitorios, ocasionales o accidentales, el primero porque ''había hecho o estaba haciendo entrega del cargo y el segundo porque había sido provisionalmente encargado del Departamento respectivo y su nombramiento para Director de Marketing estaba subordinado a la confirmación oficial de New York, que era imprescindible por tratarse de una sociedad extranjera con negocios permanentes en Colombia y que solamente llegó el 1º de diciembre de 1969, tres meses después de la renuncia del señor Roberto Bahamonde''. Las conclusiones anteriores tienen su fundamento, según el opositor en la carta que obra al folio 117.

Por las razones anteriores considera el apoderado de la compañía demandada, que no existió la ''simultaneidad, coexistencia o coetaneidad que pretende el recurrente''.

Se considera.

El opositor sostiene que los señores Roberto Bahamonde González y Jorge Reyes Arenas no desempeñaron simultáneamente el cargo de Director de Marketing, pues ambos desde junio de 1969 hasta el 31 de agosto del mismo año, tenían el carácter de trabajadores no permanentes sino transitorios, ocasionales o accidentales, el primero por estar entregando el cargo y el segundo por haber sido encargado del Departamento respectivo.

La tesis anterior no puede aceptarla la Corte, pues, según la ley, el trabajo ocasional, accidental o transitorio ''es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono'' (artículo 6º C. S. del T.) y en el presente caso no se dio ninguno de estos requisitos.

Por lo demás, en el juicio no se probó que Bahamonde estuviera haciendo entrega del cargo y por el contrario, con los documentos de folios 147 y 159 se comprueba que solo hasta el 31 de agosto de 1969 presentó renuncia del cargo, de lo cual no se colige que con anterioridad y desde junio de 1969 estuviera haciendo la precitada entrega sin que mediara la renuncia correspondiente.

Lo anterior lo corrobora la carta del folio 117 en la que el Gerente de la Compañía, al dirigirse a los jefes de oficina les recuerda que desde junio en que viajó, Reyes fue encargado del Departamento y les dice que ''ahora'' con la salida de don Roberto quiere confirmar *''una vez más''* (subraya la Sala), ese nombramiento, mientras se recibe la confirmación oficial de Nueva York.

Además, los documentos citados por el recurrente confirman que el trabajador extranjero trabajó simultáneamente con Reyes, ambos con el cargo de Directores de Mercadeo al menos durante los meses de julio y agosto de 1969.

La circunstancia de que el cargo fuera singular y no colectivo, no determina que físicamente fuera imposible que los dos trabajadores tuvieran unas mismas funciones, lo más que podría argüirse es que había duplicidad en su ejercicio.

También y con los documentos de folios 28, 29 y 30 se comprueba que a Bahamonde se le pagaron salarios hasta el 31 de agosto de 1969 y prestaciones como la cesantía y la prima de servicio hasta esa fecha, como Director de Marketing.

El material improbatorio que se ha analizado, demuestra, sin lugar a dudas, la simultaneidad en el ejercicio de las funciones correspondientes al cargo de Director de Marketing, por parte de Bahamonde González y de Reyes Arenas, por lo cual el Tribunal al no estimar tales medios instructivos, violando así el artículo 60 del C. de P. L., cometió el error evidente que le imputa el recurrente e infringiendo el artículo 143 del C. S. del T.

Los dos soportes del fallo han sido destruidos por el recurrente y, en consecuencia, prosperan los ataques primero y tercero.

Como los cargos segundo y cuarto persiguen el mismo fin, es decir, el quebrantamiento de la sentencia del Tribunal que negó el derecho del recurrente a percibir igual remuneración que el trabajador extranjero, no es necesario entrar a estudiarlos. Se analizará, en cambio, el cargo quinto por aplicación indebida del artículo 128 del C. S. T.

Quinto cargo.

Lo enuncia así el recurrente:

"Violó la sentencia recurrida directamente, por aplicación indebida, la norma consagrada en el artículo 128 del C. S. del T., en relación con los artículos 57, ordinal 4º, 64 (artículo 8º, ordinales 1º, 2º, 3º y 4º —literal c)— del Decreto 2361 de 1965), 65, ordinal 1º, 127, 129, 134, 166, ordinal 1º, 192, ordinal 1º (artículo 8º del Decreto 817 de 1954), 193, ordinal 1º, 149, 253 (artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, ordinal 1º) y 306 del C. S. del T.".

En la sustentación del cargo manifiesta el recurrente:

"Expresa el honorable Tribunal en la sentencia recurrida que para que tenga la virtualidad de salario en especie lo que se dé al trabajador, debe serlo con carácter retributivo como contraprestación de los servicios personales prestados, retribución que puede ser principal o accesoria, pero en todo caso con contenido remunerativo, no constituyendo salario —conforme al artículo 128 del C. S. T.— lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX".

"Concluyendo, en consecuencia, que el uso o destinación del vehículo automotor, con las especificaciones dadas en la demanda y los respectivos gastos de funcionamiento y mantenimiento, para el servicio del cargo o puesto de Director de Marketing, así como el pago de una prima para cubrir riesgos o prestaciones sociales, encaja dentro de las circunstancias del artículo 128 del C. S. T., es decir, que no constituyen salario por tratarse, de un lado, del suministro de un medio de transporte para que el empleado desempeñara a cabalidad sus funciones y, de otro, del pago de una prima a una compañía de seguros para cubrir posibles prestaciones sociales".

"Sobre el particular debo manifestar que no era del caso aplicar la norma contenida en el artículo 128 del C. S. T., por las siguientes razones:

"a) *La destinación de un vehículo automotor.* En el caso *sub lite* no se estaba ni está en presencia de la destinación de un vehículo automotor al Gerente de Marketing, para cumplir a cabalidad las funciones de tal *y exclusivamente para ello,* sino que, por el contrario, y como se afirmó en la demanda y no fue rechazado ni desvirtuado por la empresa dentro del término probatorio, al trabajador o empleado se le dotó de dicho vehículo no solo para que cumpliera a cabalidad sus funciones de Director de Marketing, sino para que lo tuviera en forma permanente a su servicio para sus necesidades y actividades particulares también, necesidades y actividades que podía realizar dentro de la jornada de trabajo o fuera de ella, incluso los días domingos y feriados".

"En tales condiciones, no habiendo rechazado la empresa tal afirmación hecha en la demanda por el actor, ni probado dentro de la oportunidad procesal que el vehículo le fue destinado *exclusivamente* para que el empleado pudiera cumplir a cabalidad sus funciones, estando acreditada la destinación y utilización del vehículo por el actor, como se deduce del experticio y de los documentos acompañados a la demanda que obran a folios 19, 20 y 21 de los cuales se desprende la entrega del vehículo y de sus correspondientes llaves a la terminación de la relación laboral, es necesario llegar a la conclusión de que no era aplicable el artículo 128 del C. S. T., en razón de que el vehículo no se le destinó al actor *exclusivamente* para el mejor desempeño del cargo, sino que bien podía aquél destinarlo para sus actividades y necesidades particulares no solo dentro de la jornada normal de trabajo, sino también por fuera de ella".

"En consecuencia, considero que se hizo operar o se dio aplicación indebida a la norma contenida en el artículo 128 del C. S. T., en cuanto a este aspecto, no siendo del caso hacerlo y en contra de lo dispuesto en los artículos 127 y 129 del mismo estatuto que establecen lo que constituye salario; no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador *en dinero* o *en especie* y que implique retribución de servicios, *sea cualquiera la forma o denominación que se adopte,* porque no se podría afirmar que el vehículo se le destinó al empleado por liberalidad, ya que ello no está probado en juicio, sino precisamente como retribución de servicios y no en forma ocasional sino permanente".

"Debe, pues, concluirse que sí hubo salario en especie constituido por la destinación de un vehículo para el servicio del empleado por fuera de sus actividades normales, es decir, para sus necesidades y actividades personales, que debe tenerse en cuenta para integrar el salario base para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones debidas al demandante, ya que de otra parte, como lo ha expresado la honorable Corte Suprema, no es taxativa la enumeración

de formas de salario en especie (alimentación, habitación o vestuario) que se hace en el artículo 129 del C. S. T., sino simplemente enunciativa, como también lo es la que hace el artículo 128, *ibídem*''.

''b) *El pago del valor de una prima por la demandada a una compañía aseguradora para cubrir prestaciones sociales extralegales.* Tampoco se está en el caso *sub lite* en presencia de la situación fáctica prevista en la norma consagrada en el artículo 128 del C. S. T., o sea, la inclusión de lo pagado por concepto de las prestaciones sociales patronales establecidas en los Títulos VIII y IX del C. S. T., como factor salarial base para la liquidación de las mismas y de indemnizaciones, como parece darlo a entender el honorable Tribunal en la sentencia recurrida''.

''Lo que sucede, es que estando el trabajador afiliado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (documento del folio 105 del expediente), cotizando para él como se comprueba con planillas o nóminas de pago visibles a los folios 124 a 139, inclusive, siendo, por tanto, de cargo de dicho establecimiento público tales riesgos y prestaciones, la empresa demandada lo aseguró por una suma cercana a los $ 500.000.00, en la Compañía de Seguros Colombia (folio 14 del expediente) y como es de lógica, pagó como contraprestación por la asunción de dichos riesgos, una prima o suma de dinero constitutiva de salario en especie por implicar *una retribución de servicios no ocasional, sino permanente*''.

''En tales condiciones, no habiendo la demandada rechazado tal afirmación hecha en la demanda por el actor, ni probado dentro de la oportunidad procesal que se trató de una liberalidad ocasional de la empresa o de que se trató de una contratación para hacer frente a prestaciones sociales legales y, estando probado que eran prestaciones extralegales, es necesario llegar a la indubitable conclusión de que lo pagado por tal concepto (prima de seguros extras), implica una forma de retribución de servicios de un ejecutivo y por consiguiente, parte integrante del salario para todos los efectos legales y que, en consecuencia, hubo una aplicación indebida del artículo 128 del C. S. del T., en relación con los artículos 127 y 129 *ib.* y demás normas invocadas en este cargo''.

''Debe, pues, casarse en su totalidad y también por este otro aspecto, la sentencia recurrida''.

El opositor al referirse a esta acusación transcribe lo que sobre el particular y en relación con el uso del automóvil dice el perito y expresa que si el recurrente usó el vehículo como elemento de recreación para menesteres personales y familiares, cometió un abuso, pero en ningún caso tal uso hizo que cambiara su destinación y lo convirtiera en suplemento salarial en especie''.

Sobre el pago de primas por pólizas de seguro que cubren prestaciones sociales, repite el opositor los argumentos del Tribunal para afirmar que tal pago no constituye salario por no tener contenido retributivo.

Se considera.

La aplicación indebida de la ley sustancial por la vía directa, consiste en aplicar determinado precepto a casos no regulados por él o en dejar de aplicarlo a aquellos que sí lo reclaman, con prescindencia de toda cuestión de hecho.

En este ataque considera el recurrente respecto a la destinación de un vehículo automotor, para uso de Reyes Arenas, que la empresa se lo suministró no exclusivamente para cumplir adecuadamente sus funciones, sino como lo expresó en la demanda, para que lo tuviera en forma permanente a su servicio ''para sus necesidades y actividades particulares también, las que podía realizar dentro de la jornada de trabajo o fuera de ella, incluso los días domingos y feriados''.

Para fundamentar la anterior afirmación el recurrente cita el dictamen pericial y los documentos acompañados con la demanda.

Como claramente se observa, el impugnador se coloca entonces dentro de una situación probatoria y dentro de su análisis es como explica la violación por aplicación indebida del artículo 128 del C. S. del T.

Por otra parte, y en lo atinente al pago de las primas de varios riesgos que para Reyes aseguró la compañía demandada, manifiesta que conforme al documento del folio 105 del expediente, Reyes estaba afiliado al ICSS., cotizando, como se comprueba con planillas o nóminas de pago, visibles a los folios 124 a 139, siendo por parte del seguro ''tales riesgos y prestaciones'' lo que indica que la prima correspondiente a los seguros que para el demandante tomó, como se dijo la Compañía, es salario en especie, sin que pudiera aplicarse como lo hizo el Tribunal al artículo 128 del C. S. T., sobre ''pagos que no constituyen salario''.

También en este aspecto el recurrente lo que plantea es una situación fáctica determinante de la violación del artículo 128 del C. S. del T., pues quiere que se aprecie como elemento del salario, uno que no lo fue.

El cargo, así formulado, es incompatible con el concepto de aplicación indebida de la ley sustancial por la vía directa y, por tanto, se rechaza.

Consideraciones de instancia.

El fallo de segundo grado, quedó sin soportes jurídicos, ya que al prosperar los ataques primero y tercero que contra aquél se hicieron, se encontró que de acuerdo a los artículos 74, numeral 2º y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, no se justificaba la diferencia salarial que existió entre el trabajador extranjero Roberto Bahamonde González y el nacional Jorge Reyes Arenas, que en determinado momento —el último día de junio de 1969 y los meses de julio y agosto del mismo año— desempeñaron iguales funciones, las correspondientes a Director de Marketing. También se encontró demostrado que la jornada y las condiciones de eficiencia del señor Reyes fueron al menos iguales a las de Bahamonde hasta cuando éste renunció el 31 de julio y continuó el demandante como único Director de Mercadeo, hasta el 4 de junio de 1971 en que fue despedido sin justa causa por la Compañía.

Lo anterior implica para la Corte, que se convierta en Tribunal *ad quem* y proceda a estudiar el recurso de apelación que contra la sentencia de primera instancia interpuso el apoderado de la Compañía demandada.

Para el Juzgado es claro el derecho de Reyes a devengar igual salario al que se pagaba a Bahamonde, pero por el hecho de que el primero reemplazó al segundo en las funciones de Director de Marketing, y al reemplazarlo lo hizo en el mismo cargo y en condiciones de jornada y eficiencia también iguales. Según el *a quo* el elemento simultaneidad en el desempeño de las funciones ajenas al cargo no es requisito indispensable para la configuración del derecho ni de acuerdo con el artículo 74 del C. S. del T., ni con base en el 143 de la misma obra.

La consideración del inferior es errónea, pues la ley en ninguna parte establece que por el solo hecho de reemplazar a un trabajador, quien lo sustituya debe devengar el sueldo de aquél, cuando es superior aunque desempeñe el cargo en condiciones de eficiencia y jornada iguales.

Precisamente en este caso prosperó el recurso por cuanto se demostró que Reyes había desempeñado las funciones de Director de Marketing simultáneamente y en las mismas condiciones de jornada y eficiencia, con Bahamonde, por lo menos el último día de junio de 1969 y en los meses de julio y agosto del mismo año, ya que el segundo dejó de prestar servicios a la Compañía el 31 de agosto, por renuncia del cargo.

Por estas especiales circunstancias, Reyes tiene derecho a que se le pague por la Fleischmann Colombiana, Inc., el mismo salario que reconocía ésta a Bahamonde.

Respecto a la remuneración devengada por el extranjero encontró el Juzgado que Bahamonde percibía un salario de $ 21.382.25, pero tal apreciación también es equivocada, por cuanto la cantidad anterior es el promedio del último año de servicio en que la Compañía tomó el sueldo y le agregó un salario extra mensual fijo que pagaba a Bahamonde y, además, viáticos que devengó y el total lo dividió por 12, para así obtener la cantidad citada.

Con fundamento en dicha cantidad la Compañía liquidó y pagó a Bahamonde sus prestaciones sociales (folios 28, 30 y 31).

No advirtió, sin embargo, el Juzgado, que, precisamente en los meses de junio, julio y agosto de 1969, el señor Bahamonde no devengó viáticos y entonces su salario solamente fue de $ 18.478.33 descompuesto así: "$ 13.478.33, salarios col." y "$ 5.000.00 salarios extra".

Por otra parte se observa que los salarios devengados por Reyes Arenas fueron los siguientes: desde el 1º de julio de 1968 hasta el 30 de noviembre de 1969, $ 10.350.00; de 1º de diciembre de 1969 a 31 de julio de 1970, $ 12.000.00 y de 1º de agosto de 1970 hasta la terminación de su contrato (4 de junio de 1971), $ 15.000.00 (folio 133).

Como el demandante tenía derecho a devengar el mismo sueldo de Bahamonde y éste era, cuando simultáneamente desempeñó las mismas funciones de aquél de $ 18.478.33, la diferencia es la que debe pagarse a Reyes, teniendo en cuenta los distintos salarios que devengó del último día de junio de 1969 al 4 de junio de 1971, y que fueron inferiores a los de Bahamonde.

Entre el primer período de cinco meses, comprendido entre el 30 de junio y el 30 de noviembre de 1969, la diferencia de salarios, teniendo en cuenta lo que la Compañía pagó a los dos trabajadores fue de $ 8.128.33 mensuales y el total de $ 40.641.65.

En el segundo período, la diferencia es de $ 6.478.33 mensual, que en ocho meses comprendidos entre el 1º de diciembre de 1969 y el 31 de julio de 1970, arroja un total a favor del demandante de $ 51.826.64.

Finalmente, en el tercer período la citada diferencia es de $ 3.478.33 mensuales, lo cual en diez meses y cuatro días, comprendidos entre el 1º de agosto de 1970 y el 4 de junio de 1971, da un resultado a favor del demandante de $ 35.247.06.

Teniendo en cuenta las operaciones aritméticas anteriores, el señor Jorge Reyes Arenas tiene derecho por diferencia respecto al salario que ha debido devengar en relación con lo que la

Compañía pagaba a Bahamonde, la suma de $ 127.715.35. Como la sentencia apelada condena por este concepto a la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., a pagar al demandante la cantidad de $ 205.924.26, será modificada al respecto.

El reajuste de salarios a que tiene derecho Reyes Arenas incide necesariamente en la liquidación de las demás prestaciones que le hizo la Compañía, lo mismo que en lo referente a vacaciones y en la de las indemnizaciones correspondientes, estudiando en primer término si a ellas tiene derecho.

Para efectuar las operaciones correspondientes se tendrá en cuenta un salario de $ 18.478.33 y no como lo hizo el Juzgado, el de $ 22.580.75 mensuales, por cuanto ni el señor Bahamonde devengó este sueldo, ni Reyes demostró que la Compañía le pagara salario en especie.

Sobre este último debe recordarse que el cargo concreto que se hizo contra la sentencia de segunda instancia para quebrantarla, mediante la demostración de que el mantenimiento de un automotor que se dio a Reyes y el pago de primas por seguro extralegal evaluadas en el peritazgo, constituían esta clase de salario, no prosperó (cargo quinto).

Reajuste de vacaciones.

Con los documentos de los folios 12 y 121 se demuestra que a la terminación del contrato de trabajo, la empresa adeudaba a su trabajador Jorge Reyes Arenas, dos períodos de vacaciones y que para compensarlas en dinero, se tomó como base el último salario devengado por el demandante, o sea $ 15.000 00.

Pero como se ha visto que el salario de Reyes ha debido ser igual al que pagaba la Fleischmann Colombiana, Inc., al señor Bahamonde González, aquélla estaba obligada a pagar al demandante Reyes, por concepto de compensación en dinero de vacaciones, un sueldo por los dos períodos que le adeudaba, es decir, la suma de $ 18.473.33.

Se condenará, en consecuencia, a la empresa a pagarle a Reyes la diferencia, o sea la suma de $ 3.478.33.

En cuanto a vacaciones extralegales, ningún documento acredita que fuera obligatorio su pago. Además, el inferior comete error al afirmar que a folio 121 aparece como pagada a Reyes por concepto de vacaciones no legales, la suma de $ 4.500.00. Tal cantidad figura es en el documento de folio 122, pero la dicha suma es la correspondiente a 9 días de vacaciones no disfrutadas por Reyes en los períodos comprendidos entre febrero de 1967 y el mismo mes de 1969. De acuerdo con lo dicho se modificará el fallo de primer grado.

Reajuste de primas de servicio.

A folios 12 y 122 de los autos aparece que la Compañía pagó al demandante $ 6.539.75 por prima de servicios correspondiente a 154 días del primer semestre de 1971 y se dejó constancia de que las primas anteriores estaban canceladas en su totalidad.

En el documento de folio 121 aparece que la Compañía pagó a Reyes por concepto de esta prestación, en el 2º semestre de 1970, la cantidad de $ 7.250.00. Lo cancelado en el primer semestre del mismo año, figura en el anexo del peritazgo (folio 138), y es la cantidad de $ 6.376.15. Finalmente, por prima del segundo semestre de 1969, se le canceló la suma de $ 5.175.00 moneda corriente.

En resumen, por las primas de servicio del segundo semestre de 1969, de los dos períodos de 1970 y del primer semestre de 1971, pagó la Compañía a Reyes la cantidad de $ 25.340.90, cuando, según el salario que debía reconocerle —$ 18.478.36 mensual— las primas que ha debido pagarle ascendían a $ 33.876.93. Existe, pues, a favor del demandante, por reajuste de esta prestación la suma de $ 8.536.03 y no de $ 15.698.84, como lo decidió el *a quo,* por lo cual se modificará también lo resuelto por éste en la sentencia que se revisa.

Reajuste de cesantía. De conformidad con el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, el auxilio de cesantía se liquida teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador, salvo que haya tenido variaciones en los últimos tres meses, caso en el cual se toma el promedio del último año de servicio, sin perjuicio de las reglas dadas para liquidar la cesantía cuando el salario es variable. También debe tenerse en cuenta que la norma citada se proyecta hacia atrás, pero solo hasta el 1º de enero de 1963, por cuanto los períodos anteriores se liquidan con base en las leyes vigentes antes de la expedición del Decreto 2351 de 1965.

En el caso de autos, no se presentan problemas de la índole mencionada, puesto que el salario con el cual debe liquidarse el auxilio de cesantía del demandante, no es variable, sino fijo, y el ingreso de Reyes Arenas se produjo el 15 de febrero de 1966 (folio 13).

El tiempo de servicio del demandante, según aparece del documento citado, fue de 5 años, 3 meses y 20 días y el auxilio de cesantía ha debido liquidársele con un sueldo de $ 18.478.33 y no

con el de $ 15.000.00. En consecuencia, deberá reajustarse esta prestación en la suma de $ 22.943.19 y no en la cantidad decretada por el *a quo*, por lo cual deberá modificarse esta parte del fallo recurrido.

Reajuste de la indemnización por despido sin justa causa. A folio 23 del expediente se encuentra el original de la carta pasada por el señor Arthur M. Sachs, en nombre de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., a Jorge Reyes Arenas, en la cual se le comunica que la empresa, a partir de junio 4 de 1971, decide dar por terminado el contrato de trabajo que con él tenía celebrado, también se le informa que le será pagada la indemización a que hubiere lugar por el rompimiento del contrato, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Esta carta que obró en el juicio sin que hubiera sido tachada o redargüida de falsa, constituye la prueba del rompimiento del contrato sin justa causa, por parte de la Compañía demandada.

Al folio 122 se encuentra la liquidación de prestaciones hecha por la Compañía a Reyes Arenas y en ella aparece un pago por indemnización correspondiente a 131 días "a razón del último salario devengado", por un total de $ 65.500.00.

Teniendo en cuenta el numeral 4º, literal c) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, por el despido que le hizo la empresa, sí le corresponden a Reyes 131 días de salario como indemnización por despido injusto. Pero la dicha indemnización ha debido liquidarse con base en un sueldo de $ 18.478.33, que era el que tenía derecho a devengar y no con el de $ 15.000.00 que le pagaba la Compañía.

Lo anterior implica que la indemnización por despido sin justa causa, es la cantidad de $ 80.678.14 y como solamente la empresa pagó por tal concepto al demandante la suma de $ 65.500.00, será condenada a pagarle la diferencia, o sea la cantidad de $ 15.178.14. En este sentido, se modificará el literal e) del punto primero del fallo de primer grado, que por el concepto indicado condenó a la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., a pagar a Reyes la suma de $ 32.102.39.

Indemnización moratoria. En la sentencia de primera instancia se condena a la empresa demandada a pagar al señor Reyes Arenas "la suma de setecientos cincuenta y dos pesos con sesenta y nueve centavos ($ 752.69) diarios, a partir del 5 de junio de mil novecientos setenta y uno (1971) y hasta cuando se verifique el pago de las anteriores condenas" [punto primero, ordinal f) de la sentencia].

El Juzgado para hacer esta condena dice que la "honorable Corte Suprema de Justicia sostiene que el pago que debe efectuar el patrono a la terminación del contrato de trabajo, ha de abarcar todas y cada una de las prestaciones sociales y si una o varias de ellas no son pagadas, incurre el patrono en la sanción consagrada en el artículo 65 del C. S. del T.".

Para hacer esta afirmación la sentencia transcribe parte de un fallo de 25 de agosto de 1954 y de otro cuya fecha no cita.

Los apartes de las sentencias transcritas por el Juzgado no afirman lo que expresa el *a quo* que ha dicho la Corte.

Por el contrario, en aquéllas se habla de renuencia en el patrono de pagar las "acreencias" de su trabajador, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, renuencia que debe examinarse en cada caso para saber si es injustificada y analizar la defensa que asuma el demandado, para dejar de pagar las dichas acreencias o cancelarlas en un monto inferior al real.

El *a quo* no examina la defensa de la Compañía Fleischmann Colombiana, Inc., sino que automáticamente impone la sanción moratoria diciendo que la suma que pagó la empresa no puede considerarse "como justificada en presencia de la que realmente ha debido cancelar y que asciende a $ 501.569.50", por lo cual condena a la indemnización.

Y, precisamente esto no lo acepta la Sala, que en numerosas sentencias ha dicho que la indemnización moratoria no resulta de la condena que por prestaciones y salarios se haga en un juicio, sino de la falta de razones atendibles que haya tenido el patrono, a la terminación del contrato para dejar de pagar unas y otros o hacerlo en menor cantidad de la adeudada.

El Juez de instancia no examina este punto, y como, se repite, la condena por indemnización moratoria indefinida, fue automática, no puede sostenerse en esa forma.

Encuentra, sin embargo, la Sala, que conforme al dictamen pericial y el documento de folio 122, las prestaciones sociales, indemnizaciones y salarios de Reyes Arenas fueron pagadas por la Compañía el 14 de junio de 1971 y no el 17 como lo expresa el demandante, es decir, 10 días después de haber sido despedido. La demora en el pago no fue justificada y, por tanto, se condenará a la empresa a que le pague la indemnización por dicho lapso.

Como el salario a que tenía derecho Reyes era, como se ha visto, $ 18.478.33 mensuales, el valor de los diez días es la cantidad de $ 6.159.40 ($ 615.94 diarios).

En esta forma se modificará lo resuelto por el inferior en el ordinal f) del punto primero de la sentencia apelada.

Los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia serán confirmados.

No habrá costas en la segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto absolvió a la sociedad denominada "Compañía Fleischmann Colombiana, Inc.", con domicilio en Bogotá, de todas y cada una de las súplicas de la demanda que le instauró el señor Jorge Reyes Arenas, y condenó en costas de la primera instancia al demandante y obrando como Tribunal de instancia modifica el numeral primero de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de marzo de 1973, el cual quedará así:

Primero. Condénase a la sociedad "Compañía Fleischmann Colombiana, Inc.", con domicilio en Bogotá y Palmira, a pagar al señor Jorge Reyes Arenas, de las condiciones civiles anotadas de autos, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se expresa: a) Por diferencias de salarios, la suma de ciento veintisiete mil setecientos quince pesos con treinta y cinco centavos ($ 127.715.35); b) Por concepto de reajuste de vacaciones, la suma de tres mil cuatrocientos setenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 3.478.33) moneda corriente; c) Por reajuste de primas de servicio, ocho mil quinientos treinta y seis pesos con tres centavos ($ 8.536.03) moneda corriente; d) Por reajuste de su auxilio de cesantía, la cantidad de veintidós mil novecientos cuarenta y tres pesos con diez y nueve centavos ($ 22.943.19) moneda corriente; e) Por reajuste de la indemnización por despido injusto, la suma de quince mil ciento setenta y ocho pesos con catorce centavos ($ 15.178.14) moneda corriente, y f) La suma de seis mil ciento cincuenta y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 6.159.40) moneda corriente, por concepto de indemnización moratoria. *Confírmanse* los numerales *segundo, tercero y cuarto* de la misma sentencia. NO LA CASA EN LO DEMÁS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

El que la acción para reclamar la indemnización por merma de capacidad laboral, solo empiece a contarse desde el momento en que se establezca la incapacidad permanente, es correcta, pues en ese momento es cuando se hace exigible la obligación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4951. Acta número 27.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Evelio Ochoa Palacio, vecino de Medellín, identificado con cédula de ciudadanía número 4542529 de Riosucio (Caldas), demandó al Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., para que fuera condenado a pagarle indemnización por merma de capacidad laboral, proveniente de accidente de trabajo, indemnización por despido injusto, y las costas del juicio.

La demanda fue apoyada en hechos relatados así:

"*Primero.* Estuve al servicio del 'Fondo Ganadero de Antioquia, S. A.', durante el tiempo comprendido entre el 9 de marzo de 1965 y el 20 de abril de 1972, habiendo desempeñado inicialmente el cargo de vacunador y después de llevar 2 años al servicio de la sociedad citada, fui promovido al cargo de visitador de la misma y con este último puesto fui desvinculado de dicha sociedad.

"*Segundo.* Al vincularme a la empresa citada en el hecho anterior, entré en perfectas condiciones de salud; situación ésta que no se presentó cuando fui despedido tal como tendré oportunidad de relacionarlo en hechos posteriores.

"*Tercero.* Durante el tiempo en que desempeñé las funciones de vacunador se me asignaron varias zonas correspondientes á la división territorial de Antioquia, pudiendo citar con plena precisión las siguientes: La correspondiente al Municipio de San Carlos; al Municipio de Ituango; a la Dorada; al suroeste antioqueño y al Municipio de Cáceres.

"*Cuarto.* En virtud del conocimiento obtenido por mí en el manejo de ganado, fui promovido a visitador de la misma sociedad y se me asignaron las siguientes zonas: La del suroeste antioqueño; la del nordeste; la de Puerto Berrío y la de La Magdalena.

"*Quinto.* Para la fecha en que fui despedido tenía una asignación fija de $ 3.800.00 más viáticos por las visitas que realizaba a los diferentes municipios, habiendo estimado el Fondo Ganadero que el promedio de viáticos en el orden mensual susceptibles de ser contabilizados como salarios estaban constituidos en la suma de $ 1.140.00.

"*Sexto.* El día 28 de julio de 1966, cuando aún era vacunador de la sociedad, sufrí un accidente de trabajo o mejor con ocasión del trabajo. Para cumplir con mi obligación laboral como vacunador me desplacé al Municipio de Caucasia para proceder a vacunar el ganado correspondiente a dos compañías que tenía el Fondo Ganadero con las siguientes personas: Con el señor Carlos Tirado y con el señor Samuel Escobar; perteneciendo la compañía de Carlos Tirado al Municipio de Valdivia, o mejor, estando pastando el ganado en el Municipio de Valdivia y la compañía con el señor Samuel Escobar en la cual el ganado pasta en el Municipio de Cáceres (los ganados pastaban en fincas correspondientes a las circunscripciones territoriales de los municipios citados).

"*Séptimo.* Cumplida mi misión en el Municipio de Cáceres y de Valdivia, salí a la carretera a tomar el bus que venía para Medellín, o sea, la sede de mis actividades; para salir a la carretera tomé una bestia caballar de propiedad del señor Samuel Escobar, una de las personas visitadas por mí, y estando en la carretera esperando el bus o el medio de transporte para trasladarme a la ciudad de Medellín, tomé un bus de Transportes Andes y en el trayecto comprendido

entre Valdivia y Yarumal se presentó un volcamiento del vehículo en que viajaba a la altura de 'Ventanas', sufriendo la dislocación de la rodilla correspondiente a la pierna izquierda y varias fracturas en la misma extremidad.

"Fui atendido esa misma noche en el hospital del Municipio de Yarumal a donde fui trasladado en un volquete del Municipio de Valdivia y una vez fui operado; al día siguiente fui trasladado a la ciudad de Medellín en donde se me internó en la Clínica Soma, por orden del Fondo Ganadero y en este establecimiento asistencial me atendieron, entre otros, los siguientes profesionales: El doctor Hernando Uribe Marulanda, el doctor Hernando Echeverri Mejía y el doctor Ricardo Londoño. Continuó el tratamiento el doctor Hernando Uribe Marulanda.

"*Octavo*. En virtud de la gravedad de las consecuencias del accidente de trabajo sufrido por mí, el restablecimiento a la normalidad, tal como había sido mi vinculación a la empresa no se produjo de inmediato, estuve incapacitado en forma total por espacio de 18 meses y dentro de este lapso de tiempo se me practicaron 5 intervenciones quirúrgicas por cuenta del Fondo Ganadero de Antioquia, a través de los Seguros Médicos Voluntarios, cuya entidad fue contratada por el Fondo para la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos; para lo cual pagaba una prima respectiva, teniendo tanto el suscrito como los demás compañeros, facultad para ir a la Clínica Soma por cuenta de dichos seguros y fuera de Medellín ante cualquier profesional o entidad hospitalaria.

"*Noveno*. La merma de capacidad laboral y como consecuencia la indemnización a que tenía derecho se vino a configurar mucho después del accidente, dadas las intervenciones quirúrgicas de que fui objeto, el tratamiento médico sostenido en forma permanente por el doctor Hernando Uribe Marulanda, como también del hecho o circunstancia de tipo laboral consistente en que después de los 20 meses de incapacidad relacionados en Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., continuó por espacio de 4 meses, trasladándome de mi casa de habitación a las oficinas del Fondo para que les ayudara en lo que pudiera de acuerdo con mis condiciones físicas en las oficinas que el Fondo tiene en la autopista Norte, advirtiendo que en las horas de la mañana tenía que concurrir a la Clínica Soma para las prácticas de fisioterapia.

"*Décimo*. Dado que mi recuperación física y biológica no era total, se me trasladó a desempeñar el cargo de visitador por ser éste un cargo más liviano, de menor actividad física y porque el cargo de vacunador me era imposible ejecutarlo.

"*Undécimo*. Mi actividad en el 'Fondo Ganadero de Antioquia, S. A.', estuvo acomodada a la conducta laboral que se le puede exigir a cualquier trabajador; obedecí las órdenes, acaté las instrucciones que se me daban y cumplí con las misiones que se me encomendaban.

"Uno de los problemas más graves, que afrontaba la entidad, era el correspondiente 'A la Vaca Lechera', consistente en lo siguiente: El Fondo repartió en el Municipio de Antioquia, en forma especial en el oriente antioqueño, una vaca con su respectiva cría en producción de leche para aquellas personas que habitaban en las ciudades de Rionegro, Marinilla, La Ceja, San Carlos y otros pueblos más del oriente antioqueño; debiendo cada adjudicatario partir utilidades con el Fondo; siendo 35% para esta entidad y el resto para el adjudicatario. Este programa fue sumamente nocivo para el Fondo, perdió grandes cantidades de dinero y optó frente a esta situación tomar una de las siguientes alternativas: a) Vender al depositario; b) En caso de no lograrse lo anterior, proceder a la venta del ganado en la región y en el último de los casos, o sea el c), vender el ganado en la feria; siendo la última situación muy gravosa para el adjudicatario porque se le tenía que quitar el ganado para venderlo, bien en la feria de la misma población o en otra cualquiera de las ferias. Mediante mi actividad logré cumplir fielmente el programa y el ganado fue vendido en su totalidad a los depositarios, dejando más bien utilidades que pérdidas.

"*Duodécimo*. El día 11 de abril de 1972 el doctor Horacio Uribe Bolívar, en su calidad de Secretario General del Fondo Ganadero, S. A., me envió donde el doctor Bernardo Chica Molina, con el fin de ser atendido por dicho facultativo; dado que el mencionado profesional Chica Molina se encontraba en la ciudad de Manizales, fui donde el doctor Hernando Uribe Marulanda, una vez que me hubo formulado el mismo doctor Uribe Bolívar ordenó el despacho de la fórmula con cargo al Fondo Ganadero de Antioquia, S. A. (fórmula que lleva fecha 12 de abril de 1972).

"*Decimotercero*. Posteriormente el Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., me inscribió en el Seguro Social, Caja Seccional de Antioquia, habiéndose dado el aviso de entrada con posterioridad a los hechos que generaron mi accidente de trabajo y a las atenciones médicas recibidas en el Municipio de Yarumal y en la ciudad de Medellín en la Clínica Soma. La inscripción en

el I.C.S.S., se debió a que el doctor Uribe Marulanda me examinó y vio que venía padeciendo una inclinación en la columna vertebral a causa del accidente de trabajo y posiblemente el doctor Uribe Bolívar consideró que al inscribirme en los Seguros, el Fondo quedaba relevado del pago de la indemnización y demás consecuencias que sobreviniesen a raíz o como consecuencia del pluricitado accidente de trabajo.

"*Decimocuarto.* La inscripción en el Seguro tuvo como consecuencia, que el doctor Uribe Bolívar, después de 2 meses de inscrito en dicha entidad obtuviera una tarjeta de servicios provisionales y se me diera cita para el 20 de abril de 1972, pero con tan funestas consecuencias para el suscrito, que el doctor Uribe Bolívar ordenó mi destitución antes de cumplir la última cita en el ICSS, o sea la del 29 de abril de 1972, o lo que es más grave, antes de que se me atendiera en la cita del 20 de abril de 1972.

"*Decimoquinto.* El secretario de la entidad demandada, dirigió al doctor Bernardo Chica Molina, una carta o comunicado para que me practicara por parte de dicho profesional el examen médico de desvinculación y con motivo de dicho examen en abril 27 de 1972 el doctor Chica Molina dirigió al doctor Uribe Bolívar el contenido de la carta que me permito transcribir:

'Medellín, abril 27 de 1972. Doctor Horacio Uribe B. Fondo Ganadero de Antioquia. Medellín. Apreciado doctor. El siguiente es el examen para el retiro de la empresa del señor Evelio Ochoa Palacio.

Hallazgos positivos:

Sufrió accidente hace aproximadamente 5½ años. A consecuencia del cual sufrió múltiples fracturas en miembro inferior izquierdo.

Presenta varias cicatrices quirúrgicas en rodilla izquierda y en ⅓ inferior del muslo y ⅓ superior de pierna del mismo lado no hay rótula izquierda.

Presenta anquilosis de articulación de rodilla izquierda con franca limitación de los movimientos de la misma y atrofia muscular consecuencial.

También se aprecia luxación recidivente del hombro izquierdo.

Acusa hipoacusia del oído derecho para lo cual usa aparato amplificador. A examen directo se aprecia congestión de conducto auditivo externo pero no se tuvo oportunidad de comprobar hipoacusia.

El resto del examen clínico es normal.

Atentamente,

Doctor Hernando Chica Molina (firma ilegible)'.

"*Decimosexto.* Mediante carta de 4 de octubre de 1972 dirigida al señor doctor Jaime Tobón Villegas, en su calidad de Gerente del Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., y recibida por el doctor Horacio Uribe Bolívar, agoté la vía gubernativa.

"*Decimoséptimo.* Mediante comunicado de 20 de abril de 1972, distinguido con el número S-190, se me destituye con base en el Decreto 2351 de 1965, artículo 6º, en armonía con el artículo 58 del C. S. del T. Las causales aducidas por la entidad empleadora para despedirme no están ajustadas a derecho y nunca mi conducta fue violadora de tales normas.

"*Decimoctavo.* Durante el tiempo que estuve al servicio del Fondo, hubo variación en los precios fijados al ganado que se iba a dar en compañía en las diversas compañías y por ello muchas veces al ganado se le fijaba una fecha y posteriormente podía tener un avalúo más alto o más bajo de acuerdo con las fluctuaciones del precio del ganado en la feria de Medellín y del estado del mismo ganado, objeto de adjudicación. Una partida del ganado que se va a dar a utilidades, bajo el sistema empleado por el Fondo puede tener un valor determinado para la fecha del avalúo y posteriormente pueden tener un avalúo inferior, bien por una calamidad, bien por un invierno muy crudo o bien por descuido del depositario".

El apoderado de la entidad demandada admitió los hechos primero, tercero, quinto, decimoquinto y decimosexto, rechazó los restantes, propuso excepciones de prescripción, carencia de acción e inexistencia de la obligación, dolo, pago, compensación y la genérica, y solicitó que no se accediera a las pretensiones del actor y se le condenara en costas.

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia de 20 de noviembre de 1973, condenó al Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., a pagar a Evelio Ochoa P., $ 52.280.00 como indemnización por merma de capacidad laboral, $ 27.553.98 como indemnización por despido sin justa causa, y las costas del juicio. Ambas partes apelaron del proveído.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo de 11 de octubre de 1974, confirmó en todas sus partes la providencia apelada e impuso costas a "la parte vencida" (sic). Contra la sentencia del *ad quem* interpuso el apoderado del Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso.

Con apoyo en la primera causal de casación laboral, se presenta la acusación en dos cargos que se estudiarán en el orden en que fueron enunciados. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

El acusador busca que la sentencia recurrida sea casada totalmente para que la Corte proceda en función de instancia, a revocar el fallo de primer grado y en su lugar absuelva a la parte demandada de todo gravamen, o en subsidio, revoque el literal a) del ordinal 1º del citado fallo, absuelva a la sociedad de la indemnización por accidente de trabajo y reforme el ordinal 2º, reduciendo las costas allí previstas.

Primer cargo.

Afirma el recurrente:

"Por vía directa, viola por interpretación errónea el artículo 488 del C. S. T. en relación con los artículos 199, 200, 203, 204, 217, 218 y 222 *ibídem*. A consecuencia de esa infracción de medio, se violaron por aplicación indebida los artículos 199, 203, ordinal 2º; 204, ordinales 1º y 2º, literal b); 209, 210, ordinal 1º, y 218, *ibídem*".

En la demostración del cargo, el impugnador asevera que admitiendo que las lesiones hubieran ocurrido en accidente de trabajo, que ellas hubieran implicado la pérdida permanente del 56% de la capacidad laboral, y que el salario de base para la indemnización hubiera sido de $ 4.940, la desestimación de la excepción de prescripción, se funda en la equivocada inteligencia del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. El recurrente reproduce las razones expuestas tanto por el *a quo* como por el *ad quem*, en relación con la prescripción de las acciones laborales, afirma que en cuanto a la acción para reclamar la indemnización por merma de capacidad de trabajo, la prescripción se cuenta desde el momento del accidente; arguye que la definición que de accidente de trabajo traía la Ley 6ª de 1945, podría hacer pensar que la indicada acción solamente prescribía en tres años, contados desde el momento de la determinación de las lesiones o perturbaciones, pues a estos fenómenos se refería la norma respectiva, pero que desde la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, la acción para reclamar cualquier consecuencia del accidente prescribe en tres años, contados desde el día en que él ocurrió, porque la definición no se orienta por las consecuencias, sino por el hecho imprevisto y repentino. Concluye el acusador que ya el accidente no es la lesión o perturbación funcional sino el hecho imprevisto y repentino.

Considera el censor que las diversas consecuencias del accidente de trabajo deben prescribir al mismo tiempo, y estima absurdo que empiece a contarse la prescripción de la acción por merma de capacidad laboral, después del accidente y no desde la fecha de ocurrencia de él.

El atacante observa que la fijación de la incapacidad permanente puede ser revisada dentro de los tres años siguientes al accidente, por lo que considera que la fijación de la incapacidad no puede ocurrir después de ese término sino antes, porque de otra manera la acción estaría prescrita para tal época.

Finalmente el impugnador recuerda que el accidente ocurrió a fines de julio de 1966 y la reclamación el 4 de octubre de 1972, o sea, seis años después, por lo que la acción estaba prescrita, y al no declarar la excepción, el sentenciador aplicó indebidamente las otras normas señaladas en el cargo.

Se considera.

El ad quem *expresa lo siguiente:*

"La firma opositora propuso en la respuesta a la demanda la excepción de prescripción *del derecho a esa indemnización, porque el accidente alegado por el actor data de seis (6) años atrás con relación a la fecha en que la reclamó. Pero la verdad es que según los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal Laboral, el trienio para la extinción del derecho sólo comienza a correr 'desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible', excepto en los casos de prescripciones especiales expresamente fijadas. En el presente caso la ley laboral no fija un término especial de prescripción, lo que significa que se sigue la regla general".*

Por lo transcrito se ve que no hubo interpretación errónea de la norma sobre prescripción, pues se dijo que ella empezaba a contarse desde que se hiciera exigible la obligación, como lo expresa el precepto que se acusa de erróneamente interpretado. La discrepancia entre el sentenciador y el recurrente no está en la interpretación de la norma sobre prescripción, sino en la determinación del momento en que empieza a contarse la prescripción, pues mientras el ad quem *entiende que ese momento es el en que se establece la incapacidad permanente, el acusador pretende que sea el del mismo accidente.*

En la sentencia se lee:

"Ahora bien: como la incapacidad definitiva solo es determinable una vez concluido el tratamiento a que es sometido el trabajador, el lapso de la prescripción solo corre desde el día siguiente a la fecha de esa determinación, que es cuando se hace exigible el derecho a la indemnización".

El que la acción para reclamar la indemnización por merma de capacidad laboral, solo empiece a contarse desde el momento en que se establezca la incapacidad permanente, es correcta, pues en ese momento es cuando se hace exigible la obligación.

El argumento sobre la definición del accidente de trabajo, que por estar constituido por el hecho imprevisto y repentino, haga que la prescripción se cuente desde el momento de la ocurrencia de tal suceso, sin considerar que las consecuencias de ese evento pueden producirse posteriormente, porque tanto la incapacidad permanente como la muerte son generalmente posteriores al accidente, hace que la tesis sea inaceptable, porque lo mismo se podría decir del contrato de trabajo que es la fuente de obligaciones, pero que ellas no nacen sino por la ocurrencia de hechos posteriores a la celebración, por lo que no puede afirmarse que todas las acciones laborales prescriben a contar de la celebración del contrato.

Por otra parte, si la determinación de la incapacidad permanente solamente puede saberse después de que cese la atención médica, como lo indica el aparte b) del artículo 217 del Código Sustantivo del Trabajo, solamente en ese momento nace la obligación de indemnizar la merma de capacidad, y apenas desde entonces se puede contar el término prescriptivo. Con la tesis del recurrente se tendría que en caso de muerte posterior al accidente, la acción de los beneficiarios estaría prescribiendo antes de que existiera, lo mismo que la del trabajador relativa a la indemnización por merma de capacidad.

El término para pedir la revisión de la incapacidad que se haya agravado, sirve para determinar otro derecho, pero no puede modificar el nacimiento de la obligación de indemnizar, que indudablemente solo puede nacer cuando se establezca cuál es la materia indemnizable, pues de otra manera existiría una obligación exigible sin haberse precisado su entidad ni su cuantía.

La obligación del patrono de suministrar asistencia hasta por dos años, indica que la incapacidad permanente no se establece desde el accidente, sino precisamente cuando cesa la atención médica, pero no puede deducirse que a los dos años ya se ha de saber cuál es la merma de capacidad, porque a pesar de falta de obligación del patrono, la atención médica puede hacer llegar a una incapacidad permanente no determinable aún en el momento de cesar la obligación asistencial.

Por las razones indicadas, se ve que el sentenciador ni interpretó mal el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, ni aplicó indebidamente las normas sobre accidente de trabajo que señala el recurrente, por lo cual no prospera el primer ataque.

Segundo cargo.

Está presentado así:

"La sentencia viola por vía indirecta, y por aplicación indebida, los artículos 199, 203, 204, 209, 210, 207 y 218 del C. S. T., en relación con los artículos 22, 23, 127, 128, 130, 144, 145, 146 y 147 del C. S. T., 4º de la Ley 187 de 1959 y 1º del Decreto 236 de 1963, como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el honorable Tribunal por equivocada apreciación de la fórmula y el certificado del doctor Hernando Uribe (folios 4 y 5), el certificado de retiro del doctor Bernardo Chica (folio 6), la liquidación del folio 9, la demanda (folios 13 a 19) y su contestación (folios 22 a 26), el certificado del Hospital de San Juan de Dios, de Yarumal (folio 32), la historia clínica y los certificados del ICSS (folios 33 a 37 vuelto), las declaraciones del doctor Hernando Echeverri (folios 39 y vuelto), doctor Emilio Tirado (folios 52 y vuelto) y doctor Hernando Uribe (folios 53 y vuelto)y calificación de la incapacidad (folio 51) errores de hecho que fueron:

"a) Dar por probado, sin estarlo, que el accidente sufrido en 1966 por el señor Evelio Ochoa, ocurrió por causa o con ocasión del trabajo;

"b) Dar por probado sin estarlo que todas las lesiones orgánicas que se diagnosticaron al señor Ochoa en 1972, fueron consecuencia del accidente de tránsito ocurrido en 1966;

"c) Dar por probado, contra la evidencia de los hechos, que el salario que devengaba el señor Evelio Ochoa cuando sufrió el accidente de tránsito en 1966, era el mismo que en promedio devengó en el último año de sus servicios (1971-1972)".

En la demostración del cargo se afirma que las declaraciones de Carlos Emilio Tirado y Alberto Vélez Uribe no son suficientes para demostrar el accidente de trabajo; se manifiesta que es mayor error de hecho atribuirle a un accidente las secuelas que se examinan seis años después de ocurrido, y que el doctor Hernando Uribe ha-

bla de un tratamiento que se prolongó hasta el año de 1970 y que después lo siguió tratando hasta 1972; se observa que el doctor Hernando Uribe dictamina que es imposible desde el comienzo de un tratamiento decir cuanto va a durar la incapacidad, que solamente puede darse al terminar el tratamiento, y se alega que el salario que sirvió para calcular la indemnización no fue el devengado cuando ocurrió el accidente como lo exige el artículo 218 del Código Sustantivo del Trabajo; para concluir que se incurrió en la violación señalada a través de los tres errores de hecho indicados en la enunciación del ataque.

Se considera.

El sentenciador encuentra demostrada la ocurrencia del accidente de trabajo, con las declaraciones de Alberto Vélez Uribe y Carlos Emilio Tirado Vélez y con la constancia de ingreso del señor Ochoa Palacio al Hospital de Yarumal. Las dos últimas pruebas demuestran, como lo admite el recurrente, que existió el accidente de tránsito en que fue lesionado Evelio Ochoa Palacio, y la declaración de Alberto Vélez Uribe, quien desempeñaba entonces las funciones de Secretario Abogado del Fondo Ganadero de Antioquia, S. A., prueba que el accidente ocurrió con ocasión del trabajo, pues el declarante informa que el señor Evelio Ochoa Palacio regresaba de practicar visita de vacunación a unos ganados del Fondo, para rendir su informe cuando ocurrió el accidente.

El impugnador considera muy frágiles las bases para concluir que existió un accidente de trabajo, pero el error de hecho en casación no puede presentarse como una simple crítica al estudio de las pruebas, sino que ha de exhibirse evidentemente equivocado el estudio probatorio y manifiestamente errónea la conclusión sobre el aspecto fáctico. Lo anterior, prescindiendo de que la prueba testimonial no es calificada en la casación laboral, para configurar un error de hecho, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969. No aparece, por lo tanto, demostrado el primer error de hecho.

El fallador admitió como consecuencia del accidente, las lesiones que aparecen del examen médico de retiro, folio 6, y del practicado por el médico de la Seccional del Trabajo de Medellín. Lo dicho en el examen médico de retiro fue admitido expresamente al contestar la demanda, cuando se dijo que era cierto el hecho decimoquinto; y el dictamen del médico oficial fue decretado como prueba y practicado con todas las formalidades legales, inclusive el traslado a las partes, que no lo objetaron. El dictamen indica que las lesiones descritas fueron motivadas por el accidente de 1966, por lo cual está perfectamente bien apreciado cuando se encuentra el accidente como causa de las lesiones que determinan la merma de capacidad en un 56%. Luego tampoco se demostró el segundo de los errores de hecho propuestos.

La observación de que el doctor Hernando Uribe manifestó que es imposible desde el comienzo de un tratamiento decir cuánto va a durar una incapacidad y que la incapacidad definitiva solo puede darse al final del tratamiento, no desvirtúa en forma alguna la declaración del testigo, pues los hechos relatados han de tenerse como conocidos directamente y en cuanto a las expresiones anotadas por el recurrente, ha de verse que ellas se deducen de la misma ordenación legal que dispone el dictamen sobre la incapacidad permanente después de que cese la atención médica.

El fallador encontró bien tasado por el *a quo*, el valor de la indemnización por merma de capacidad laboral, pero no hizo un examen particular de los factores que sirvieron para calcular el monto de esa reparación. En la sentencia de primera instancia se lee:

"De acuerdo con la remuneración en promedio percibido mensualmente por el demandante en el mes de abril de 1972, en el cual cesó el tratamiento y que es la misma remuneración que se tomó al liquidarlo, ya que su desvinculación ocurrió el 21 de dicho mes, la indemnización por la merma en su capacidad laboral, según el dictamen del médico de la Oficina Industrial que como se anotó asciende al 56%, conforme al artículo 209 del C. S. T., equivale al valor de doce (12) meses de salario, $ 59.280.00".

No entendieron los falladores que la remuneración mensual de $ 4.940.00, afirmada en el hecho quinto de la demanda y admitida en la contestación, fuera lo devengado en el momento del accidente, por lo cual no incurrieron en el tercer error de hecho. El que se haya tomado para la liquidación, un salario que no corresponde, puede envolver en este caso una aplicación indebida directa de la norma que indica el salario que debe tomarse para el cómputo, pero no configura una violación a través de error de hecho como lo presenta el censor en este cargo. Por lo tanto, tampoco se demostró el tercer error anotado por el recurrente.

No prospera el segundo cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Evelio Ochoa Palacio contra el Fondo Ganadero de Antioquia, S. A.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



INDEMNIZACION POR DESPIDO

Tanto es año completo (en la acepción del Diccionario de la Lengua de este adjetivo), el que se cumple después del séptimo año y un día, como los que se cumplieron antes de ellos: unos y otros responden a la noción de "lleno", "cabal", "acabado" y "perfecto".—Y en la misma forma, el adjetivo adicional realiza su función de sumar o reunir cantidades homogéneas, cuando a los 300 días de los 7 años precisos de servicio, se agregan 30 días por cada año completo, anterior o posterior a esos siete.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., junio diez y siete de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 20.

(Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Reinaldo Raúl Rodríguez García, mediante apoderado, instauró demanda, repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, contra Celanese Colombiana, S. A., a fin de que fuese condenada a pagarle las sumas que en ella indica, "o lo que se demuestre", "por concepto de aumento de salarios convencionales desde el 27 de julio de 1972 al 24 de febrero de 1973", y por reajustes consecuenciales de auxilio de cesantía, prima de Navidad convencional e indemnización por despido injusto. Impetró también el pago de salarios indemnizatorios, "los intereses de las sumas adeudadas" y las costas del juicio.

Basó esta pretensión en los siguientes hechos:

"*Primero.* Mi mandante trabajó al servicio de la demandada durante diez (10) años, once (11) meses y diez y siete (17) días, desde el 7 de marzo de 1962 hasta el 24 de febrero de 1973, cuando fue despedido sin justa causa y cuando ocupaba el cargo de asistente del jefe de la sección de fibra.

"*Segundo.* Desde el 24 de junio de 1971 mi mandante devengaba un salario básico de $ 4.575.00 mensuales, salario básico que le fue aumentado el primero de julio de 1972 a la suma de $ 5.150.00 mensuales.

"*Tercero.* El 27 de julio de 1972, la empresa demandada y el sindicato industrial de trabajadores de Rayón celebraron una convención colectiva de trabajo, de la cual era adherente mi mandante, y en la cual se estableció lo siguiente: en el ordinal a) del inciso 3º de la cláusula 2ª se estableció que esta convención regiría para los asistentes de jefe de sección; en la cláusula 4ª se estableció una indemnización de perjuicios por despido injusto equivalente a 300 días de salario básico para los trabajadores que tuviesen más de uno y menos de 7 años de servicio y para los trabajadores con más de 7 años de servicio a lo anterior se le sumen (adición significa suma) 30 días de salario básico por cada año completo de servicio; en la cláusula 25, una prima de antigüedad equivalente a $ 80.00 por cada año de servicio y que se pagará durante el mes en que el trabajador cumpla aniversario de ingreso a la empresa; en la cláusula 26, una prima de vacaciones equivalente a 26½ días de salario básico; en la cláusula 27, una prima de Navidad equivalente a 30 días de salario básico; en la cláusula 32 se estableció un aumento de salarios equivalente al 12.5% del salario básico que estuviese devengando el trabajador el 18 de junio de 1972.

"*Cuarto.* La empresa demandada no le hizo a mi mandante el aumento convencional de salarios que equivale a (12.5% de $ 4.575) $ 571.88 mensuales.

"*Quinto.* El salario básico real de mi mandante, con el aumento convencional que aquí se reclama, es de $ 5.721.85 mensuales. Además, mi mandante trabajó horas extras, jornadas nocturnas, en domingos y días feriados, y recibió los pagos convencionales que constituyen salario co-

mo primas de Navidad, antigüedad y vacaciones, lo cual hace elevar su salario a un promedio de seis mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos con ocho centavos ($ 6.447.08) mensuales".

La empresa se opuso a las condenas impetradas, al contestar la demanda, negando los hechos 4º y 5º; rechazando la interpretación del demandante de la cláusula 4ª de la convención colectiva; diciendo que no le consta el 2º y, en cuanto al 1º, afirmó: "El actor laboró en la empresa desde el 7 de marzo de 1962 hasta el 24 de febrero de 1973. Su último cargo fue el de asistente del jefe de la sección de fibra y su contrato se dio por terminado con base en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pagándosele la indemnización convencional según su antigüedad, por motivos de reorganización interna". Propuso las excepciones de prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación y carencia de acción para pedir.

Tramitado legalmente el proceso, lo decidió el *a quo* con sentencia de 6 de agosto de 1974, mediante la cual proveyó:

"1º CONDENAR, como en efecto se condena a la empresa Celanese Colombiana, S. A., representada legalmente por el señor Rodolfo Eckardt Méndez y en este juicio por el doctor Carlos Daniel Abello Roca, a pagar al señor Reinaldo Raúl Rodríguez García, representado judicialmente por el doctor Gustavo Palencia Aranzález, la suma de sesenta y cinco mil doscientos setenta y ocho pesos con tres centavos ($ 65.278.03) moneda corriente, por los siguientes conceptos:

"Reajuste de salario convencional $	263.80
"Reajuste de indemnización despido injusto:	42.635.30
"Reajuste de prima de Navidad convencional	594.00
"Diferencia de cesantía	15.776.73
"Salarios caídos	6.008.20
	$ 65.278.03

"2º *Sin costas*".

Ambas partes interpusieron recurso de alzada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla lo resolvió con fallo de 17 de octubre de 1974, cuya parte resolutiva dispone:

"REFÓRMASE la sentencia apelada, la cual quedará así:

"1º CONDENAR a la empresa Celanese Colombiana, S. A., a pagar al señor Reinaldo Raúl Rodríguez García, la suma de $ 18.140.45 por los siguientes conceptos:

"Reajuste de salario convencional $	228.78
"Reajuste de prima de Navidad 1972	575.00
"Reajuste de auxilio de cesantía	11.214.17
"Salarios caídos	6.122.50
"Total $	18.140.45

"2º ABSUÉLVESE a la empresa demandada de los otros cargos formulados en la demanda.

"3º Sin costas en ambas instancias".

El apoderado del demandante recurrió en casación y admitido en debida forma el recurso, instauró la respectiva demanda, oportunamente replicada por la parte actora, con la cual pretende lo que se copia:

"Aspiro a que la honorable Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia de segunda instancia y en su lugar, como Tribunal de instancia, reforme la sentencia de primer grado, condenando a la demandada a pagarle al actor lo siguiente:

"a) $ 3.945.97 por concepto de aumento de salarios convencionales desde el 27 de julio de 1972 hasta el 24 de febrero de 1973;

"b) $ 15.288.35 como reajuste del auxilio de cesantía;

"c) $ 1.146.88 como reajuste de la prima de Navidad convencional;

"d) $ 48.517.60 como reajuste de la indemnización de perjuicios por despido injusto;

"e) $ 6.665.95 como salarios moratorios;

"f) Las costas del juicio en ambas instancias".

Con este objeto formula los cargos que se estudian en el orden de su presentación, junto con la réplica del opositor:

El primero lo plantea así:

"Acuso a la sentencia recurrida porque, a causa de evidentes errores de hecho manifiestos en los autos, violó indirectamente el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo por falta de aplicación y, como consecuencia, por indebida aplicación los artículos 467 y 249 de la misma obra y el 17 del Decreto 2351 de 1965, con relación al 253 del C. S. del T., y el 65 *ibídem*.

"Estos errores, provenientes de la equivocada apreciación de una prueba, llevaron al Tribunal a dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada pagó al actor el aumento de salarios pactado en la convención colectiva de trabajo celebrada el 27 de julio de 1972; y no dar por demostrado,

estándolo, que la demandada le adeuda al actor el mencionado aumento y como consecuencia los reajustes de auxilio de cesantía, prima de Navidad convencional y salarios moratorios mencionados en el epígrafe titulado 'Alcance de la Impugnación' ''.

Efectúa en seguida un análisis de las cláusulas 32 y 35 de la convención colectiva de trabajo, que considera equivocadamente apreciadas, a fin de fijar cuál es el que reputa correcto entendimiento de las mismas y lleva a cabo los cálculos consecuenciales sobre reajuste de salarios, prima de Navidad y auxilio de cesantía, a que debe condenarse, con base en la interpretación que da de tales cláusulas.

El opositor sostiene que ''debe anotarse que la proposición jurídica es incompleta, pues si se reclaman derechos bajo el amparo de un estatuto convencional, la norma sustantiva que ha debido citarse como violada es el artículo 475 del C. S. del T.... no siendo suficiente la referencia al 467 del mismo Código, que se limita a definir la convención colectiva, pues como en repetidas ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia de esa honorable corporación, las reglas legales que definen instituciones jurídicas no son susceptibles de ser acusadas en el ''ámbito de la casación' ''. Agrega, además, que ''en tratándose de la obligación patronal de cubrir el salario en la forma convenida, ha debido citarse también el artículo 57, ordinal 4, del Código, que consagra el mencionado deber emanado de la relación laboral a cargo del empleador''. Manifiesta, de otra parte, que la ''falta de aplicación'' del artículo 16 del C. S. del T. no está contemplado como concepto de infracción legal en el C. P. del T.

Y aun cuando juzga que ''las anteriores impropiedades serían suficientes para que se desechara el primer cargo'', lleva a cabo varias consideraciones para oponerse a los puntos de vista del recurrente respecto de las aludidas cláusulas de la convención colectiva en que funda la censura.

Para resolver la Sala considera:

El punto inicial por estudiar es el relacionado con los errores de técnica señalados por el opositor, a fin de saber si el cargo es susceptible de análisis de fondo.

En cuanto hace a la cita del artículo 457 del C. S. del T., en vez del 475, la Sala no comparte los puntos de vista de aquél, pues esa disposición no es meramente definidora o descriptiva de una institución o fenómeno jurídico, sino que determina el fin de la convención colectiva diciendo que consiste en ''fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia'', es decir, señala las consecuencias jurídicas de ella al fijar el ámbito de su aplicación. Es, por tanto, reconocedora de los derechos de los trabajadores pactados en la convención, desde el momento en que establece que fija las condiciones que regirán sus contratos de trabajo. Ellos son, en el sector privado y en la parte del oficial, la base que sustenta el derecho laboral y así, cuando la norma primeramente citada expresa que la convención colectiva fija las condiciones que regirán tales contratos, le otorga el mismo valor jurídico de éstos, como fundamento de sus derechos laborales.

En cuanto al segundo error de técnica, consistente en falta de proposición jurídica completa por no haber señalado como infringido el numeral 4º del artículo 57 del estatuto laboral, sí aparece claro, pues, al que impone al patrono la obligación de ''pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos'' y que lógicamente quebrantó el sentenciador, si el demandante tenía derecho a que se le cubriera el aumento de salario pactado en la convención colectiva dentro del entendimiento que da el impugnante a sus cláusulas 32 y 35. No aminora este yerro, el que estén citadas todas las demás disposiciones referentes a los otros derechos que reclama, pues ellos son ''reajustes'' consecuenciales al citado aumento de salarios, lo que quiere decir que su eficacia depende del éxito del cargo, en lo referente a tal aumento. Y no pudiéndose estudiar este aspecto por no haberse señalado la violación de la norma que fundamentalmente ordena el pago de la remuneración pactada, tampoco cabe hacerlo con relación a pretensiones que son su obligada consecuencia.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

El segundo, lo plantea en estos términos:

''Acuso a la sentencia recurrida porque, a causa de evidentes errores de hecho manifiestos en los autos, violó indirectamente por indebida aplicación el artículo 457 del C. S. del T., que establece el valor jurídico y obligacional de las convenciones colectivas de trabajo.

''Este error, proveniente de la equivocada apreciación de la convención colectiva de trabajo que obra en autos [literal c) de la cláusula 4ª], llevó al Tribunal a dar por demostrado, sin estarlo, que al demandante le correspondía como indemnización de perjuicios por despido injusto el equivalente a 360 días de salario básico y no dar por demostrado, estándolo, que el equivalente verdadero de esa indemnización es el de 600 días de salario básico''.

Singulariza como prueba apreciada con error la convención colectiva celebrada entre las partes, en su cláusula cuarta, literal c) y luego de transcribirla en lo pertinente efectúa su análisis, a fin de tratar de demostrar que es equivocada la interpretación que el sentenciador llevó a cabo de la misma y para ello arguye así:

"Para darle la interpretación errónea a la citada cláusula, cita el Tribunal el salvamento de voto del doctor Bolívar Portilla del Tribunal de Cali, quien dice: 'Prima facie anoto que al decir la cláusula *y de siete años y un día en adelante,* 30 días adicionales por cada año completo de servicios a la compañía, el adjetivo *completo* no se refiere, ni puede referirse, a los años anteriores al séptimo, porque ya están cumplidos, completos y dan lugar a la consolidación de los 300 días de salario básico, sino a los que se completan de ahí en adelante'.

"El diccionario de la Academia Española de la Lengua, en su 19 edición, página 332, define el adjetivo completo como 'lleno, cabal' y también como 'acabado, perfecto'. Para el caso que nos ocupa, se entiende por año completo de servicios el de 365 días o de 12 meses. En el caso de autos, son años completos de servicio los diez (10) primeros y no lo es el undécimo, porque le faltaron trece (13) días para cumplirse o completarse. ¿Por qué para el doctor Portilla y para la Sala del Tribunal no son completos los años del primero al séptimo y sí lo es el octavo, noveno y décimo? ¿Es que aquéllos tienen menos de 365 días o menos de 12 meses y los otros sí?

"Más adelante dice el Tribunal, citando al doctor Portilla, 'Tomar en cuenta los años anteriores al séptimo equivale a imponer una doble indemnización...'. La cláusula en su correcta interpretación eleva el valor de la indemnización, pero no establece una doble indemnización. Esta interpretación que pide el actor y que fue acogida por el juez de primera instancia, es cierto que puede elevar la indemnización en una proporción alta con el solo transcurso de un día en los límites establecidos por la cláusula. Por ejemplo, el trabajador que haya trabajado 7 años exactos, recibirá 300 días de salario y si trabaja 7 años y 1 día deberá recibir 510, o sea un aumento del 170%, pero esto no es característico del literal c), porque en las demás también se dan saltos similares. El trabajador con 6 meses recibe 150 días, con 6 meses y 1 día recibirá 180 días, un aumento del 120%; el trabajador con un año recibe 180 días y con un año y un día recibirá 300 días, un aumento del 165.66%, no es de extrañar que en el otro caso el salto sea de 170%. Que la indemnización sea el doble o casi el doble, no quiere decir que sea 'una doble indemnización'. Pero estos saltos no se dan solo en la indemnización convencional, también se dan en la legal (Decreto 2351/65): un trabajador con contrato indefinido y 9 años, 11 meses y 29 días, recibirá 224.94 días de salario, con 10 años recibirá 315 días de salario, un aumento del 140% con relación a éste, el aumento de la convención, que trata de mejorar las conquistas legales, no es exagerado.

"La correcta interpretación de la cláusula se deriva del adjetivo adicional ('30 días adicionales por cada año de servicio completo'), que se deriva del sustantivo 'adición', que es definido por el mismo diccionario, página 26, en su 4ª acepción como 'operación de sumar', sumar lo define (pág. 1228) como 'reunir en una sola varias cantidades homogéneas' o de la misma especie. En consecuencia, los 30 días multiplicados por el número de años completos de servicio deben sumarse a los 300 días de que habla la primera parte del literal.

"Para más precisión, valga un ejemplo: Un trabajador con siete años y un día de servicio, o siete años y un mes, o siete años y once meses de servicio, tiene siete años completos de servicio en la compañía. No se le puede aplicar únicamente la primera parte del literal c) de la cláusula 4ª, porque no está entre uno y siete años de servicio, ya que supera esta última cifra. Cae dentro del ámbito de la segunda parte del literal puesto de que tiene un tiempo de servicio 'de siete (7) años y un (1) días de servicio en adelante' y solo podremos aplicarle esta segunda parte, si a los 300 días de la primera parte le adicionamos 210 días, que es el resultado de multiplicar 30 por 7.

"La errónea interpretación de la cláusula en comento llevó al Tribunal a violar indirectamente por indebida aplicación el artículo 467 del C. S. del T.

"A mi representado, por tener 10 años completos de servicio a la demandada le corresponden 600 días de salario básico como indemnización. Si el primer cargo prospera, el salario básico que se debe tomar es el de $ 5.721.88 mensuales y la indemnización valdrá $ 114.437.60 deduciendo lo p a g a d o por este concepto que fue $ 65.920.00 el reajuste de la indemnización equivaldrá a $ 48.517.60. Si el primer cargo no prospera, se tomará el salario básico que aceptó el Tribunal de $ 5.150.00 mensuales, la indemnización valdrá $ 103.000.00 y el reajuste $ 37.000".

La demandada presenta, en primer término, la misma objeción técnica rechazada en el cargo anterior, respecto de la cita equivocada del artículo 467 del C. S. del T., y en segundo, opone

los siguientes argumentos a la tesis del impugnante:

"Sin embargo, es de especial importancia analizar el problema debatido en esta acusación, pues las posiciones jurídicas aquí controvertidas han sido ya objeto de discrepancia en litigios anteriores diferentes al *sub lite*, y solo hasta ahora se presenta la oportunidad de que se fije con autoridad el verdadero alcance de la norma convencional citada en el párrafo anterior.

"Por virtud del aparte c) de la cláusula cuarta de la convención colectiva de trabajo, cuando el contrato de trabajo termine sin justa causa comprobada, pagará al trabajador una indemnización, así:

"....

" 'Trescientos (300) días de salario básico para los que tuvieran más de un (1) año y un (1) día hasta siete (7) años. Y de siete y un (1) día en adelante, treinta (30) días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía (folio 14, cuaderno 1º)'.

"Sostiene el recurrente que año completo de servicios es el de 365 días o 12 meses, y en su sentir, al utilizar la cláusula el adjetivo 'adicional', significa que a los 300 días de salario básico hay que agregar 30 días por cada año transcurrido desde la fecha de iniciación de contrato de trabajo, siempre y cuando aquél sea completo. De ahí infiere que para el caso de autos, en el cual el actor laboró diez años completos, la indemnización asciende a 300 días de salario básico, más 30 días por cada uno de los diez años, o sea 300 días más, para un total de 600 días.

"El Tribunal no comparte ni podía compartir semejante interpretación que no se ajusta, en manera alguna, al texto y al espíritu de la estipulación convencional. Reiterando lo dicho en dos sentencias anteriores contra la misma demandada, en las cuales se debatió el mismo punto, pero no fueron recurridas en casación, entiende el *ad quem* que de conformidad a lo pactado, cuando el trabajador tuviere más de un (1) año y menos de siete (7) de servicios, la indemnización será de trescientos (300) días de salario básico, y por cada año subsiguiente al séptimo, se deberán pagar treinta (30) días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía. La voluntad de las partes no puede interpretarse en el sentido de que los primeros siete (7) años, ya indemnizados con los trescientos (300) días, vuelvan a serlo con treinta (30) días más por año completo, cuando el recto sentido de la disposición no puede ser otro distinto al de que tales treinta (30) días que se agregan a la indemnización básica, se suman por año subsiguiente al séptimo que sea completo, pero en ningún caso se liquidan para los siete primeros que ya fueron indemnizados en la forma ya expuesta.

"En el *sub júdice*, el demandante laboró diez años completos, pues la fracción final no se toma en cuenta. Por manera que tenía derecho a 300 días de salario básico por los siete primeros años laborados al servicio de la demandada, más 30 días por cada uno de los años completos octavo, noveno y décimo, para un total de 390 días, cantidad que liquidada sobre el salario básico percibido al momento de su despido, asciende a $ 66.950.00 moneda corriente, que fue la que liquidó y pagó la demandada al actor, conforme se acredita a folios 6 y 48 del informativo".

Para decidir la Sala considera:

El *ad quem* motivó de esta manera su sentencia sobre el tema a estudio:

"Reajuste de la indemnización por despido: la empresa pagó al demandante por este concepto la suma de $ 66.950.00 de acuerdo con la cláusula 4ª de la convención colectiva de trabajo y en esta forma: 300 días de salario básico por los primeros 7 años de trabajo y 30 días adicionales por los años octavo, noveno y décimo, que fueron de servicio completo (390 días de salario).

"El apoderado del extrabajador pretende que se computen 300 días de salario hasta el 7º año y luego 30 días por año, contando desde el primero de servicio, para un total de 600 días de salario, o sea 210 más de los pagados por la compañía demandada.

"Sobre la interpretación de la mencionada cláusula 4ª convencional ya esta Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades, en el sentido de que la aplicación correcta es la que ha dado la empresa. La primera de ellas en el juicio de Víctor Sánchez Mazea, fallo del cual se transcriben estos apartes: 'Por su parte el Magistrado, doctor Bolívar Portilla, al salvar su voto, anota lo siguiente que es compartido ahora por esta Sala: Prima facie anoto que al decir la cláusula *y de siete años y un día en adelante*, 30 días adicionales por cada año completo de servicios a la compañía, el adjetivo *completo* no se refiere ni puede referirse, a los años anteriores al séptimo, porque ya están cumplidos, completos y dan lugar a la consolidación de los 300 días de salario básico, sino a los que se completen de ahí en *adelante*. Esta sería una simple interpretación gramatical o de sintaxis. Tomar en cuenta los años anteriores al séptimo equivale a imponer una doble indemnización, siendo lógica la división de ésta en dos partes: una de 300 días básicos para los 7 primeros años y la adicional de 30 días para cada año completo que exceda del 7º, ya que la redacción de la frase fija un límite pa-

ra que opere la segunda, en forma de adición...' Y agregaba la sentencia citada: 'Todo el material probatorio, los antecedentes jurisprudenciales, la costumbre que al parecer ha venido prevaleciendo en el pago de las indemnizaciones por despido, los criterios de hermenéutica, de coordinación económica y equilibrio social, inducen a la Sala a llenar cualquier vacío u omisión que exista en la cláusula 4ª convencional materia de este debate judicial, en el sentido de que corresponde a los trabajadores con más de siete años y un día de servicio, que sean despedidos de Celanese Colombiana, S. A., sin causa justificada, una indemnización de 300 días de salario básico más de 30 días adicionales por cada año de servicio que se complete de allí en adelante. Es decir, que para el caso del señor Víctor Sánchez Mazea, la empresa liquidó correctamente la indemnización al pagar el equivalente a 22 años completos de servicios así: 300 días de salario por los primeros 7 años y 450 días de salario básico adicionales (30 por cada año del 8º al 22, o sea 30 por 15), para un total de 750 días de salario básico a título de indemnización'.

"Por segunda vez esta Sala se pronunció así en el juicio de Gerardo Aguilar Alcaraz contra la misma empresa: '...la segunda equivocación a juicio de la Sala, consiste en calcular el valor de la indemnización a pagar, ya que de la atenta lectura de la cláusula 4ª citada, no se infiere cosa distinta, sino que los treinta (30) días adicionales de indemnización después de los siete (7) primeros años de servicio, se suman a los siete (7) primeros, con la exigencia de que estos treinta (30) días adicionales deben ser por año completo de servicio, como textualmente dice la cláusula, es decir, que un trabajador despedido sin justa causa con siete (7) años y un día de servicio, debe recibir por concepto de indemnización, lo mismo que uno que haya sido despedido también sin justa causa, con siete (7) años y diez (10) meses de servicio. La idea de la cláusula citada es, precisamente, que después de los siete (7) años el trabajador, para gozar de la indemnización por despido injusto, en lo que se refiere a los treinta (30) días adicionales por años subsiguientes, debe haber laborado el año completo, porque en caso contrario la cláusula, en este aspecto, no tendría aplicación. Tal es la interpretación razonable de la cláusula convencional, que como toda convención es el producto de un intercambio de pareceres entre la empresa y su sindicato, que al plasmarse en el documento que lleva el título de convención, debe ser respetada y acatada por los falladores, dentro del entendimiento que hay que darle funcionalidad a lo establecido en ella e interpretar sus normas en un sentido natural y obvio'.

"Por estas razones se revocará en esta parte la sentencia recurrida".

El texto de la discutida cláusula convencional es como sigue:

"Cláusula 4ª Cuando la compañía termine unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa comprobada, pagará al trabajador una indemnización así:

"a) Ciento cincuenta (150) días de salario básico para los que hubieren terminado el período de prueba y tuvieren hasta seis (6) meses;

"b) Ciento ochenta (180) días de salario básico para los que tuvieren un tiempo de servicio de seis (6) meses y un día hasta un año, y

"c) Trescientos (300) días de salario básico para los que tuvieren más de un (1) año y un (1) día hasta siete (7) años. Y de siete (7) años y un día en adelante, treinta (30) días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía.

"El trabajador que sea despedido en aplicación a lo establecido en el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, recibirá la indemnización correspondiente según lo establecido en la tabla anterior.

"....."

Esta cláusula presenta, pues, las siguientes hipótesis:

1ª La del literal a), que gradúa la indemnización respecto de los trabajadores que "hubieren terminado el período de prueba y tuvieren hasta seis (6) meses".

2ª La de la primera parte del literal b), que la determina "para los que tuvieren un tiempo de servicio de seis (6) meses y *un (1) día* (subraya la Sala), hasta un (1) año".

3ª La de la segunda parte del mismo literal, que la fija "para los que tuvieren más de un (1) año y *un (1) día* (subraya la Sala), hasta siete (7) años".

4ª La de la última parte del citado literal, que la establece "de siete (7) años y *un (1) día* (subraya la Sala), en adelante".

Existe, por lo tanto, *una gradación muy clara* en la norma comentada *en cuanto al tiempo de servicio, así: 1º Hasta seis meses. 2º De seis meses y un día hasta un año. 3º. De más de un año y un día hasta siete años, y 4º De siete años y un día en adelante. Del mismo modo, las indemnizaciones son también graduales, de acuerdo con dicho tiempo de servicio, en tal forma que "un día" más del lapso fijado marca el paso para la indemnización siguiente y que ese día menos la*

deja en la anterior, como pasa a mostrarse: 1º Hasta seis meses, 150 días de sueldo básico. 2º De seis (6) meses y un día hasta un año, 180 días de salario básico. 3º De un (1) año y un (1) hasta siete (7) años, 300 días de salario básico. 4º De siete (7) años y un (1) día en adelante, treinta (30) días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía.

La discrepancia surge con relación al último período y su indemnización, determinados literalmente de este modo: "Y de siete (7) años y un (1) día en adelante, treinta (30) días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía". El sentenciador entiende que estos treinta días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía, se aplican solo a los años completos posteriores al séptimo año y un día en adelante, y no a todos los de la relación laboral, incluyendo los anteriores a ese séptimo año y un día, como lo sostiene el recurrente, que apoya su aserto en las definiciones que trae el Diccionario de la Academia de la Lengua de las palabras: "completo" y "adicional".

Respecto del primer vocablo asienta que equivale a "lleno, cabal" y también a "acabado" y "perfecto". Pero estas definiciones tanto sirven para aplicarlas a "año completo" posterior al cumplimiento de siete años y un día de servicio, como para todos los años anteriores y posteriores a ellos. Por consiguiente, no es base para deducir de allí error manifiesto u ostensible en la interpretación del juzgador de la citada cláusula. El adjetivo completo lo que significa es que la indemnización debe pagarse por "año completo", es decir, excluyendo las fracciones menores de un año; ese es el sentido natural y obvio del citado adjetivo respecto del sustantivo año.

En cuanto a la voz: "adicional", dice que se deriva del sustantivo "adición", que es "operación de sumar" y que este verbo expresa "reunir en una sola varias cantidades homogéneas". Del mismo modo, corresponde a su significado el que los 30 días adicionales *se sumen a los años completos posteriores al séptimo y un día de servicio o a todos los anteriores y posteriores a éstos. De ambas maneras se produce una adición o suma en relación con los 300 días indemnizatorios del trabajador que llegó a los siete años exactos de servicio a la compañía. Tampoco surge de aquí, error con carácter de manifiesto u ostensible en la interpretación de la multicitada cláusula por parte del Tribunal.*

Concluyese de lo anterior que los dos argumentos fundamentales del recurrente no establecen que sea evidente, ostensible o manifiesto el error que imputa a la sentencia, pues, se repite, tanto es año completo (en la acepción del Diccionario de la Lengua de este adjetivo), el que se cumple después del séptimo año y un día, como los que se cumplieron antes de ellos; unos y otros responden a la noción de "lleno", "cabal", "acabado" y "perfecto". Y, en la misma forma, el adjetivo adicional *realiza su función de sumar o reunir cantidades homogéneas, cuando a los 300 días de los siete años precisos de servicio se agregan treinta días por cada año completo, anterior o posterior a esos siete.*

Sobre el particular precisa tener en cuenta que la cláusula en discusión determina una indemnización de 300 días para el trabajador que haya cumplido siete años de servicio y, en seguida, manda que por un día más de esos siete, se cubrirán "treinta (30) días adicionales por cada año completo de servicio a la compañía". Y aquí cabe preguntar: ¿adicionales a qué? ¿A todos los servidos desde el comienzo de la relación laboral o solamente a los años completos posteriores a esos siete de servicio?". La respuesta es dudosa, pues la letra de la cláusula permite ambas interpretaciones sin forzar su sentido, sin hacerle decir lo que no reza, sin contrariar sus voces objetivas, por lo que no puede existir error manifiesto, ya que según reiterada jurisprudencia, en los casos en que una misma prueba se presta para interpretaciones diferentes, igualmente lógicas, prima la que le haya dado el juzgador dentro de la amplitud de apreciación probatoria, que en orden a formar racionalmente su convencimiento, le otorga el artículo 61 del C. P. del T.

Es posible que la duda suscitada por la redacción de la cláusula en estudio, hubiera podido despejarse con el análisis de los documentos (pliego de peticiones, actas de discusión, etc.), que antecedieron a la versión de la misma; pero como estos elementos de juicio no son materia de examen por la Sala, del solo contenido literal del texto controvertido no resulta yerro ostensible en la interpretación efectuada por el ad quem, *de acuerdo con lo explicado arriba.*

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONSTANCIA SOBRE RESERVA EN LA LIQUIDACION DE PRESTACIONES

La constancia sobre reserva en la liquidación de prestaciones, no constituye aceptación del hecho o hechos imputados, sino precisamente el desconocimiento de la causa de terminación, pues la indemnización no cabría si se aceptara como justo el despido

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, julio primero de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4987.—Acta número 29.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Jesús María Díaz Ospina, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 2663785 expedida en Tuluá (Valle), demandó, por medio de apoderado, a Singer Sewing Machine Company para que fuera condenada a pagarle las indemnizaciones por terminación unilateral de contrato de trabajo sin justa causa, los intereses corrientes sobre tales indemnizaciones, las costas del proceso, todo lo demás que resultare probado en el juicio y las agencias en derecho.

Los hechos afirmados para dar apoyo a la demanda, fueron:

"1. El señor Jesús María Díaz Ospina ingresó a trabajar a la Singer Sewing Machine Company el 20 de febrero de 1961, con el cargo de visitador rural en Popayán (Cauca).

"2. Al ser retirado de la empresa con fecha 31 de agosto de 1968, mi poderdante contabilizaba 7 años, 6 meses y 22 días de servicios a la misma.

"3. Con fecha 19 de julio de 1968, el doctor F. Gutiérrez Jiménez, especializado en medicina general y médico de la empresa, dio al señor Díaz Ospina una carta de incapacidad por 15 días en la que le recomendaba descanso en razón de sus enfermedades, úlcera duodenal.

"4. Posteriormente y por comunicación fechada el 8 de agosto de 1968 se le informó que a partir del 31 de agosto del mismo año, se le daba por terminado el contrato de trabajo celebrado con la Singer Sewing Machine Company.

"5. Como causa del despido se adujo, por la empresa que mi poderdante dejó de asistir al trabajo sin justa causa de impedimento y que sin permiso de la empresa viajó a la Isla de San Andrés, según la carta que adjunto.

"6. Mi poderdante venía enfermo desde tiempo atrás, ya le habían dado varias incapacidades como puede constatarse por los certificados que se adjuntan y siguió enfermo después del despido.

"7. Al firmar la planilla de liquidación de prestaciones sociales el señor Díaz Ospina se reservó expresamente el derecho al reclamo de indemnizaciones".

El apoderado de la entidad demandada contestó así:

"En cuanto a los hechos afirmados en el libelo, el '1' es cierto; el '2' no exactamente, pues el tiempo de servicios fue de 7 años 6 meses y 11 días; el '3' se refiere a un hecho, real o supuesto (la entrega de una carta al actor por un tercero); que no tiene por qué constarle a mi mandante; el '4' es cierto en cuanto a la fecha (8 de agosto de 1968), en que mi mandante preavisó al actor su despido para el 31 del mismo mes; el '5' es cierto, en los términos de la carta acompañada a la demanda; el '6' no me consta, y el '7' es cierto.

"Me opongo a las pretensiones del actor; niego los fundamentos de derecho en que se las quiere apoyar, y pido que se condene al demandante en costas, por su temeridad.

"Fundaré la defensa en que el actor incurrió en la justa causa de despido que la empresa invocó oportunamente, y ésta no le adeuda, por tanto, la indemnización que reclama".

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 17 de septiembre de 1974, condenó a la demandada a pagar al actor $ 56.692.47 como indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, absolvió de los intereses e impuso a la demandada el 50% de las costas de la instancia. El apoderado de Singer Sewing Machine Company apeló de la providencia del *a quo*.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo del 26 de noviembre de 1974, rebajó a $ 53.266.95 el valor de la indemnización por despido injusto, confirmó la absolución por intereses y la condenación en costas e impuso las de segunda instancia a la parte recurrente. Contra la sentencia del *ad quem*, interpuso el apoderado de la entidad demandada, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso.

Está formulado en un solo cargo con base en la causal primera de casación laboral. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

El recurrente aspira a que se case totalmente la sentencia acusada, se revoque la del *a quo* y se absuelva a la demandada de todo cargo, o que, en subsidio, se declare nulidad de lo actuado a partir del auto de 21 de septiembre de 1972 (folio 59), y se ordene notificar al demandante tanto la renuncia de sus apoderados como la fecha en que deba presentarse a absolver el interrogatorio de parte.

Se observa.

Como la sentencia acusada contiene la confirmación de la absolución por intereses, es impropia la solicitud de casación total, ya que el recurso no puede servir para perjudicar al recurrente, y por ello, si prosperare el cargo, solamente se podrá casar lo relativo a las condenaciones. Además, se pide, en subsidio, declaratoria de nulidad, sin que exista causal de casación sobre el punto; sin que haya ocurrido nulidad, pues no hubo falta de representación judicial, ya que la renuncia del poder no produce efecto sino después de cinco días de notificado el poderdante; y sin que la parte que solicita la declaración tenga interés en la nulidad, pues no estuvo mal representada.

El cargo.

Consiste en lo siguiente:

"Con apoyo en la causal primera de casación laboral (D. L. 528 de 1964, a. 60 y L. 16 de 1969, a. 7º), acuso la sentencia de segunda instancia, atrás individualizada, de violar por vía indirecta y por aplicación indebida los artículos 6º, 7º y 8º del D. L. 2351 de 1965, adoptado por la L. 48 de 1968, en relación con el artículo 61 del CPL, a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de los documentos de folios 1 a 14 y 35 a 55, y de no tomar en cuenta la conducta procesal de las partes frente a esos documentos. Tales errores fueron: No dar por demostrado, estándolo, que el señor Jesús María Díaz admitió la falta que le imputó la empresa, de haber viajado a San Andrés, Islas, desde fines de julio hasta comienzos de agosto de 1968, sin permiso de la sociedad empleadora, y dar por probado, contra la evidencia, que mi mandante trató de demostrar en juicio una causal distinta de la invocada por escrito en su oportunidad para terminar el contrato, y que el señor Díaz faltó a sus deberes por enfermedad.

"Ni siquiera en la demanda (folios 1 a 5), se atreve la parte actora a rechazar el cargo muy concreto que la empresa le hizo al señor Díaz de haberse ausentado de su base durante varios días, sin permiso ni explicación, como tampoco se atrevió a hacerlo Díaz al afirmar la reserva de su reclamo (folios 13 y 49). Esa ausencia de una negativa, por parte del inculpado, y la insistencia de la empresa porque se le interrogue bajo juramento sobre su viaje a San Andrés, unidos a la sospechosa desaparición del señor Díaz durante el proceso (cuatro años...), aun para sus apoderados, que obligó a éstos a renunciar el poder e impidió al Juzgado notificarle tal renuncia y la orden del comparendo para absolver el interrogatorio, evidencia los errores de hecho arriba singularizados. Además, los documentos aportados por la empresa (folios 35 a 49), muestran los antecedentes del empleado y el notorio descuido de sus obligaciones, que refuerzan la veracidad del único cargo que mi mandante le formuló a Díaz, el cual sería inverosímil en un empleado acusioso y puntual, y la orden para el médico de la empresa (folio 50), recibida por el señor Díaz, según sus iniciales puestas en la copia, el 10 de septiembre, nada tiene que ver con el certificado de folio 8, del 18 de febrero de 1969. Mientras que los certificados de folios 6, 7 y 11, acompañados a la demanda, se refieren a épocas distintas de las del viaje a San Andrés;

la de folio 10 acusa normalidad, y ninguna de ellas ha sido reconocida por sus firmantes.

"A causa de los errores puntualizados, el sentenciador condenó a mi mandante a pagarle al actor la indemnización que el artículo 8º del D. L. 2351 de 1965 prevé solamente para casos de despidos sin justa causa, conforme a la calificación e invocación regladas por los artículos 6º, 7º, y su parágrafo, del mismo Decreto adoptado por la L. 48 de 1968. Aplicando así las referidas normas a un caso para el cual son impertinentes".

Se considera.

Ni en la demanda, folios 1 a 5, *ni en la liquidación de prestaciones y su copia,* folios 49 y 13, *acepta el demandante que faltó al trabajo en los últimos días de julio y los primeros de agosto de 1968. En la demanda se afirma que la empresa adujo como causa del despido, la falta de asistencia sin motivo de impedimento y el viaje a la Isla de San Andrés sin permiso, según la carta que adjuntó a la demanda. Esa carta,* folio 14, *adujo exactamente esa causa de terminación. Al pie de la liquidación de prestaciones aparece una nota de reserva sobre reclamación de la indemnización.*

Esas pruebas no demuestran la aceptación de la causa invocada por la empresa, pues la "ausencia de una negativa", como dice el impugnador, no constituye aceptación del hecho, y la confesión consiste en la aceptación directa, expresa o tácita, del hecho que perjudica, pero no proviene del mero silencio ante el hecho afirmado por la contraparte. El actor no afirmó la falta de asistencia ni el viaje, sino que afirmó el hecho de que la empresa aducía esa causa, y probó el hecho con la carta de despido. La constancia sobre reserva en la liquidación de prestaciones, no constituye aceptación del hecho o hechos imputados, sino precisamente el desconocimiento de la causa de terminación, pues la indemnización no cabría si se aceptara como justo el despido.

Por lo dicho, se ve que el sentenciador no incurrió en error de hecho al decir que no se habían demostrado la falta de asistencia ni el viaje sin permiso, como se afirma en el primer error, que por ello resulta no demostrado.

Ninguno de los documentos de los folios 36 a 50 *demuestran la falta de asistencia atribuida al trabajador, sino que se refieren algunas cartas al poco rendimiento en las cobranzas que la empresa encomendaba al trabajador, lo cual es realmente una causa distinta a la invocada en el despido, ya que son faltas diferentes el deficiente rendimiento en el trabajo y la falta de asistencia al servicio. Por lo tanto, el sentenciador tampoco incurrió en error de hecho al estimar que se trataba de probar una causa diferente a la invocada, ya que las pruebas se refieren al deficiente rendimiento y no a la falta al trabajo.*

Por último, el sentenciador tampoco incurrió en el tercer error de hecho, porque en la sentencia no se afirma que la falta de asistencia hubiera ocurrido por enfermedad, ya que el ad quem *no admite la falta de asistencia ni se refiere a la enfermedad.*

Los otros hechos alegados; insistencia de la parte demandada en que se absuelvan las posiciones y del apoderado de Díaz en que se le notifique la renuncia, no demuestran los errores de hecho anotados en el ataque, pues la ausencia del señor Díaz después de iniciado el proceso, calificada por el recurrente como sospechosa, no se sabe a qué causa obedece, ni constituye una conducta procesal que pueda modificar la apreciación probatoria, ya que existen medios procesales para lograr en tales casos los fines del juicio.

No se demostraron los errores de hecho en que se basa la acusación, luego no se establecieron las violaciones legales alegadas, por lo cual no prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Jesús María Díaz Ospina contra Singer Sewing Machine Company.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJADOR OFICIAL Y TRABAJADOR PARTICULAR

El demandante fue un trabajador oficial.—Sus relaciones individuales de trabajo no se gobiernan por el C. S. del T.—Por esto es ilícita la cláusula convencional a que dio mérito el fallador por cuanto por ella no puede sustituirse el régimen legal propio de los servidores oficiales por el que corresponde a los particulares

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 31.—Expediente número 4835.

(Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la Empresa Distrital de Servicios Públicos contra la sentencia que dictó el 27 de junio de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por Milcíades Páez Arias contra la recurrente, y contra la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá, en forma solidaria, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, recoge el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número de la referencia.

En el juicio el demandante impetró pensión de jubilación, proporcional al tiempo servido y para cuando cumpla la edad de ley; cesantía; compensación y bonificación de vacaciones; prima de Navidad; indemnizaciones por despido sin justa causa, en dinero por enfermedad profesional y por mora en el pago de sus acreencias laborales; salarios insolutos y recompensa quinquenal por servicios, pretensiones que afirmó en los hechos de haber trabajado, como obrero, en virtud de contrato a término indefinido, para la Empresa mencionada, desde el 21 de enero de 1956 hasta el 24 de agosto de 1969, en forma continua, con un último jornal de $ 32.80, habiendo sido despedido en la forma que se expresó, sin que le cancelaran los derechos que reclama, todo conforme a libelo que corre a los folios 2 a 6 del expediente, en el cual se aduce, además, que Páez Arias estuvo afiliado al sindicato de trabajadores de la dicha Empresa así como a la Caja de Previsión del Distrito Especial de Bogotá y que las peticiones reseñadas fueron ya formuladas a esta entidad y a la otra demandada, en agotamiento de la vía gubernativa o reglamentaria. En derecho se invocaron las Leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946, 24 de 1947, 48 de 1968 y 171 de 1961; los Decretos 2127 de 1945, 797 de 1949, 2733 de 1959, 2351 de 1965 y 1373 de 1966, el artículo 632 del Código Judicial y la convención colectiva de trabajo vigente en la Empresa en 1969.

Se opusieron las demandadas a las pretensiones del actor, manifestando la Empresa Distrital, no ser ciertos del libelo inicial, unos hechos y no haber ocurrido otros en la forma como se les relata y formulando las excepciones de inepta demanda sustantiva por no ser la persona llamada a responder en lo relativo a cesantía y jubilación, y de inexistencia de la obligación y carencia de causa en lo de indemnización por despido; y la Caja, por no constarle que se hubiesen cumplido los requisitos para la pensión de jubilación, encontrarse en trámite el proyecto de resolución para el reconocimiento de la cesantía, y no ser entidad patronal obligada al pago de los demás derechos que se solicitan.

Tramitada la controversia, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, en fallo de 31 de julio de 1973, resolvió:

"*Primero.* CONDÉNESE a la entidad denominada Empresa Distrital de Servicios Públicos, representada por su gerente, doctor Enrique Camargo de la Torre, o por quien haga sus veces, a pagar, una vez en firme la presente sentencia, al demandante, señor Milcíades Páez Arias, identificado con la cédula de ciudadanía número 2934537 de Bogotá, las siguientes cantidades de dinero:

a) La suma de trece mil trescientos setenta y seis pesos con noventa y dos centavos moneda co-

rriente ($ 13.376.92 m/cte.), por concepto de cesantía;

b) La cantidad de cuatrocientos noventa y dos pesos ($ 492.00) moneda corriente, por concepto de vacaciones;

c) La suma de ciento noventa y seis pesos con ochenta centavos ($ 196.80) moneda corriente, por concepto de bonificación por vacaciones;

d) La cantidad de seiscientos cincuenta y seis pesos ($ 656.00) moneda corriente, por concepto de prima de Navidad proporcional al año de 1969;

e) La suma de un mil setecientos setenta y un pesos con veinte centavos ($ 1.771.20) moneda corriente, por concepto del último quinquenio;

f) La suma de diez mil ochocientos veinticuatro pesos ($ 10.824.00) moneda corriente, por concepto de indemnización por la disminución de la capacidad laboral;

g) La suma de treinta y dos pesos con ochenta centavos ($ 32.80) moneda corriente, diarios, por concepto de indemnización moratoria a partir del día 25 de agosto de 1969, inclusive, y hasta cuando se pague el valor de las condenas por concepto de cesantía, vacaciones, bonificación por vacaciones y prima de Navidad.

"*Segundo.* ABSUÉLVESE a la Empresa Distrital de Servicios Públicos de las demás peticiones formuladas en la demanda.

"*Tercero.* ABSUÉLVESE a la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá de todos y cada uno de los cargos formulados por el demandante, señor Milcíades Páez Arias.

"*Cuarto.* DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones de inepta demanda sustantiva, e inexistencia de la obligación, la de carencia de causa en lo relativo a la petición de indemnización por despido se declara probada.

"*Quinto.* COSTAS a cargo de la parte demandada. *Tásense*".

Apelada esta decisión por el apoderado de la Empresa, el Tribunal ya mencionado de Bogotá, en la suya de la fecha igualmente expresada, decidió la alzada así:

"*Primero.* MODIFÍCASE la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a la Empresa Distrital de Servicios Públicos, representada por su Gerente, el doctor Enrique Camargo de la Torre, o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Milcíades Páez Arias las siguientes cantidades:

"a) La cantidad de dos mil setecientos cuarenta y siete pesos con sesenta y nueve centavos ($ 2.747.69) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

"b) La suma de trescientos sesenta y tres pesos con cinco centavos ($ 363.05) moneda corriente, por concepto de prima de Navidad proporcional;

"c) La suma de mil setecientos quince pesos con sesenta y nueve centavos ($ 1.715.69) moneda corriente, por concepto de recompensa por servicios del último quinquenio;

"d) La suma de diez mil ochocientos veinticuatro pesos ($ 10.824.00) moneda corriente, por concepto de indemnización por disminución de la capacidad laboral, como consecuencia de enfermedad profesional;

"e) La suma de treinta y dos pesos con ochenta centavos ($ 32.80) diarios, a partir del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969), inclusive, y hasta cuando se efectúe el pago de las sumas a que se contraen las anteriores condenas, por concepto de indemnización moratoria.

"*Segundo.* CONFÍRMANSE los numerales segundo, tercero y quinto, de la sentencia apelada.

"*Tercero.* MODIFÍCASE el numeral cuarto de la sentencia apelada en el sentido de *declarar probada de oficio,* la excepción de pago en lo referente a vacaciones y bonificación por vacaciones. Se declara probada de oficio la excepción de pago parcial en lo referente a auxilio de cesantía y prima de Navidad.

"Se DECLARAN no probadas las excepciones de inepta demanda sustantiva, inexistencia de la obligación y carencia de causa.

"*Cuarto.* CONDÉNASE en costas a la parte demandada en cuantía del ochenta por ciento (80%). *Tásense*".

El recurso extraordinario.

Recibido en legal forma persigue el quebranto total del fallo del juzgador *ad quem,* por cuanto únicamente modificó, en la forma transcrita, la sentencia del *a quo,* para que en sede de instancia, la Corte revoque ésta y en su lugar absuelva de las condenas fulminadas contra la Empresa Distrital. En subsidio, la casación parcial, en lo tocante a las indemnizaciones por mora y por enfermedad profesional, para corregir las decisiones de primera instancia sobre ellas absolviendo a la entidad condenada, así como de las costas.

Para estos efectos se formulan tres cargos, los dos últimos subsidiarios, que se estudiarán, en lo que proceda, lo mismo que el escrito del opositor.

Primer cargo.

Por la vía indirecta acusa aplicación indebida de los artículos 2º de la convención colectiva de trabajo (467 C. S. T.), y 3º, 22, 23, 65, 204, 249 y 253 del dicho estatuto, al dar por probado, y sin que sea pertinente al caso, que las relaciones individuales entre el demandante y la Empresa se rigen por el Código mencionado; aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, de los artículos 469 C. S. T., 37 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), 17 y 22 de la Ley 6ª de 1945, 4º C. S. T. y 4º del Decreto 2127 de 1945, 1º y 10 del Decreto 2767 de 1945, 9º del Acuerdo 30 de 1958, 1º del Acuerdo 75 de 1960 y 1º a 31 del Acuerdo 44 de 1961, todos del Concejo de Bogotá, cuya fuerza proviene de los artículos 196 y 197 de la Constitución Nacional, 73 del Decreto 3133 de 1968 y 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968, y aplicación indebida, además, en la misma modalidad de falta de aplicación, de los artículos 16 y 1519 C. C., en armonía con la Ley 50 de 1936. A estas violaciones, dice el acusador, llegó el Tribunal por error de derecho al apreciar, sin que fuera del caso, la convención que aparece de los folios 115 a 132; y por error de hecho, al no apreciar o apreciar equivocadamente las documentales que aparecen a los folios 13, 14, 15 y 16, 43, 46 a 48, 89 a 92, 97 y otras del expediente.

En desarrollo del cargo el recurrente manifiesta que la Empresa Distrital es un establecimiento público, según el artículo 73 del Decreto 3133 de 1968 y sus funciones son diferentes de las contempladas en el régimen de excepción del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, por lo cual la norma general es la de que sus trabajadores no están ligados con ella por contratos individuales; pero que aun aquellos que tienen régimen contractual son trabajadores oficiales y no particulares, por lo cual los preceptos que regulan tales contratos son los de servidores públicos y no el Código Sustantivo del Trabajo, por mandato de su artículo 4º Mas el Tribunal incurrió en error de derecho al aplicar en el *sub lite* el artículo 2º de la convención mencionada por las siguientes razones:

"a) Porque dicha convención o documento en que consta no reúne los requisitos exigidos por el artículo 469 del Código Sustantivo por no haberse protocolizado en el Ministerio de Trabajo dentro de los quince (15) días siguientes a su firma. No se trata de un requisito cualquiera, ni siquiera de una formalidad *ad probationes*, sino de una exigencia *ad sustantiam actus*, pues la ley dice que 'no producirá ningún efecto', no existe la convención que no cumple los requisitos de forma y protocolización exigidos por la norma;

"b) Porque evidentemente nunca las partes pretendieron que el régimen prestacional de los trabajadores oficiales se rigiera por el Código Sustantivo en lo tocante a las relaciones individuales. Por eso hablaron de 'relaciones colectivas' y luego de 'relaciones individuales', para decir que las primeras seguirían el régimen del Código como es lo legal y las segundas las especiales de la convención;

"c) Porque, en últimas, no pueden las partes en un contrato así sea colectivo derogar las leyes, el régimen jurídico que les es aplicable, por virtud del artículo 16 del Código Civil. Si cambian el régimen del Código Sustantivo están —ni más ni menos— que contraviniendo el Derecho Público de la Nación, y en tales condiciones su estipulación está afecta de objeto ilícito y es nula, de nulidad absoluta, a la luz de los artículos 1519 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936;

"d) Porque el régimen de prestaciones sociales del demandante es el señalado por las disposiciones vigentes relativas a los servidores públicos y, concretamente, el fijado por el Acuerdo 44 de 1960 para el Distrito de Bogotá. Se dice allí que las prestaciones sociales corren a cargo de la Caja Distrital de Previsión Social, no de la Empresa. Por manera que la Empresa no puede cambiar el régimen de pagos a cargo de la Caja, no puede estipular en convención colectiva cosas diferentes respecto de las obligaciones a cargo de la Caja, porque no puede contratar a nombre de la Caja, ya que se aplicaría respecto de la Caja el principio de que *'res inter allios acta alliis neque noocare neque prodesse potest';*

"e) Porque si el alcance de la convención hubiera sido el de que con el régimen del Código de los particulares se aplicara a estos trabajadores oficiales, no habrían las partes tenido necesidad de decir en la cláusula 17 que en caso de despido sin causa justificada se aplicaría el artículo 8º del Decreto 2351, porque ésta hace parte del Código y, en consecuencia, ya habría estado dicho. Luego el sentido de la convención, de lo acordado, no fue eso, no fue trasladar el Código Sustantivo a la Empresa, sino en lo colectivo;

"f) Porque aun en el caso de que el Código fue (sic) aplicable al caso, entonces no podría el Tribunal coger indiscriminadamente lo bueno del Código y lo bueno del régimen de los trabajadores oficiales para poner al demandante al amparo de ambos sistemas. Tiene que escoger uno y, en cambio, encontramos que la sentencia condena por prima de Navidad y 'quinquenio' que no son

prestaciones de los trabajadores particulares. El artículo 21 del Código le vedaría al Tribunal fallar, como falló, con hibridación''.

De donde concluye que el Tribunal aplicó disposiciones del Código Laboral que no venían al caso, en lugar de aplicar el régimen adecuado a la Empresa.

Y en cuanto a los errores de hecho manifiesta que el Tribunal tomó como fecha de ingreso para efecto de liquidar la cesantía el 25 de julio de 1956, sin percatarse de que según el certificado expedido por la Contraloría, al folio 97, Páez Arias pasó a la Empresa Distrital a partir del 11 de septiembre de 1959 y sin observar que el mismo certificado acusa numerosas faltas al servicio, que el Tribunal no descontó y que la resolución de folios 163 a 160, que es un finiquito de la cesantía pagada por la Caja de Previsión, fue aceptada sin objeción alguna por el apoderado del actor; que la Empresa pagó, por la Caja, la cesantía causada, y este proceder no puede ponerse como de mala fe; que la Empresa nada tiene que ver con los ''quinquenios'', que es prestación especial para los trabajadores del Distrito, y al que condenó el Tribunal no se causó conforme al artículo 22 del Acuerdo 44, fuente del derecho, y que la indemnización por enfermedad profesional no está a cargo de la Empresa sino de la Caja.

Para el opositor a la demandada le es aplicable la excepción del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945; los fundamentos de derecho de la demanda inicial no son únicamente la convención colectiva sino también todas las otras disposiciones legales relativas a los trabajadores oficiales; el fallo se ajusta a las normas de ley y a las pruebas pertinentes, y no debe casarse.

Se observa.

Como se indicó, al reseñarse el alcance de la impugnación, el recurrente pretende, de modo principal, que se ''case totalmente la sentencia del Tribunal'', para los fines que allí se expresaron; pero esto no aparece posible, por falta de interés jurídico, ya que la providencia mencionada confirma las absoluciones del *a quo*, respecto de la Empresa Distrital, por ''las demás peticiones formuladas en la demanda'' y en favor de la Caja de Previsión así mismo demandada, por todos y cada uno de los cargos del escrito inicial. El recurso se contraerá, pues, a las decisiones de condena, por lo cual, en caso de prosperidad, solo producirán un quebranto parcial del fallo del *ad quem*.

Se considera.

Milciades Páez Arias fue un trabajador oficial, en sus relaciones de autos con la Empresa Distrital de Servicios Públicos. Así aparece de los planteamientos de la litis, inclusive en las alegaciones del apoderado de la entidad recurrente. Carece, por lo tanto, de objeto, y de posibilidad técnica en el recurso extraordinario, examinar las consideraciones del acusador acerca de que la prenombrada Empresa Distrital es un establecimiento público, ya que de todos modos se exhibe aplicable el régimen de los servidores de aquel carácter oficial. Es procedente, en cambio, en virtud de esta fijación laboral, admitir como incuestionable que tales servidores y P. A., entre ellos, no se gobiernan, en sus relaciones individuales de trabajo, por el Código Sustantivo de la materia, a términos de los artículos 3º, 4º y 492 del dicho estatuto. Por esto es ilícita la cláusula convencional a que dio mérito el fallador por cuanto por ella no puede sustituirse el régimen legal propio de los servidores oficiales por el que corresponde a los particulares, si bien aquéllos, cuando tienen condición de trabajadores, pueden contratar colectivamente, conforme al texto 416 C. S. T. en armonía con el 481 del mismo estatuto, y en estos casos establecer beneficios iguales o semejantes a los del trabajador particular, de modo directo o por referencia que contenga tal establecimiento y no la sustitución del régimen oficial.

Todo lo anterior responde las apreciaciones del impugnador sobre el particular, sin que se necesite acoger, como no se acoge, su exégesis sobre la cláusula convencional de autos, porque esta sí sometió —ilícitamente, como está dicho—, al régimen del Código Sustantivo del Trabajo tanto las relaciones de derecho colectivo como las de derecho individual, de la Empresa con sus trabajadores. Como tampoco puede declararse configurado el error de derecho que acusa el recurrente, pues al folio 132 del expediente aparece que la convención fue depositada en el Ministerio del Ramo el 11 de enero de 1968, y habiéndosela suscrito el 22 de diciembre anterior, el depósito se efectuó dentro de los 15 días que ordena el artículo 469 C. S. T., los cuales se entienden hábiles, conforme al texto 62 del C. de R. P. y M. y a la circunstancia de que solo en ellos hay despacho en la oficina en donde debe efectuarse la dicha diligencia.

Los yerros no están, pues, en los motivos antedichos del depósito de la convención ni del alcance de su cláusula cuestionada, sino en que por ella no podía sustituirse el régimen legal del trabajador oficial por el del Código del servidor

particular. Y como las decisiones del ad quem *están informadas en la consideración opuesta, aparece demostrado el ataque central de que el* ad quem *definió la litis con aplicación de un estatuto que no era aplicable y deberá casarse su providencia para definir, en las instancias subsiguientes, los extremos de aquélla conforme a la legislación aplicable al servidor de autos y a las modalidades que corresponden a los derechos que impugna el recurso, así:*

La cesantía, la indemnización por disminución de la capacidad laboral y la recompensa por servicios del último quinquenio, son derechos a cargo de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá, conforme al Acuerdo número 44 de 1961, que obra a los folios 31 a 35 vuelto, por lo cual la Empresa demandada no es el sujeto obligado a satisfacerlos. La decisión en derecho que corresponde es la de revocar el fallo de primer grado, en lo que se relaciona con estas acciones de la litis, para absolver, en su lugar, a la entidad recurrente, por los dichos extremos.

La prima de Navidad sí es prestación a cargo de la Empresa. Ella no aparece asumida por la Caja en el artículo 20 del Acuerdo 44 mencionado, y su reconocimiento de 8/12 partes del año de 1969 se halla en acto de la Gerencia de la Empresa demandada, al folio 167. El Tribunal, sin embargo, condenó por un saldo de este extremo, en cantidad de $ 363.05. Mas no observó que al pie del documento respectivo, que es la Resolución número 526 de 27 de noviembre de 1969, aparece sello de la Auditoría según el cual lo debido fue cancelado por pago hecho en cheque número 229827 contra el Banco Popular, el 28 de mayo de 1970. La prestación aparece entonces pagada por lo cual ha de absolverse por el dicho extremo, si bien el atraso en su solución impondrá la sanción moratoria correspondiente, conforme al Decreto 797 de 1949.

Se resuelve así lo relativo a este último extremo de la litis y de las censuras del recurso, con ese único fundamento de la mora en el pago de la prima proporcional a 8 meses de 1969, ya que por los otros expresados no procedía condena contra la Empresa demandada. La sanción por mora corre desde el 27 de noviembre del 69 en que se reconoció el derecho y se ordenó su pago hasta el 26 de mayo de 1970 en que se le efectuó, a razón de $ 32.80 diarios.

En los términos anteriores quedan resueltos los asuntos del recurso, y no habrá que considerar sus otros dos ataques, de propósito similares.

Ha de observarse, finalmente, que la decisión de instancia muestra algunos extremos a cargo de la Caja de Previsión Social del Distrito. Sin embargo, nada puede disponerse en relación con ellos por cuanto la sentencia de primer grado fue absolutoria, por ellos, respecto de la dicha entidad, igualmente demandada. El demandante no apeló de ella y el recurso no versó, ni podía versar, sobre las confirmaciones del Tribunal acerca de dichas absoluciones. Se mantienen, en consecuencia.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso extraordinario, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de junio de 1974, en el juicio de Milciades Páez Arias contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos y la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto por su ordenamiento primero al modificar la sentencia del *a quo* condenó, por sus literales a), b), c) y d) a pagar las cantidades de dinero allí expresadas por los conceptos de cesantía, prima de Navidad, recompensa por servicios e indemnización por disminución de capacidad laboral y por cuanto por su letra e) sancionó por mora a la dicha entidad a pagarle al actor treinta y dos pesos con ochenta centavos ($ 32.80) moneda corriente, diarios, desde el 25 de agosto de 1969 "hasta cuando se efectúe el pago de las sumas" de las condenas anteriores, e impuso, por otra parte, a la Empresa demandada las costas de las instancias, y, en sede subsiguiente, REVOCA las condenas del Juzgado *a quo* por aquellos conceptos, absolviendo de los mismos a la Empresa Distrital demandada, así como de las costas mencionadas y modifica el ordenamiento condenatorio del Juzgado, por indemnización moratoria, reduciéndolo a la cantidad de cinco mil novecientos cuatro pesos ($ 5.904.00) moneda corriente, conforme a la parte motiva de esta providencia. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HONORARIOS POR SERVICIOS PERSONALES DE CARACTER PRIVADO

Los servicios personales de carácter privado a que se refiere el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, pueden tener cualquier causa jurídica, menos el contrato de trabajo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., julio tres de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 24.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Luis Antonio Cuartas Cuartas demandó, por medio de apoderado judicial a Rosana Rodríguez de Martínez, ambos mayores y vecinos de Bogotá, para que mediante los trámites ordinarios de mayor cuantía se le condene a pagarle lo siguiente:

"a) El valor de los honorarios por concepto de los servicios que el demandante le prestó a la demandada, de conformidad con los contratos de mandato que constan en el poder conferido por instrumento privado de fecha 1º de junio de 1964 y en el poder general que consta de la escritura pública número 3331 de fecha 20 de junio de 1969 de la Notaría Quinta de Bogotá, debidamente registrada el 25 de junio de 1969, libro de poderes, página 129, número 641, valor de honorarios que deberá fijar un perito designado por ese Juzgado; b) Los intereses legales de la suma que se fije como valor de los honorarios de que trata el punto petitorio anterior, contados a partir del día de la ejecutoria del fallo que decrete el respectivo pago hasta que éste se efectúe; c) Las costas del juicio".

Según los hechos de la demanda, la señora Rosana Rodríguez de Martínez confirió poder general a Luis Antonio Cuartas Cuartas, por medio de escritura número 3331 de 20 de junio de 1969 de la Notaría Quinta de Bogotá para que la representase en los actos y contratos enumerados en la misma; con anterioridad al 1º de junio de 1964, también le había otorgado poder en documento privado, reconocido al absolver posiciones extra juicio, para los fines en él indicados; en el período comprendido entre mediados de 1964 y principios de 1970, Cuartas Cuartas representó a la señora de Martínez en diversas gestiones y administró algunos de sus bienes, obteniendo para ello rebaja de impuestos y colaborando con el abogado de la misma en un juicio de venta de cosa hipotecada, y cumpliendo así sus obligaciones de mandatario, lo que fue admitido por la demandada, quien se comprometió a reconocerle el valor de los honorarios causados en razón de los poderes conferidos, lo que comenzó a hacer, pues por cuenta de los mismos pagó intereses de una obligación hipotecaria a cargo de Cuartas Cuartas. La señora Rosa Rodríguez de Martínez está en mora de pagar al demandante el valor de los honorarios que se solicitan en la demanda.

Como fundamentos de derecho citó el artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo, 2º, 5º y 14 del Código Procesal del Trabajo, y 1º del Decreto 456 de marzo 2 de 1956.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Rosana Rodríguez de Martínez aceptó el otorgamiento de los poderes y el reconocimiento que la demandada hizo del conferido por documento privado. Negó los demás hechos, se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación que se reclama, falta de título y de causa en el demandante, falta de obligación en la demandada y carencia de acción y de derecho en el demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el diez y siete de mayo de mil novecientos setenta y tres, por medio de la cual absolvió a la señora Rosana Rodríguez de Martínez de las súplicas de la demanda hechas por Luis A. Cuartas Cuartas, a quien condenó en costas.

Apeló la parte vencida y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decretó un interrogatorio libre de las partes en

forma conjunta, y otras pruebas, y luego de practicarlas decidió el recurso mediante sentencia de veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, que confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia.

La parte demandante en el juicio interpuso el recurso de casación, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria presentada oportunamente. No hubo escrito de oposición de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "La demanda de casación que formulo contra la referida sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se dirige a que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, decrete: Casar la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 26 de febrero de 1974, por medio de la cual confirmó el fallo de primera instancia proferido en el referido proceso ordinario; b) La revocación de la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se absolvió a la demandada Rosana Rodríguez de Martínez de las súplicas de la demanda que le promovió Luis Antonio Cuartas Cuartas, y, en su lugar, se hagan las declaraciones contenidas en la parte petitoria de la demanda que como apoderado de Luis Antonio Cuartas Cuartas presenté ante el expresado Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, y al efecto se condene a la parte demandada a pagar al actor la suma de $ 10.150.00, valor éste suministrado por el demandante al doctor Carlos Patiño Ospina, como consta de los recibos que obran a los folios 15, 16 y 17 del cuaderno número 1; c) Subsidiariamente, para el caso de que la honorable Corte Suprema de Justicia considere que no se puede hacer una condenación en concreto, se decrete la condenación en abstracto, a fin de fijar el monto de los servicios prestados por el demandante a la demandada, dentro de un incidente posterior al fallo; d) La condenación a la parte demandada en las costas de primera y segunda instancias".

Se observa que en la demanda con que se inició el juicio Luis A. Cuartas Cuartas reclama honorarios que le corresponden por haber realizado cumplidamente las gestiones a él encomendadas en los contratos de mandato. La demanda extraordinaria de casación persigue, en primer término, y previo el quebrantamiento del fallo recurrido, se condene "a la parte demandada a pagar al actor la suma de $ 10.150.00 valor éste suministrado por Cuartas Cuartas al doctor Carlos Patiño Ospina, según consta en los recibos que obran a los folios 16 y 17 del cuaderno número 1; en subsidio, se decrete la condena en abstracto a fin de fijar el monto de los servicios prestados por el demandante a la demandada, dentro de un incidente posterior al fallo".

Respecto a la primera petición, no podría la Corte, en caso de prosperar cualquiera de los cargos planteados por el recurrente, acceder a lo pedido, por cuanto se introduce en el recurso extraordinario un *petitum* diferente al contenido en la demanda inicial, alterándolo, pues en ésta se solicita la condena por el valor de unos honorarios por servicios prestados como mandatario y en la de casación el reintegro al demandante de una suma de dinero que pagó a un tercero, que tiene un fundamento distinto a la que origina el reconocimiento de honorarios. Por esta razón no se tendrá en cuenta la petición principal, pues como lo ha dicho esta Sala de Casación Laboral: "El recurso extraordinario tampoco es ocasión para adicionar la demanda que promueve el juicio, porque ni constituye una tercera instancia, ni, aunque la conformara, es permisible hacer tal cosa sino en la inicial, hasta en la primera audiencia de trámite, conforme a lo previsto en el artículo 28 *ibídem*. Con otras palabras, a la impugnación que lo desarrolle no es dable imprimirle un alcance mayor que el comprendido dentro de los lindes de las peticiones deducidas en el litigio o de los aumentos de estas peticiones por razón de condenas *ultra petita* o de lo agregado a la controversia como resultado de condenas *extra petita*". (Sentencia de diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y tres, Loys Ragsdale contra American Pipe and Construction Co.).

Hecha la observación anterior se estudiarán, en su orden, los cuatro cargos que formula el recurrente, con base en la causal primera de casación.

Primer cargo.

"Incurrió el Tribunal sentenciador en error de hecho en la apreciación errónea de la prueba contenida en la copia de la escritura 3331 de 20 de junio de 1969 otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá. Este error de hecho consistió en afirmar el Tribunal: '...si bien se hallan en el informativo algunos elementos que constituyen un contrato de mandato por parte de la señora Martínez

en cabeza del actor, también es verdad que las diferentes piezas probatorias allegadas al proceso no evidencian a plenitud la actividad que afirma Cuartas...'. Error de hecho palpable, siendo así, como lo es, que en el proceso existe la copia de la referida escritura 3331, la cual es prueba completa del contrato de mandato conferido por la demandada Rosana Rodríguez de Martínez al demandante Luis Antonio Cuartas. De modo que el Tribunal, autor de la sentencia acusada, incurrió en error de hecho que se encuentra de modo manifiesto en los autos, al estimar que el contrato de mandato celebrado entre las partes ya mencionadas, no se halla totalmente acreditado, pues existiendo como existe la escritura pública por medio de la cual se otorgó el poder, carece de total respaldo la afirmación hecha en la sentencia acusada. Este error de hecho llevó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— a violar indirectamente, como en efecto violó, las siguientes normas de la ley sustancial: artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, pues habiendo la prueba del contrato de trabajo, o sea, el referido instrumento público, se estimó que no había contrato de trabajo. El artículo 27 del mismo Código, que establece que todo trabajo debe ser remunerado. El artículo 54 del citado Código que dispone que la existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios, y en la sentencia acusada se considera erróneamente que la escritura pública no prueba el contrato de mandato. Igualmente, el artículo 55 del referido Código fue violado por cuanto con la sentencia acusada se llega al resultado de que el contrato que consta de la escritura pública ya mencionada no obliga a la parte demandada''.

Se considera.

La demanda con que se inició el juicio se fundamenta en la existencia de dos contratos de mandato celebrados entre Rosana Rodríguez de Martínez como mandante y Luis A. Cuartas Cuartas como mandatario, quien en su calidad de tal reclama los honorarios que le corresponden por haber cumplido sus obligaciones, lo que reitera en la petición subsidiaria de la demanda de casación y en el propio cargo que se estudia al afirmar que el error de hecho se encuentra de modo manifiesto en los autos al estimar el Tribunal que el contrato de mandato celebrado entre las partes no se halla totalmente acreditado. Mas el impugnador no cita como violada ninguna norma sustancial que reconozca el derecho del mandatario a ser remunerado por sus gestiones. Acusa sí la violación de normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, que no regulan los servicios independientes que el mandatario presta al mandante. Y aun cuando al referirse a la violación del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo dice que ella se produjo porque se estimó que no había contrato de trabajo, con lo cual contradice su afirmación anterior, es obvio que en tal error no pudo incurrir el Tribunal Superior, pues la acción se planteó con base en un contrato de mandato, en prestación de servicios independientes, por lo cual se invocó en la demanda, para la competencia del Juez Laboral, el artículo 1º del Decreto 456 de 1956.

Sobre el particular ha dicho esta corporación: ''Basta leer el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 para adquirir el convencimiento de que los servicios personales de carácter privado a que se refiere la norma pueden tener cualquier causa jurídica, menos el contrato de trabajo. Los servicios personales que éste contempla son dependientes, los cuales tienen legislación propia, tanto de derecho material como procesal, mientras que los del decreto son servicios personales independientes o autónomos. Por consiguiente, no quedaron éstos sometidos a las leyes sustantivas del trabajo dependiente sino a las que le sean propias según la naturaleza de la relación jurídica de que provengan''. (Sentencia de seis de julio de mil novecientos sesenta, Marco Tulio Franco contra Rivera, Salazar y Compañía, Limitada, *Gaceta Judicial* números 2228 - 2229, página 338).

Siendo independientes los servicios personales cuyo reconocimiento y pago persigue el presente juicio, así como el recurso extraordinario en lo pertinente, están sujetos, como ya se dijo, a normación legal distinta a la que contempla el Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual, siendo extraños a la controversia los preceptos de dicho estatuto, que el recurrente señala como violados, mal podía tenerlos en cuenta el Tribunal Superior en la decisión de la misma, y, por lo tanto, incurrir en su violación.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo.

''Violación indirecta de los artículos 22, 27, 54 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta violación proviene de error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, al considerar el Tribunal sentenciador que no estaba acreditado plenamente el mandato de Rosana Rodríguez de Martínez como mandante y Luis Antonio Cuartas como mandatario, y que consta del documento privado de fecha 1º de junio de 1964, documento

que fue reconocido como cierto por la demandada, según consta de la respuesta dada por la misma demandada a la pregunta cuarta de las posiciones formuladas por la parte actora (folios 6 a 13 del cuaderno número 1). Por lo tanto, cómo puede el Tribunal en la sentencia recurrida, afirmar que tan solo hay algunos elementos constitutivos del contrato de mandato. Este error de hecho consistente en la apreciación errónea de la confesión judicial hecha en posición, trajo como irremediable consecuencia, la violación indirecta de las normas sustantivas de que he hecho mérito".

Tercer cargo.

"Por parte del Tribunal sentenciador se violaron en forma indirecta los preceptos legales sustantivos consagrados en los artículos 22, 27, 54 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, originada esta violación por error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, al estimar dicho Tribunal en forma errónea, que el poder consignado en la escritura número 3331 de 20 de junio de 1969, quedó sin efecto en razón de la revocación hecha por la demandada Rodríguez de Martínez en escritura de 18 de junio de 1970, corrida en la Notaría Sexta de Bogotá".

Sustenta el recurrente la acusación y concluye: "El error de hecho de que trata este cargo, implica la necesaria consecuencia de que se violaron en forma indirecta las disposiciones legales sustanciales ya mencionadas, pues si bien es cierto que un poder general constituido por instrumento público se puede revocar por el mandante, también es evidente que las obligaciones a cargo del mandante y a favor del mandatario, resultantes del ejercicio del mismo contrato de mandato, no quedan sin efecto por la revocación del mandato. De consiguiente, la revocación que hizo Rosana Rodríguez de Martínez, no lleva consigo que ella no esté obligada a pagar a su apoderado Cuartas el valor de los servicios que éste le prestó. Al respecto, es procedente transcribir, entre otras, la siguiente doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia: 'Aunque el mandato sea revocable conforme a los artículos 2189 y 2191 del Código Civil, eso no quiere decir ni significa que tal revocación deja sin validez, ni mucho menos sin efectividad, las obligaciones del mandante respecto del mandatario derivadas de ese contrato, máxime cuando el mandatario ha desempeñado su cargo'. Sentencia de 15 de junio de 1943, Tomo LV, página 544".

Cuarto cargo.

"Falta de apreciación de las pruebas que a continuación señalo, omisión que trajo como consecuencia la violación indirecta del artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, precepto éste de carácter legal sustantivo. Esta falta de apreciación de tales pruebas llevó al Tribunal sentenciador a incurrir en error de hecho el cual consta de modo manifiesto de autos. Las pruebas que se dejaron de apreciar por el Tribunal y a que se refiere este cargo son las siguientes: A) El documento que obra al folio 15 del cuaderno número 1 en sí hace constar el doctor Carlos Patiño Ospina, con fecha 26 de enero de 1970, que él recibió de la señora Rosana Rodríguez de Martínez y del profesor Luis Cuartas, a buena cuenta de honorarios en el juicio de venta contra Ana Joaquina Rodríguez Medina, la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente, en dinero efectivo. Por lo tanto, sí existe prueba de que Cuartas ejerció el poder y que el mandato se desarrolló, pues él (Cuartas) aparece entregando al doctor Patiño Ospina una suma de dinero; B) Del recibo del folio 16, cuaderno número 1, consta que el mismo doctor Carlos Patiño Ospina recibió del profesor Luc. Ronstai, la suma de quinientos pesos. De modo que el profesor Cuartas sí cumplió sus obligaciones de mandatario, entre ellas la de suministrar dinero al doctor Carlos Patiño Ospina, abogado de la señora de Martínez; C) Y del comprobante que corre al folio 17 del cuaderno número 1 consta que el demandante aparece consignando en el Banco del Comercio la suma de cuatro mil seiscientos cincuenta pesos a la orden del doctor Carlos Patiño Ospina, en la cuenta corriente de éste. De manera que el demandante sí tuvo actividades en ejercicio de los poderes conferidos por la demandada. Este error de hecho en la falta de apreciación de esas pruebas es tan ostensible que el mismo Tribunal considera: 'Pero, demostrada la efectiva prestación de servicios, en pequeñas gestiones de mínima importancia, sin saber los elementos necesarios para determinar su valor, es evidente que en el expediente tampoco aparece la demostración plena y exacta de éste'. De suerte que el Tribunal acepta la efectiva prestación de servicios, en pequeñas gestiones de mínima importancia, pero dice que no se saben los elementos necesarios para determinar su valor. Siendo así, que de los documentos que corren a los folios 15, 16 y 17 y los cuales no se apreciaron en el fallo, consta, sin lugar a duda, que Cuartas suministró al doctor Carlos Patiño Ospina, abogado de la demandante Rodríguez de Martínez las sumas de cinco mil pesos; quinientos pesos, y cuatro mil

seiscientos cincuenta pesos, es decir, en total la cantidad de diez mil ciento cincuenta pesos. En conclusión es diáfana la violación del artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición ésta que establece que todo trabajo dependiente debe ser remunerado. Con la sentencia acusada no solo se le niega al trabajador y apoderado Cuartas la remuneración, sino que también se le desconoce el derecho a que se le pague sumas de dinero dadas por él en ejercicio del mandato que le otorgó su poderdante Rosana Rodríguez de Martínez".

Se considera.

En los cargos segundo, tercero y cuarto, el recurrente insiste en el mismo error del primero, o sea señalar como violadas normas del Código Sustantivo del Trabajo, que por disposición expresa del artículo 5º regula el trabajo humano "siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo", que por tal motivo es subordinado o dependiente. El artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, citado como violado en los tres cargos que se estudian y el único en el tercero, corrobora lo dispuesto en el 5º, pues dice que "todo trabajo dependiente debe ser remunerado", norma que por lo expresa y clara excluye el trabajo independiente, que se rige por normaciones contenidas en Códigos diferentes al Laboral. El mandato civil, cuya existencia invoca el demandante en el juicio y en el recurso como la fuente del derecho a los honorarios por servicios prestados, está contemplado en el Código Civil y la remuneración por la ejecución de las gestiones encomendadas al mandante están previstas en ese estatuto.

La circunstancia de que el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 sustraiga de la justicia ordinaria civil el conocimiento "de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen", para atribuirlo a la Justicia del Trabajo, no significa que la relación jurídico sustancial, conforme a la cual deba decidirse el litigio, sea la ley sustantiva laboral, que es distinta a la que en cada caso se establece como causa del servicio personal independiente; así reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte.

Los argumentos anteriores, además de los expuestos en el cargo primero, son suficientes para que la Sala concluya que los cargos segundo, tercero y cuarto, señalan como violadas disposiciones que en el caso en estudio no pudieron ser objeto de violación por el Tribunal Superior, que tomó su decisión con base en la existencia de contratos de mandato civiles, no sometidos al Código Sustantivo del Trabajo. No prosperan, por lo tanto, los cargos segundo, tercero y cuarto.

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 proferida el veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES

El artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las relaciones del derecho individual del trabajo entre la Administración Pública y sus servidores no se rigen por ese Código, sino por los estatutos que posteriormente se dicten.—Ante la posibilidad de que dichos estatutos no se dictaran y para evitar que se presentaren dudas sobre las normas aplicables, el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que quedarían vigentes las normas que regulan, entre otros, el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 25.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Mariano Combatt Lacharme, mayor y vecino de Montería, demandó, por medio de apoderado judicial a las Empresas Públicas Municipales de Montería para que fuesen condenadas a pagarle las siguientes indemnizaciones y prestaciones sociales:

"a) Indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo suscrito entre la entidad demandada y mi poderdante, equivalente a cuarenta y cinco (45) días de salario, más veinte (20) días de salario adicionales, de conformidad a lo que establece sobre el particular el Decreto-ley 2351 de 1965; b) Indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones debidos, equivalente a una suma igual al último salario diario devengado por cada día de retardo; c) Vacaciones en dinero efectivo, equivalentes a quince (15) días de salario por cada año de servicio; d) Auxilio de cesantía, equivalente a un (1) mes de salario por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año".

Según los hechos de la demanda entre Mariano Combatt Lacharme y las Empresas Públicas Municipales de Montería se celebró un contrato de trabajo el 23 de diciembre de 1965, a término indefinido, cuando el trabajador tenía 15 días de estar prestando sus servicios como almacenista; por Resolución de fecha 9 de febrero, número 0020 de 1971, se declaró insubsistente su nombramiento y por Resolución número 0043 de 26 de febrero del mismo año se le declaró separado del cargo, ordenándosele que la entrega del almacén se hiciera a un nuevo almacenista por intermedio de la Auditoría de la entidad demandada y con la intervención de dos testigos nombrados por esa Auditoría, lo que se hizo mediante acta de 28 de junio de 1971 y en la cual el demandante dejó constancia de algunos hechos que lo exoneran de responsabilidad por posibles faltantes en el almacén de la entidad demandada. El sueldo pactado en el contrato de trabajo fue de $ 1.200.00 mensuales, aumentado luego a $ 2.250.00 y a partir del 1º de enero de 1971 fue de $ 2.800.00 hasta la fecha de su retiro por ruptura unilateral del contrato de trabajo.

Al contestar la demanda, por medio de apoderado judicial, las Empresas Públicas Municipales de Montería aceptaron unos hechos y negaron otros, y manifestaron que la prestación de los servicios personales del actor obedeció a un clásico acto administrativo, como fue un nombramiento y una posesión. Además, se opuso a las peticiones de la demanda con fundamento en los siguientes hechos: "a) En la resolución administrativa por medio de la cual se separó del cargo de almacenista de las Empresas al actor, se señalaron las causales que dieron lugar a la medida y el interesado no presentó recurso alguno por la vía administrativa y tampoco por la Contencioso Administrativa, razón por la cual la situación que esa resolución agotó, al quedar debidamente ejecutoriada, no puede ser motivo de

revisión en un procedimiento distinto, que la ley no ha contemplado para esa clase de actos administrativos. No hay, pues, razón alguna ni de hecho ni de derecho para exigir indemnización por el despido. Al no haber acompañado el actor a sus reclamaciones los documentos necesarios para liquidar y pagar sus prestaciones, las Empresas no han entrado en mora en el pago correspondiente. Como funcionario de manejo que fue el actor no ha presentado el finiquito de la Contraloría Municipal, finiquito que no ha podido obtener por haber resultado a su cargo un faltante de materiales, que no ha aclarado y no ha hecho nada de su parte por aclarar o justificar''.

Propuso como previa la excepción de falta de jurisdicción o de competencia por tener el actor la calidad de empleado público, la que el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Laboral del Circuito de Montería, declaró no probada.

Cumplido el trámite de primera instancia, el Juez decidió el litigio, en sentencia de seis de noviembre de mil novecientos setenta y tres por medio de la cual condenó a Empresas Públicas Municipales de Montería a pagar a Mariano Combatt Lacharme la suma de sesenta y dos mil trescientos cuarenta y cuatro pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 62.344.44) moneda corriente, por concepto de la indemnización contemplada en el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, y las costas del juicio en un 50%.

Apeló la entidad demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Laboral, desató el recurso mediante fallo de diez de junio de mil novecientos setenta y cuatro, que confirmó en todas sus partes el de primera instancia.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de las Empresas Públicas Municipales de Montería. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de oposición presentado por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: ''El presente recurso pretende obtener que se case la providencia recurrida en cuanto por su numeral 1º confirma la condena del *a quo* en punto a 'salarios caídos', para que en su lugar, como Tribunal de instancia, revoque dicha condena y absuelva a las Empresas Públicas Municipales de Montería del concepto a que ella se contrae, proveyendo sobre costas como es de rigor''.

Con base en la causal primera de casación, el recurrente presenta dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Cargo primero.

''La providencia recurrida violó directamente, por aplicación indebida, el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y, por falta de aplicación el inciso 1º *ibídem*, en relación con los artículos 3º, 4º, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, 18 y 1602 del Código Civil y 57 del Código de Régimen Político y Municipal, lo que la condujo a hacer mal uso del artículo 65 del estatuto sustantivo laboral. En efecto, sobre la base indiscutida de que las Empresas Públicas de Montería son un establecimiento público del orden municipal al cual le es aplicable el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, vigente en el momento en que se produjo la desvinculación del actor de su servicio, el *ad quem* razonó en síntesis así: 'Entre las partes se suscribió un contrato de trabajo el 23 de diciembre de 1965. Es cierto que las Empresas Públicas Municipales de Montería dictaron la Resolución 004 de 4 de junio de 1970, por medio de la cual, en ejercicio de facultad que no admite discusión, clasificó el personal a su servicio. En esta resolución el actor, quien desempeñó el cargo de almacenista, quedó catalogado como empleado público. Sin embargo, como aquel contrato es ley para las partes, las Empresas Públicas Municipales no podían, por medio de dicha resolución, esto es, por sí y ante sí, dejarlo sin vigencia. Por ello debe tenerse al actor como trabajador oficial y condenar a su contraparte en la misma forma como lo hizo el *a quo*, vale decir a pagar 'salarios caídos', con fundamento en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que a este respecto no hizo rectificación alguna'. Pero si, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 1602 del Código Civil, el actor fue un trabajador oficial por virtud de aquel contrato de trabajo, dejó de serlo y pasó a convertirse en un empleado público por imperio de los artículos 18 del Código Civil y 57 del Código de Régimen Político y Municipal, desde el momento mismo en que entró a regir el canon 5º del Decreto 3135 de 1968. Porque siendo las Empresas Públicas Municipales de Montería, un establecimiento público y no habiendo trabajado su demandante, como almacenista que fue, en la construcción y sostenimiento de obras públicas, su situación tuvo por fuerza, por encuria (sic) del querer de cualesquiera personas que trastocarse en legal y reglamentaria. Tal trastocamiento se afianzó luego, sin duda, cuando las Empre-

sas Públicas Municipales de Montería adoptaron, por mandato irresistible del mismo canon, el estatuto de su personal, en el cual no quedó el actor clasificado como trabajador oficial, como lo acepta la sentencia recurrida. El cambio de *status* jurídico de trabajador oficial a empleado público por decreto o ley, es cuestión aceptada inequivocamente por esa Sala de la honorable Corte en sentencia de 15 de febrero de 1973, juicio de Carlos Clemow Lavalle vs. Instituto de Crédito Territorial y de 30 de julio del año en curso, jucio de Jorge Artel vs. Universidad del Atlántico, entre otros. De no haber sido, pues, por la falta de aplicación del inciso 1º y la indebida aplicación del inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que lo llevaron a estimar que el actor estuvo ligado a las Empresas Públicas Municipales de Montería por contrato de trabajo y no mediante una relación de derecho público, el *ad quem* no habría usado el precepto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo con pretermisión de lo dispuesto en los artículos 3º, 4º, 491 y 492 *ibídem* y sí absuelto a dicho establecimiento público por el concepto de indemnización por mora, concebible solo cuando ha existido aquel contrato y no esta relación''.

Para el opositor no hubo violación del artículo 5º, inciso 2 del Decreto 3135 de 1968, por cuanto el conflicto jurídico a decidir tuvo origen en el contrato de trabajo suscrito entre las partes; porque hay pruebas de la existencia real de un contrato de trabajo, como el documento que lo contiene y la resolución de nombramiento; porque no puede argüirse que so pretexto de un cambio en la identidad, forma jurídica o régimen legal de la persona jurídica, el patrono, puede pretenderse el desconocimiento de las obligaciones contractuales de índole laboral asumidas con el anterior *status* jurídico y porque no puede aceptarse que la definición que dieron las Empresas Públicas Municipales de Montería como empleados públicos a sus trabajadores podía desconocer los efectos que en el orden laboral dan las disposiciones que regulan el trabajo humano en ese momento y que son de orden público.

Se considera.

El Tribunal Superior dijo sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes:

''Viene establecido que el demandante fue nombrado por medio de la Resolución número 182 de 6 de octubre de 1965 para desempeñar el cargo de almacenista de las Empresas Públicas Municipales de Montería y que tomó posesión del cargo, de ello dan fe las copias pertinentes vistas a los folios 97 y 98 del expediente; pero es, igualmente, cierto que en el artículo 2º de la misma resolución se expresa textualmente: 'El nombrado en el artículo anterior deberá tomar posesión de su cargo previo el lleno de los requisitos de ley y firma del contrato de trabajo correspondiente'. El contrato cuya firma se ordena lo suscribieron las partes el 23 de diciembre de 1965 y, según su cláusula 4ª es de duración indefinida. No obstante lo anterior, sostiene el recurrente que el referido contrato es inocuo. Pero ¿cómo ha de serlo por la voluntad exclusiva de una de las partes, en este caso las Empresas demandadas? No, el contrato válidamente celebrado es ley para las partes contratantes y una sola no puede destruirlo impunemente por su sola voluntad. Por otra parte, es cierto que el establecimiento público demandado dictó, mediante su órgano competente la Resolución número 004 de junio 4 de 1970, por medio de la cual y en ejercicio de una facultad legal que no admite discusión, procedió a clasificar el personal a su servicio entre trabajadores oficiales y empleados públicos, y el almacenista quedó entre quienes tienen este último carácter con todas las consecuencias inherentes a esta categoría de servidores públicos, pero esta determinación, posterior al *status* contractual del demandante, no podía producir efectos contra éste mientras las partes contratantes no acomodaran sus relaciones a la nueva situación reglamentaria, lo que implicaba la terminación del contrato por mutuo acuerdo, lo que no se hizo, ya que no era dado a la parte hoy demandada, desconocer unilateralmente el *status* anterior del trabajador oficial a su servicio y con notable perjuicio para los intereses de éste. La realidad de la situación antes descrita lleva a la Sala a considerar al demandante como un trabajador oficial al servicio de las empresas demandadas, haciendo de lado el aspecto meramente formal de su nombramiento y posesión, para acogerse al aspecto de fondo de su vinculación contractual al servicio mediante un contrato que soberanamente firmaron las partes y que debe regir sus relaciones con todas las consecuencias jurídicas que son de su naturaleza y esencia, especialmente el sometimiento a la jurisdicción y competencia de la justicia ordinaria del trabajo para dirimir las cuestiones emanadas de ese contrato. Tiene, en consecuencia, la justicia laboral jurisdicción y competencia para conocer de este proceso, como lo entendió el *a quo*''.

Como se observa de lo transcrito, sintetizado por el recurrente, el fallador de segunda instancia no solucionó la controversia sobre la naturaleza del vínculo que rigió las relaciones entre

demandante y demandada con fundamento en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Se apoyó en el hecho de que las partes celebraron un contrato de trabajo que no podía ser desconocido por una de ellas, sin que hiciera mención de los ordenamientos contemplados en dicha norma. No habiendo sido aplicado, la pretendida violación del artículo 5º, inciso 2 del Decreto 3135 de 1968 no pudo producirse a través de la aplicación indebida por la vía directa que supone la decisión del litigio con fundamento en dicha disposición. El cargo, en consecuencia, no prospera.

Cargo segundo.

"La sentencia recurrida infringió directamente por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 2º, 4º, 491 y 492 *ibídem*, y, por falta de aplicación, los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y único del Decreto 797 de 1949 en relación con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Supuesto que esa Sala de la honorable Corte fuera del criterio de que entre las Empresas Públicas Municipales de Montería y el actor existió un contrato de trabajo, el *ad quem* habría aplicado mal el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por pretermisión de lo dispuesto en los artículos 3º, 4º, 491 y 492 del mismo estatuto. Porque no otra cosa significa, se repite, el que hubiera confirmado en su totalidad, sin hacerle rectificación a ninguna de sus partes, la providencia del *a quo* que inequívoca, expresamente echó mano de aquel precepto para resolver el caso *sub júdice*. Pero siendo las Empresas Públicas Municipales un establecimiento público, y de consiguiente, cualquiera que sea la vinculación, empleados oficiales sus servidores, resulta evidente que el mencionado artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no puede reglar, en ninguna medida, sus situaciones laborales. Tal artículo, en efecto, como es de sobra sabido, solo es aplicable en el sector privado en los casos de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales. Estos casos, en el sector de que se trata, es decir, en el oficial, están regulados por el artículo único del Decreto 797 de 1949, que fue la norma que debiendo aplicar dejó de aplicar el sentenciador de la segunda instancia al definir la presente controversia. El cargo, pues, a mi juicio, se encuentra fundado, solo que a manera de consideración de instancia, conviene agregar que si las Empresas Públicas Municipales de Montería se abstuvieron de cancelar en un principio la cesantía a que era acreedor el actor, ello se debió a que estimó, con razones más que fundadas, como se puso de presente en el cargo anterior, al cual me remito, que la vinculación que ellas tenían con este señor estaba regida por una relación de derecho público. En estas circunstancias mal puede atribuirse mala fe en la conducta asumida por las Empresas, que es el presupuesto indispensable para que proceda la indemnización por mora".

Se considera.

El artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las relaciones del derecho individual del trabajo entre la Administración Pública y sus servidores no se rigen por ese Código, sino por los estatutos que posteriormente se dicten. Ante la posibilidad de que dichos estatutos no se dictaren y para evitar que se presentaren dudas sobre las normas aplicables, el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que quedarían vigentes las normas que regulan, entre otros, el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales. Es decir, que son las normas anteriores al Código que se aplicaban a los trabajadores oficiales, las que continúan rigiendo las relaciones de la Administración Pública con sus servidores, mientras no hayan sido modificadas por leyes posteriores. El inciso 1 del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1848 de 1969, que estableció que esas relaciones se regirían por el Código Sustantivo del Trabajo, fue declarado nulo en lo pertinente por el Consejo de Estado, en sentencia de 27 de julio 1971.

En relación con la indemnización por mora dijo el Tribunal Superior:

"Resuelto lo anterior y entrando al pronunciamiento relacionado con las condenas sometidas a la consideración de la Sala, tenemos que se ajustan a derecho, pues si bien la parte demandada despidió con justa causa al trabajador oficial a su servicio, no alegó derecho para retener legalmente las prestaciones retenibles de éste, luego incurrió en mora en el pago de las mismas a partir del 28 de junio de 1971, fecha en que el trabajador hizo entrega de los enseres a su cargo a satisfacción de la parte demandada, como se hizo constar en el acta complementaria correspondiente, hasta el día en que se depositó en el Banco Popular el valor de las prestaciones a órdenes del Juzgado, poniéndolas así a disposición de su beneficiario, condena que se hizo con base en el sueldo de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800.00) mensuales durante un año, diez meses y ocho días, a razón de noventa y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 93.33) diarios, lo que da el total de la condena que suma la cantidad de sesenta y dos mil trescientos cuaren-

ta y cuatro pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 62.344.44). En cuanto a las costas del proceso tasadas en un cincuenta por ciento (50%) la condena es justa ya que prosperaron parcialmente las pretensiones de la parte demandante. Es, pues, el caso de impartir confirmación a la sentencia materia de la alzada".

No dice el fallador de segunda instancia cuál es la norma que aplicó para llegar a la misma conclusión del *a quo* sobre condena a la entidad demandada de pagar la indemnización por mora. Mas como no hace ninguna reserva sobre las consideraciones y motivaciones del Juez de primer grado y expresamente dice en su parte resolutiva que se confirma en todas sus partes la sentencia objeto de la alzada, debe entenderse que tuvo en cuenta el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que expresamente aplicó el fallador de primera instancia, quien dijo: "Por lo expuesto, es necesario dar aplicación al artículo 65 del C. S. T.".

Violó, en consecuencia, el Tribunal Superior el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida, y los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, pues ante el hecho admitido por el Tribunal Superior y que el recurrente acepta para efectos de la acusación, de que el demandante fue un trabajador oficial, eran aplicables estas últimas normas y no el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, el cargo prospera y la sentencia recurrida se casará en lo pertinente, de acuerdo con las siguientes consideraciones de instancia:

Como lo dice el recurrente, desde la contestación de la demanda y a lo largo del proceso la entidad demandada sostuvo que el demandante era un empleado público, no sujeto en sus relaciones con la Administración Pública a las normas sobre contratos de trabajo. Fundamentó esta excepción en que siendo las Empresas Públicas Municipales de Montería un establecimiento público, sus servidores, por regla general, son empleados públicos de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y que el demandante no desempeñaba un cargo de aquellos que la misma entidad había señalado en sus estatutos que podían ejecutarse a través de un contrato de trabajo. Sin embargo, no fue ese el verdadero motivo para no proceder oportunamente al pago del auxilio de cesantía, que se debe tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales, sino que en la contestación de la demanda dio como justificación a la mora el que el demandante no presentó los documentos necesarios para liquidar el auxilio de cesantía, entre otros, el finiquito de la Contraloría por haber sido funcionario de manejo, sin que demostrara en el juicio la exigencia reglamentaria para supeditar el pago de las prestaciones sociales a la presentación de esos documentos. Además, si ello era así, no abona la buena fe de la demandada el que no hubiera comunicado a Combatt Lacharme la necesidad de llenar esos requisitos y, por el contrario, guardara silencio ante las numerosas solicitudes que aquél hizo para que se le reconociera el auxilio de cesantía, que aparecen en los documentos de folio 4, de fecha 12 de abril de 1972, y de folio 7, fechado el 24 del mismo mes y año, entre otros.

No habiéndose acreditado la buena fe de las Empresas Públicas Municipales de Montería por el no pago oportuno del auxilio de cesantía y de la prima de Navidad, se ha hecho merecedora de la sanción contemplada por el Decreto 797 de 1949 y, en consecuencia, se la condenará al pago de la indemnización que se desprende de su artículo 1º. Como la entidad demandada consignó el 8 de mayo de 1973 (folio 141 vuelto), el valor de nueve mil ciento setenta y un pesos con ochenta centavos por concepto de saldo del auxilio de cesantía y la prima proporcional de Navidad, hasta esa fecha se limitará la indemnización. Y como de acuerdo con el mismo Decreto 797 de 1949 las entidades oficiales gozan de un plazo de noventa días desde la terminación del contrato, la cuenta se iniciará a partir del 29 de junio de 1971, fecha en que terminó el vínculo jurídico entre demandada y demandante. Descontando los inhábiles, los noventa días se vencieron el 14 de octubre del mismo año. De allí al 8 de mayo de 1973 hay quinientos setenta y un (571) días. Siendo el último sueldo del demandante de $ 2.800.00 mensuales, el salario diario fue de $ 93.33, que multiplicado por 571, da un total de $ 53.291.43, que es el valor de la indemnización que corresponde a Mariano Combatt Lacharme. En consecuencia se modifica el fallo de primer grado para fijar la cuantía de la condena por indemnización moratoria en la suma que se ha obtenido.

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 proferida el diez de junio de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Civil Laboral, en cuanto confirmó la condena del Juez de primer grado sobre indemnización moratoria y en sede de instancia modifica la decisión del *a quo* en el sentido de fijar el valor de dicha condena en la suma de cincuenta y tres mil doscientos noventa y un pe-

sos con cuarenta y tres centavos ($ 53.291.43) que pagará las Empresas Públicas Municipales de Montería a Mariano Combatt Lacharme, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ella, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 25.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.).

El señor Javier García Hernández, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la empresa "Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A." (ACUANTIOQUIA) con la finalidad de obtener el pago de: Reajuste de cesantía, vacaciones y primas, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

Como hechos fundamentales de la demanda presentó los que se sintetizan así:

Que estuvo vinculado a la empresada demandada "Acuantioquia", mediante contrato de trabajo durante el tiempo comprendido entre el 1º de agosto de 1969 y el 28 de febrero de 1971, con el cargo de promotor, educación sanitaria y publicidad, con un salario promedio mensual de $ 3.206.44.

Que la Junta Directiva de la empresa, por medio de Acuerdo número 001 de 9 de febrero de 1971, suprimió el cargo que desempeñaba el demandante, y así lo comunicó a éste, y que esa causal aducida para terminar el contrato de trabajo no está contemplada como justa, por lo que se le deben los salarios de plazo presuntivo, y que así mismo el despido injusto acarrea indemnización por ello y moratoria.

La parte demandada aceptó como ciertos los hechos primero y segundo, al tercero manifestó que el salario base era de $ 117.37 diarios y al cuarto dijo que es inexacto. Que la Junta Directiva por Acuerdo número 001 de 9 de febrero de 1971 suprimió varios cargos porque "una entidad estatal (sus socios son la Nación, el Departamento y los Municipios), no pueden cometer el grave error de mantener posiciones que no se necesitan..., etc.".

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de dos de noviembre de mil novecientos setenta y tres en el que resolvió de la manera siguiente:

"CONDÉNASE a la entidad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A. (ACUANTIOQUIA), a pagar al demandante Javier García Hernández, los siguientes conceptos:

"La suma de diez y siete mil seiscientos cinco pesos con cincuenta centavos ($ 17.605.50) *indemnización por despido injusto;* la suma de ciento diez y siete pesos con treinta y siete centavos ($ 117.37) diarios, desde el primero (1º) de noviembre de 1971 en adelante, *indemnización por mora* en el no pago oportuno de la indemnización por despido unilateral e injusto .

"No se declaran las excepciones.

"Se condena en costas a la demandada".

Apelaron los apoderados de las partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de sentencia de quince de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, al decidir la alzada, revocó el proferimiento del Juzgado y absolvió a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación el actor del juicio, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro del término indicado para ello presentó el recurrente su demanda, que sin réplica del opositor se procede a *decidir:*

La demanda.

Dice el impugnante:

"Pretendo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto absuelve de las indemnizaciones por despido injusto y por mora en el pago de esta indemnización, para que, convertida esa Superioridad en Tribunal de instancia, confirme la sentencia de primer grado, imponiendo a la parte demandada las costas en el recurso, si hubiere oposición".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta un cargo, así:

Cargo único.

"Interpretación errónea de los artículos 1º de la Ley 151 de 1959; 5º del Decreto legislativo 3135 de 1968, 1º del Decreto-ley 3130 de 1968 y 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968, reglamentados por los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1848 de 1969. Interpretación errónea que condujo a la falta de aplicación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 40, 43, 48, 49 y 51 del Decreto 2127 de 1945, y artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945".

"No ha sido tema de discusión entre las partes lo relativo a la índole del oficio desempeñado, a la duración de los servicios, al salario básico de $ 117.37 diarios, y al despido, aun cuando la entidad demandada trata de explicarlo expresando que en la empresa se suprimieron varios cargos. Discrepan en lo que atañe a la naturaleza jurídica de la sociedad, pues ésta, en el proceso, afirma su calidad de establecimiento público, mientras que el actor le atribuye el carácter de empresa comercial oficial, del orden departamental, y alega, como fundamento de sus reclamaciones, la existencia de un contrato de trabajo con dicha entidad.

"A propósito, dice el *ad quem*":

Transcribe un paso de la sentencia y dice:

"Se refiere luego, el fallador, al contenido de los artículos 5º del Decreto legislativo 3135 de 1968; 1º del Decreto-ley 3130 de 1968 y 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968, y prosigue":

Copia apartes de la providencia acusada y concluye:

"Como se ve, por los apartes anteriores de la sentencia que se revisa, para el fallador de segunda instancia 'Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A.', lleva en su denominación la sugerencia de que sus actividades se relacionan con la prestación de un servicio que tradicionalmente ha sido de la incumbencia del Estado y, por lo mismo, de un carácter propiamente administrativo y no industrial o comercial porque no pueden tener esta condición los que se encaminan a satisfacer una necesidad tan esencial de la que dependen la salud y seguridad públicas.

"A mi juicio, esa apreciación del fallador es inexacta, aun admitiendo que tradicionalmente el Estado haya suministrado el agua para el consumo de la población como lo dice la sentencia, porque esa circunstancia no excluye la posibilidad de que los particulares presten ese servicio como personas naturales o mediante la constitución de sociedades comerciales. Ni se opone un precedente de esa clase a que el mismo Estado, inspirado en las modernas tendencias de Derecho Administrativo, erija, al lado de los establecimientos públicos, a la empresa industrial o comercial como parte de la Administración Pública, para la prestación de servicios de esa índole o de cualquiera otra con miras al interés general, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos. Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A., se constituyó como sociedad comercial anónima, y su patrimonio está formado por aportes de la Nación, del Departamento y de los Municipios. Tiene personería jurídica y autonomía administrativa y no se discute que fue creada por acto de la Asamblea Departamental a iniciativa del Gobernador, de acuerdo con atribuciones consignadas en la Reforma Constitucional de 1968. Es decir, que reúne todas las características de las empresas comerciales e industriales del Estado y, por ello, las personas que prestan sus servicios en 'Acuantioquia' son trabajadores oficiales y no empleados públicos, exceptuando los que asuman esta última calidad por disposición estatutaria.

"Javier García, como lo reconoce el mismo fallador, se vinculó a la empresa por medio de un contrato de trabajo, lo que indica que desde el comienzo de la relación jurídica fue considerado como trabajador oficial y no como empleado público.

"Hubo, pues, por parte del fallador, una equivocada interpretación de los textos legales que cita en apoyo de su sentencia al decidir, de acuerdo con ellos, que 'Acueductos y Alcantarillados de Antiquia, S. A.' (sociedad anónima) es un establecimiento público y no una empresa comercial del Estado, en el orden departamental, lo que incidió en la parte resolutiva de su proveído, ya que al definir así la naturaleza jurídica de la parte demandada, dejó de aplicar las normas que consagran los derechos cuyo reconocimiento

solicita mi mandante en el carácter de trabajador oficial".

Se estudia.

El Tribunal se pronunció en la sentencia recurrida de la siguiente manera:

"El actor sostiene que la entidad demandada es una empresa industrial y comercial de carácter oficial, del orden departamental, y que entre los litigantes existió un contrato de trabajo que sirve de fundamento a sus reclamaciones. La demandada afirma que es un establecimiento público. Definir la índole de la institución demandada por este aspecto es esencial para resolver sobre la naturaleza del vínculo laboral entre los litigantes y la procedencia de las pretensiones del libelo, porque éstas se causaron si existió un contrato de trabajo entre los litigantes.

"La vinculación entre las partes se formó cuando ya había empezado a regir el Decreto legislativo 3135 de 1968, el cual dispone, en su artículo 5º: 'Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

" 'Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos'.

"De la norma anterior se extraen estas reglas":

Hace un estudio de este precepto y continúa:

"Según el artículo 1º del Decreto-ley 3130 de 1968, dentro de las entidades descentralizadas es necesario distinguir tres categorías jurídicas diferentes: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

"Estatuye el Decreto 1050 de 1968, artículo 5º, que los establecimientos públicos son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas de Derecho Público, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa, y c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

"Según el artículo 6º del mismo Decreto las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

"De las definiciones anteriores se deduce que son comunes tanto a los establecimientos públicos como a la empresa industrial y comercial del Estado, estos elementos: a) Creación o autorización legal; b) Personería jurídica; c) Autonomía administrativa; d) Patrimonio y capital independiente, constituido con fondos de idéntica proveniencia.

"De las mismas definiciones surgen los siguientes elementos diferenciadores de estas dos categorías de entidades descentralizadas: *objeto:* cumplimiento de funciones administrativas en los establecimientos públicos, y desarrollo de actividades industriales y comerciales en las empresas del Estado".

Presenta un análisis de las funciones administrativas y agrega:

"Las regulaciones de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 se refieren a las entidades descentralizadas de carácter nacional, pero la Constitución Nacional, en las reformas que adoptó en el año de 1968, en sus artículos 187, ordinal 6º, y 197, ordinal 4º, autorizó la creación de las mismas instituciones en la órbita departamental y municipal, en las condiciones señaladas por esos preceptos. Ahora, los elementos que en el Decreto 1050 se consagran como configurantes y diferenciadores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales de carácter oficial, corresponden, igualmente, a los que señala la doctrina administrativa más generalizada, es decir, que en definitiva son los mismos principios los que sirven para definir a los organismos de una u otra índole en la esfera nacional, departamental o municipal.

"La parte demandada, como lo sugiere su nombre, *es una entidad cuyas actividades se relacionan con un servicio que en forma tradicional ha sido eminentemente público entre nosotros, en razón de que sus actos tienden a la realización final del suministro y provisión de agua, para el*

consumo de la población en las distintas comunidades. Sus acciones se dirigen a llenar una función que inveteradamente ha estado a cargo de la Administración Pública. Por consiguiente, son servicios de carácter propiamente administrativo y no industrial y comercial, porque, por definición, no pueden tener esta última condición los que se encaminan a la satisfacción de una necesidad colectiva tan esencial, de la cual dependen la salud y la seguridad públicas, que por ello constituyen una típica función administrativa. No podría afirmarse que se trata de una actividad de carácter industrial o comercial. (Se subraya).

"En esta forma, con base en las disposiciones legales citadas y en los principios fundamentales del derecho administrativo, la entidad demandada debe clasificarse *como un establecimiento público,* con las consecuencias que de allí se derivan en el aspecto laboral. En efecto, en las entidades descentralizadas de esa naturaleza se entiende, al tenor del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que quienes trabajan a su servicio son empleados públicos, a menos que en sus estatutos se haya precisado que la actividad respectiva puede ser desempeñada por personas vinculadas mediante contrato de trabajo de personas que laboren en la construcción o sostenimiento de obras públicas.

"En ninguna de las dos situaciones se encuentra el actor, quien tenía las funciones de promotor de educación sanitaria y publicidad, y no ha demostrado, de otro lado, que en los estatutos de Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A., se haya determinado que esa actividad puede ser desempeñada por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"No se afecta esta conclusión por la circunstancia de que para incorporar al demandante al servicio se haya celebrado entre las partes el acuerdo escrito de folios 16 y 17, que denominó contrato de trabajo. Las normas de derecho que han estado vigentes imponen siempre un régimen jurídico distinto para los trabajadores oficiales y para los empleados públicos. Así, la defición de una y otra calidad nace del ejercicio de facultades constitucionales y legales otorgadas exclusivamente a los órganos del Estado, que excluye todo medio convencional, sea individual o colectivo. La condición de empleado público o de trabajador oficial constituye un *status* de derecho público, que no puede modificarse en su concepción constitucional ni en su regulación legal por voluntad de las partes en un llamado contrato de trabajo. Por eso no tiene validez jurídica la voluntad de los contratantes ni por ella puede cambiarse un *status* de esta índole, ni cabe, por lo tanto, hablar en este campo de derechos adquiridos.

"Si entre las partes existió el contrato de trabajo que se pregonó en el libelo, como fundamento de las pretensiones impetradas, no procede un fallo inhibitorio, sino absolutorio, en el sentido de que con base en una relación jurídica de aquella naturaleza no se causaron los derechos reclamados en la demanda".

(Hasta aquí el Tribunal).

De los pasos transcritos de la providencia materia del recurso se concluye que el *ad quem* consideró que los servicios prestados por "Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A." (ACUANTIOQUIA), son de carácter administrativo y no industrial y comercial; que el suministro y provisión de agua ha sido función inveteradamente a cargo de la Administración Pública y el demandante, en consecuencia, un empleado público.

Ciertamente, *según el artículo 1º del Decreto 3130 de 1968, dentro de las entidades descentralizadas se distinguen tres categorías jurídicas diferentes: Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*

Y al tenor de lo estatuido por el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968: los establecimientos públicos, son organismos creados por la ley o autorizados por ésta para atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público, mientras que como lo indica el artículo 6º ibídem, *las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ella, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del Derecho Privado (salvo las excepciones que consagra la ley).*

Observa esta Sala de la Corte que, la parte demandada no es una entidad territorial de Derecho Público, pero está formada por la Nación, el Departamento y los Municipios de Antioquia, que son los socios que la integran, según la contestación de la demanda.

No es un establecimiento público descentralizado, o por lo menos no está acreditado en el curso del proceso que tenga esa naturaleza jurídica.

En consecuencia, si como su razón social lo indica "Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A.", es una sociedad anónima, no puede ser un establecimiento público, sino una sociedad de economía mixta, integrada como queda advertido, por la Nación, el Departamento y los Municipios de Antioquia, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, en conformi-

dad con lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 que dice:

"...las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

Esta conclusión está acorde con la propia contestación de la demanda en donde se expresa que la liquidación de viáticos se le hizo al demandante "de acuerdo con la reglamentación de la empresa que es la que prevalece para las sociedades estatales y de economía mixta en la que tiene parte principal el Estado, de acuerdo con el Decreto 3130 de 1968, ya que se rigen por normas especiales".

En estas condiciones, y a la luz de los preceptos invocados por el ad quem *no puede concluirse que los servicios prestados por la entidad demandada, en especial el de acueducto, es decir, distribución y suministro de agua, constituya función determinante de un establecimiento público, inveteradamente a cargo de la Administración, como lo dice el fallador de segundo grado, por cuanto esta clase de servicios bien pueden ser prestados por particulares, como el alumbrado público o como los de comunicaciones telefónicas y transporte.*

Si, pues, como resulta claro, la parte demandada es una sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, el demandante encargado de la promoción de salud y publicidad, fue un trabajador oficial y no un empleado público, toda vez que al tenor de lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, inciso segundo: "...las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Y en el caso concreto de autos no está demostrado que el cargo desempeñado por el actor del juicio fuera de aquellos comprendidos en la excepción aludida.

Es, pues, evidente el error cometido por el ad quem *al deducir de los antecitados preceptos que la empresa demandada es un establecimiento público y que el demandante es un empleado ligado a la administración por una situación legal y reglamentaria. Ese error conceptual al interpretar en tal forma las aludidas disposiciones, hace que el cargo prospere y, por tanto, habrá de ser casada la sentencia recurrida.*

Consideraciones de instancia.

Además de lo ya expuesto en los pasos anteriores de esta providencia, cabe anotar que al folio 16 se encuentra fotocopia del contrato de trabajo celebrado entre el señor José Javier García Hernández y la empresa "Acueductos y Alcantarillados de Antioquia, S. A.", con domicilio en Medellín, en donde se llama a la empresa "el patrono" y al contratado "el trabajador", con una asignación mensual de $ 2.300.00 por tiempo indefinido, prorrogable de seis en seis meses. Tal contrato fue suscrito el 6 de agosto de 1969, pero en la contestación de la demanda se acepta que la relación contractual laboral empezó el 1º de agosto de ese mismo año.

Así mismo en esa contestación de la demanda se expresa que el salario base fue de $ 117.37 diarios.

Al folio 14 se encuentra fotocopia de la nota de 15 de febrero de 1971, mediante la cual la empresa hace saber al señor García Hernández que "...se acordó suprimir el cargo de promotor de educación sanitaria y publicidad, que con gran acierto venía desempeñando", decisión que se dice fue tomada debido a difícil situación económica de la empresa, y se hace saber que se prescinde de los servicios del trabajador a partir del 28 de febrero de 1971.

En virtud de que el motivo señalado para la terminación del contrato de trabajo por parte de la empresa, fue la supresión del cargo, y ésta no es causal contemplada en la ley como justificativa de tal actitud, la demandada al tomar esa decisión de manera unilateral incurrió, desde luego en despido injusto y por ende de la indemnización correspondiente, que comprende la remuneración por el tiempo faltante para la terminación del plazo presuntivo del contrato de trabajo, en este caso equivalente a cinco meses, con base en la remuneración de $ 117.37 diarios, o sea la cantidad total de $ 17.605.50.

En lo atinente a la indemnización moratoria, como la propia demandada tenía conocimiento de que era una sociedad de economía mixta, según el aparte final de la contestación de la demanda transcrito antes, y sabía perfectamente que había celebrado un contrato escrito de trabajo con el trabajador demandante, al hacer uso de su derecho de suprimir el cargo, tenía que saber también que ese procedimiento llevaba envuelta la obligación de indemnizar al trabajador oficial por el despido o terminación unilateral del contrato de trabajo. Es, pues, conducente el pedimento de indemnización por mora, que debería cubrir la demandada desde el cumplimiento de los noventa días de gracia, contados desde la ter-

minación unilateral del contrato de trabajo. Empero, como el actor del juicio ha solicitado la confirmación del fallo del *a quo* que comprende esta última indemnización desde el 1º de noviembre de 1971 a razón de $ 117.37 diarios, así ha de confirmarse.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha quince de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, en cuanto absolvió a la empresa demandada del pago de indemnización por despido e indemnización moratoria, y en *sede de instancia,* CONFIRMA el fallo proferido en este mismo juicio por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el dos de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

Sin costas en la segunda instancia.

No se causaron costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



IDEMA (INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO, ANTES INA)

En cumplimiento del Decreto 1050 y del 2420 de 1968, se dictó el 715 de 1969, el cual expresa en su artículo 1º: El Instituto de Mercadeo Agropecuario, es un establecimiento público, esto es, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura, que se organiza conforme a las normas establecidas por el Decreto 2420 (1968), las reglamentaciones de éste y las contenidas en los presentes estatutos.—Queda establecido entonces que el IDEMA sí es un "establecimiento público" sin ánimo de lucro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio diez y seis de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 33.—Radicación número 4636.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar).

Armando Barreiro Montaño, asistido de apoderado, demandó, por la vía ordinaria laboral al Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA (antes INA), representado legalmente por el doctor Jaime Uribe Urdaneta, o quien haga sus veces, para que en sentencia definitiva fuera condenado a pagarle: "1º Indemnización por despido —lucro cesante—. 2º Indemnización moratoria y 3º Costas".

El apoderado del demandante afirmó como hechos:

"1. Mi poderdante, Armando Barreiro Montaño laboró al servicio del Instituto demandado desde el 2 de agosto de 1957".

"2. Tales servicios se prestaron por Armando Barreiro Montaño al Instituto hasta el 15 de octubre de 1970".

"3. El último salario promedio devengado por mi poderdante fue de $ 3.765.48".

"4. Barreiro Montaño fue despedido por el Instituto sin causa legal ni justificativa".

"5. Mi patrocinado, directamente pidió al Idema se reconsiderara la determinación de su despido, para lo cual en forma por demás satisfactoria, dio las explicaciones de rigor, pero esta petición no fue oída, agotándose de esta manera el trámite del artículo 6º del C. P. L.".

"6. Al momento del despido, Armando Barreiro Montaño, disfrutaba de los beneficios de la convención colectiva, suscrita entre el Idema —antiguo Ina— y su sindicato, del cual sindicato Barreiro era miembro de la junta directiva".

"7. Hasta la fecha el Instituto no ha pagado ningún valor por los conceptos a que se refiere esta demanda".

"8. El artículo 26, en su literal h), de la convención colectiva indicada, reza la forma como debe liquidarse la indemnización por despido".

En derecho se apoyó en las disposiciones pertinentes de la Ley 6ª de 1945, su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, la convención colectiva y el Código de Procedimiento Laboral.

El Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA—, al contestar la demanda, por medio de apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor; propuso como excepciones previas las de falta de jurisdicción y de competencia y como perentorias las de inexistencia de las obligaciones reclamadas y la de compensación fundamentando las dos primeras en no tener Barreiro Montaño el carácter de trabajador oficial y ser, por el contrario, un empleado público y en no haberse agotado la vía gubernativa y sobre los hechos dijo:

"*Al primero.* Es cierto".

"*Al segundo.* Es cierto".

"*Al tercero.* El último salario promedio mensual devengado por el señor Barreiro Montaño fue inferior a $ 3.765.48".

"*Al cuarto.* La terminación de la relación laboral no fue ilegal ni injustificada".

"*Al quinto.* El demandante no agotó en debida forma el procedimiento gubernativo, tal como lo exige el artículo 6º del Código Procesal Laboral".

"*Al sexto.* Me atengo a lo que se pruebe".

"*Al séptimo.* No es cierto, por sustracción de materia, ya que el Idema no adeuda suma alguna al demandante".

"*Al octavo.* Me atengo a lo que se pruebe".

En la primera audiencia de trámite el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, que conoció del juicio, calificó la excepción de falta de jurisdicción como perentoria y dijo que se resolvería en la "debida oportunidad procesal".

Respecto a la falta de competencia la declaró no probada, por considerar que el demandante sí había agotado la vía gubernativa.

El Juzgado puso fin a la primera instancia, por sentencia de 14 de septiembre de 1972, en la cual se condenó al Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— a pagar al demandante, Armando Barreiro Montaño, "por indemnización por despido (lucro cesante), $ 53.143.47, y como indemnización moratoria, la suma de $ 125.52 diarios a partir del 10 de enero de 1971 hasta cuando se cancele el valor del lucro cesante" (numeral 1º); declaró no probadas las excepciones propuestas (numeral 2º) e impuso las costas a la parte demandada (numeral 3º).

Contra la anterior providencia apeló el apoderado de la demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, al resolver la alzada, confirmó el fallo de primer grado, e impuso costas a la parte demandada, ló que hizo en sentencia de 20 de noviembre de 1973.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la entidad demandada, que dicha corporación le concedió y está admitido por la Corte.

El recurso.

Con él persigue el apoderado del Idema, en forma principal, la infirmación total de la sentencia acusada, con "el objeto de que convertida esa honorable Sala en Tribunal de instancia, revoque en todas sus partes la sentencia de primer grado" y en su lugar se absuelva a la entidad demandada de todos los cargos del libelo con que se inició el juicio. Subsidiariamente, busca obtener la casación parcial del fallo para obtener su infirmación en lo que respecta a la indemnización moratoria.

Para conseguir estos fines el acusador formula seis cargos, cuatro principales y dos subsidiarios, que proceden a estudiarse en lo pertinente, teniendo en cuenta la réplica del opositor.

Primer cargo.

Según el impugnador, la sentencia recurrida es "directamente violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, debido a falta de aplicación, de las siguientes normas legales: a) Artículos 1º y 5º del Decreto-ley 1050 de 1968; b) Artículo 19 del Decreto-ley 2420 de 1958, adicionado por el artículo 3º del Decreto-ley 3120 de 1968; c) Artículo 43 del Decreto-ley 3150 de 1968; d) Artículo 5º, inciso 1º, del Decreto-ley 3135 de 1968; e) Artículos 1º y 42 del Decreto ejecutivo 715 de 1969 y, consecuencialmente, por indebida aplicación de las siguientes normas: a) Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, reglamentada por aquél, y b) Artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, y, además, del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 que dichos decretos reglamentan".

Segundo cargo.

Para el acusador la sentencia recurrida viola directamente la ley sustancial "por cuanto incurrió en indebida aplicación, por falta de aplicación del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 467, 468, 469 y 475 del mismo Código, relativos en su orden, a la definición, contenido, forma de la convención colectiva de trabajo y a las acciones de los trabajadores obligados por una convención".

Para sustentar el primer ataque, el recurrente hace tres consideraciones:

1º Que el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, es un establecimiento público y, por tanto, cuando el Tribunal considera que la mencionada entidad "es un establecimiento público descentralizado con ánimo de lucro" y "una empresa del Estado con ánimo de lucro" (folios 287 y 288), violó directamente los artículos 1º y 5º del Decreto-ley 1050 de 1968, en cuanto allí se expresa que "los establecimientos públicos" son organismos integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público y al indicar que estos entes "son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público", y que también violó, con igual carácter, el artículo 43 del Decreto-

ley 3130 de 1968, en cuanto allí se dice que los establecimientos públicos "como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación".

También manifiesta el recurrente que no existe nada más ajeno a la naturaleza del Poder Público o Estado, en cualquiera de sus Ramas, que el carácter empresarial, industrial o comercial propio del sector privado de un país, por cuanto solo lo que es de esta última índole, posee el *animus lucrandi* que el "inferior le asigna al Idema"; que por el contrario, todo lo que posee un carácter estatal está movido por un "ánimo de servicio" que excluye el "ánimo de lucro".

En seguida expresa que como integrantes de la Rama Ejecutiva, "como organismos administrativos" que son, los "establecimientos públicos" —afectos siempre a la prestación de un servicio público— no tienen por objeto el obtener un lucro, aunque puedan obtener contraprestaciones en dinero por los servicios que prestan, los cuales solo tienen por finalidad el compensar los gastos que ello demande. Por eso, agrega, las nociones de "servicio público directo" —o sea el prestado por el Estado a través de sus organismos— y de "ánimo de lucro" se excluyen, salvo cuando la misma ley resuelve crear ciertas "entidades descentralizadas" de carácter comercial o industrial o de economía mixta, como es el caso de las reguladas por los artículos 6º y 8º del Decreto-ley 1050 de 1968, que en todo caso no poseen el carácter de "establecimientos públicos", como sí lo tiene el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA.

Según el acusador, la sentencia mencionada desconoce esa naturaleza de la demandada, al considerarla "empresa del Estado con ánimo de lucro" y aplica así indebidamente, "por falta de aplicación", las disposiciones citadas en el cargo, al igual que el artículo 19 del Decreto-ley 2420 de 1968, que expresamente determina que el Idema es un establecimiento público, y el artículo 1º del Decreto ejecutivo 715 de 1969, aprobatorio de los estatutos de aquella entidad oficial, en el cual así mismo se expresa que posee tal calidad.

2º Que en cuanto al inciso 1º del artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, resulta evidente la violación señalada, por cuanto allí se expresa que las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos, "son empleados públicos", con la salvedad de quienes prestan servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas, los cuales tienen el carácter de trabajadores oficiales.

Respecto a empleados públicos y trabajadores oficiales, hace el recurrente una serie de disquisiciones y manifiesta que fácilmente el Tribunal confundió lo dicho en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, con lo preceptuado en el 1º, y que por ello considerando que el Idema era una empresa del Estado, concluyó que Barreiro Montaño tenía el carácter de trabajador oficial, por lo cual incurrió en indebida aplicación, de la norma en la modalidad de falta de aplicación, violación que se extiende al artículo 42 del Decreto 761 (sic) de 1969, según el cual "las personas que presten sus servicios en el Instituto tendrán el carácter de empleados públicos".

3º Como consecuencia de todo lo anterior, manifiesta el censor, la sentencia acusada violó directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y del 1º de la Ley 6ª de 1945, y también del 1º del Decreto 797 de 1949, en su parágrafo 2º y del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, también reglamentada por aquél. En efecto, dice, "las citadas disposiciones disciplinan algunos aspectos relacionados con el contrato de trabajo de las personas que están vinculadas con la Administración Pública mediante tal relación laboral, o sea de aquellas que poseen el carácter de 'trabajadores oficiales'. El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 introduce, en su parte inicial, una excepción a los artículos 1º y 2º del mismo decreto, al expresar que 'las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales', y en su parte final establece, a su turno, una excepción a tal excepción, cuando dispone que ello será así 'a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'. Es decir, qué en este último caso, estaba expresando cuándo había contrato de trabajo entre la Administración Pública y de los llamados 'trabajadores oficiales'. Pero, al aplicar esa norma al caso de autos, la sentencia acusada dio por sentado que el actor era uno de estos últimos trabajadores —cuando en verdad era empleado público— y la aplicó así indebidamente, en contraposición con lo dispuesto claramente por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Es más, como el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 solo tiene relevancia en asunto de autos en su parte final atrás examinada —que fue la que la sentencia impugnada

aplicó mal—, considero así mismo que en esa forma se aplicó indebidamente una norma parcialmente derogada, por cuanto dicho texto, desde donde dice 'a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas...', fue sustituido por el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, ya que éste limitó tan solo 'a los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas' la excepción establecida en esa parte final del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que debe considerarse, por lo tanto, derogado''.

''Y en lo que respecta al artículo 1º del Decreto 797 de 1945, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 que reglamentó la Ley 6ª de 1945 en lo relativo a su artículo 8º, esta norma regula, en su parágrafo 2º, todo lo referente a la indemnización por falta de pago cuando se trata de 'trabajadores oficiales', por cuanto la materia tratada en su inciso 1º y en el parágrafo 1º fue sustituida —en lo que hace a los 'trabajadores particulares'— por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero al aplicar esa disposición al caso de un 'empleado público' —como lo era el actor—, no cabe concluir sino que la sentencia del Tribunal incurrió en protuberante aplicación indebida de aquella norma. Pues tal indemnización moratoria no rige para quienes poseen tal calidad, y el actor la poseía claramente''.

''Por todo lo anterior, queda demostrada ampliamente la acusación planteada en este cargo''.

Para demostrar el segundo cargo, manifiesta el recurrente que la sentencia aplicó ''indebidamente —por falta de aplicación— la primera parte del artículo 416 citado ('Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas...') y aplicó indebidamente —por haberle aplicado a un caso que no correspondía— la segunda parte del mismo artículo 416 ('...pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos...'), al darle fuerza obligatoria a la convención colectiva de trabajo, especialmente en su artículo 26, suscrita entre el Ina (hoy Idema) y el sindicato nacional de trabajadores del Ina, en relación con un empleado público. La sentencia recurrida dice, al respecto: 'Por las consideraciones anteriores se confirmará este aparte de la sentencia (indemnización por despido) —el paréntesis es mío— por cuanto es correcta tanto en fundamentación en las operaciones efectuadas teniendo a la vista y con aplicabilidad del artículo 26 de la convención colectiva que puede leerse a los folios 199 y 200' (folio 291)''.

''La norma principalmente violada expresa, en su primera parte, que 'los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas'. De donde se deduce que un empleado público no puede favorecerse con la convención colectiva que firme un sindicato con un establecimiento público como el Idema, aunque de hecho e irregularmente haya podido llegar a tener el carácter de miembro del mismo. Pues es de suponer que si un sindicato celebra una convención colectiva, tiene que tratarse de un sindicato de 'trabajadores oficiales' y no de 'empleados públicos'. La sentencia impugnada acepta —sin suficientes razonamientos que la motiven en este aspecto— que al actor le es aplicable la citada convención colectiva celebrada entre el Instituto, cuando se denominaba 'Instituto Nacional de Abastecimientos —Ina—', es decir, antes de la expedición del Decreto 3135 de 1968, cuyo artículo 5º debo señalar así mismo como violado por aplicación indebida consistente en su falta de aplicación. Y lo acepta, al expresar que debe tener 'aplicabilidad del artículo 26 de la convención colectiva', relativo a la forma especial de liquidar la 'indemnización por despido', en los casos en que el Instituto dé por terminado unilateralmente el contrato de un trabajador sin invocar justa causa (folio 199). Luego, de ese modo el fallo viola, por aplicación indebida, en cuanto hubo falta de aplicación, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Porque, una cosa es que todos los trabajadores del servicio oficial —incluidos los 'empleados públicos'— posean el 'derecho de asociación que les reconoce el artículo 414 del C. S. del Trabajo, pudiendo así formar sindicatos con las solas funciones allí mismo fijadas. Pero sin olvidar que su capacidad sindical les está limitada —en cuanto a pliegos de peticiones y convenciones colectivas— por el artículo 416 del mismo Código, que señaló como violado. La sentencia desconoce esas circunstancias de modo palmario, por lo cual el cargo queda así más que fundamentado''.

El opositor, por su parte, replica los cargos, así:

Manifiesta al referirse al primero que no son disposiciones sustanciales los artículos 1º y 5º del Decreto 1050 de 1968, ni el 19 del Decreto 2420 de 1968 y el 42 del Decreto ejecutivo 715 de 1969; que el artículo 3º del Decreto 3120 de 1968, en nada tiene que ver con disposiciones laborales o administrativas y el 43 del Decreto 3130 del mismo año, que tampoco está bien invocado ''como violación directa, por cuanto él es constitutivo de dos situaciones distintas y en su

inciso 2º se refiere a las empresas industriales y comerciales del Estado".

Expresa que los preceptos citados ("aludidos") no son susceptibles de quebranto directo para estos fines de casación, porque la ley sustantiva se tiene como tal por ser normativa de atribuciones o declaraciones de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal ni las que tengan por objeto dar definiciones.

También afirma el opositor que es absurdo formular el cargo por aplicación indebida y en forma seguida decirse que la base fue la falta de aplicación.

En otra parte de la réplica y al referirse al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, manifiesta que lejos de dejar de aplicarse fue analizado por el Tribunal, para lo cual cita un pasaje de la sentencia y que ésta, "aunque no lo dijo", tuvo en cuenta también la presunción "que de trabajadores oficiales hace el artículo 3º del Decreto 1848 de 1969, que se encontraba vigente para la fecha de la terminación del contrato, pues solamente vino a ser anulado por sentencia de 8 de agosto de 1973, proferida por el Consejo de Estado".

Para el opositor, además, si los planteamientos de la parte recurrente tuviesen fundamento, ha debido acusar el precepto últimamente citado por interpretación errónea, "pero nunca por falta de aplicación".

Finalmente, observa el apoderado de Barreiro Montaño, que el recurrente no citó como violado el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, que es la base de la condena e indemnización moratoria.

En lo que respecta al segundo ataque, manifiesta el opositor:

"A este cargo, se pueden hacer las siguientes observaciones:

"1ª El artículo 46 del C. S. del T. no representa una ley sustantiva, sino simplemente está limitando una atribución de los sindicatos de empleados públicos para presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas".

"En el presente caso no se trata de una convención colectiva celebrada entre sindicato de empleados públicos sino, por el contrario, de una convención entre trabajadores oficiales y el Ina, que posteriormente fue sustituido por el Idema".

"2ª Por otra parte, este cargo no reúne las condiciones jurídicas para que pueda ser estudiado por esa honorable Corte".

"La indemnización a que se condenó al Idema se encuentra contemplada en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y en el artículo 26 de la convención colectiva celebrada entre los trabajadores y el Instituto Nacional de Abastecimientos —Ina—".

"Para que este cargo pudiese ser estudiado, obligatoriamente tenía que citarse como violados el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 25 de la convención colectiva, los cuales contemplaban la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato y el valor de esa indemnización, lo mismo que el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que fijó la indemnización moratoria o continuación del contrato de trabajo cuando los salarios, prestaciones e indemnizaciones no eran cubiertos dentro de los noventa días siguientes a la fecha de terminación".

"Al no haberse dado esta cita del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, del artículo 26 de la convención colectiva y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que consagraron derechos sustantivos, no puede darse curso al ataque presentado, ni aceptarse el presunto cargo".

Se considera.

La sentencia acusada hace dos afirmaciones para concluir que el actor en el juicio tenía el carácter de trabajador oficial y no era, por tanto, un empleado público. La primera consiste en aseverar que el Idema es un establecimiento público descentralizado, con ánimo de lucro y la segunda que la nombrada entidad es una empresa del Estado también con ánimo de lucro. Nada tan contradictorio y alejado de la realidad jurídica como lo dicho por el Tribunal, que ni siquiera podía sostenerse frente a las disposiciones de la Ley 5ª de 1944 y del Decreto legislativo número 0040 de 1958.

La Ley 5ª primero, creó el Instituto Nacional de Abastecimientos, "Ina", como un organismo autónomo, con personería jurídica y que tenía ánimo de lucro. Sus utilidades no podían ser mayores del 4% y las que correspondían a acciones del Gobierno debían ingresar a un fondo especial llamado de recapitalización "con el propósito de suscribir y adquirir para el Estado nuevas acciones a medida que se dicte (sic) por la Junta Directiva el aumento de capital"; siendo entregada la utilidad restante a sus respectivos dueños (artículo 4º), la Federación Nacional de Cafeteros, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Banco Agrícola Hipotecario (art. 3º).

Como se ve, no tenía esta entidad el carácter de establecimiento público y de acuerdo con sus funciones tampoco podía ser clasificada como empresa oficial, ya que en general aquéllas propendían a la realización de labores tendientes al fomento y regularización de la producción.

Este sistema se consolidó y perfeccionó con lo dispuesto en el Decreto legislativo número 0040 de 1958, en el cual se establecieron otras funcio-

nes y se cambió lo relacionado con la distribución de utilidades, para ordenar la formación de reservas para prestaciones, y depreciación de activos, para fondo de reserva legal y una especial destinada a la defensa de la producción agrícola y las que ordenara la Junta Directiva. Se conservó la referente al fondo de recapitalización y se ordenó que se entregara a la Caja de Crédito Agrario, el 50% de las utilidades líquidas.

Pero vino, dentro de la reforma administrativa de 1968 la expedición del Decreto 2420 de dicho año, por medio del cual se adoptó la política agropecuaria del país, en concordancia con la política nacional de desarrollo (artículo 1º) y se dijo que "los organismos del sector agropecuario, adscritos o vinculados al Ministerio de Agricultura, contribuirán a la formulación y evaluación de la política agropecuaria y serán los ejecutores de ella, en sus respectivos campos de acción" (artículo 2º).

En el artículo 19 del Decreto se enumeraron los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, adscritos o vinculados al citado Ministerio, y dentro de los primeros —establecimientos públicos— figura el Instituto de Mercadeo Agropecuario, "IDEMA".

En el Capítulo IV *del Decreto se establece la reorganización, entre otros, del Idema y en sus normas ya no figura la que disponía que tenía fines de lucro (artículos 43 a 49) y en el artículo 73 se ordena que "con la aprobación del Gobierno Nacional, los organismos adscritos y vinculados al Ministerio de Agricultura procederán a modificar sus estatutos en lo pertinente, a fin de ponerlos en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1050 de 1968 y en el presente decreto".*

Ya el Decreto 1050 de 1968, anterior al 2420 del mismo año, había establecido que la Presidencia de la República, los Ministerios y Departamentos Administrativos, las Superintendencias y "los establecimientos públicos", integraban la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 1º), y que los últimos "son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa, y c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial" (artículo 5º) y en el artículo 26, al tratar de las funciones de las Juntas o Consejos Directivos que siempre presidirá un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo o su delegado, estableció, como una de ellas, "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno".

En cumplimiento del Decreto 1050 y del 2420 de 1968, se dictó el 715 de 1969, el cual expresa en su artículo 1º:

"El Instituto de Mercadeo Agropecuario es un establecimiento público *(subraya la Sala), esto es, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura, que se organiza conforme a las normas establecidas por el Decreto 2420, las reglamentaciones de éste y las contenidas en los presentes estatutos".*

Queda establecido entonces que el Idema sí es un "establecimiento público", sin ánimo de lucro.

El Tribunal entonces erró al denominarlo como tal, pero agregando que tenía ánimo de lucro y se equivocó aún más al entender y expresarlo que el Idema era una "empresa del Estado con ánimo de lucro".

Aplicó el ad quem *entonces normas diferentes a las señaladas y por eso incurrió en indebida aplicación de la ley, en la modalidad de falta de aplicación, de las que sí eran pertinentes lo cual está explicado por la jurisprudencia y no es un absurdo como lo pretende el opositor.*

Establecer, por medio de ley, que determinada entidad es un establecimiento público, sí constituye disposición sustancial, precisamente porque establece su fisonomía propia con el otorgamiento de derechos y obligaciones, que la diferencian de las demás entidades descentralizadas. La crítica del opositor al respecto no puede aceptarse.

La conclusión que se obtiene de todo lo anterior y ya en el caso concreto del pleito no es otra que calificar al demandante como un empleado público y no como un trabajador oficial, tal como lo estimó el Tribunal.

Ninguna dificultad existía para definir que Barreiro Montaño no estaba ligado por un contrato de trabajo con el Idema, tal como su apoderado lo hizo ver desde un principio.

En efecto, al aceptarse por las partes que el cargo desempeñado por el actor era el de almacenista, ha debido aplicar el Tribunal el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, que dice en su primera parte: "Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y *establecimientos públicos, son empleados públicos...*" (subraya la Sala).

Esta disposición concretándola al Idema figura en sus estatutos, aprobados por el Decreto 715 de 1969, cuyo artículo 42 dice:

"De acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3136 de 1969, las personas que presten sus servicios en el Instituto tendrán el carácter de *empleados públicos...*".

Sin embargo, el *ad quem* consideró que no era posible la aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, porque éste, en su última parte, expresa que "en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo" y que como no se conocía la "reglamentación estatutaria, no es posible saber cuáles de los trabajadores a su servicio están vinculados por un régimen legal reglamentario y cuáles por un contrato de trabajo".

Recalca el Tribunal sobre la imposibilidad de aplicar el artículo 5º citado, por la circunstancia de que "según afirmación de la propia entidad demandada, hasta la fecha el decreto que debe aprobar sus estatutos no ha sido omitido (sic) por autoridad competente".

Lo dicho por el Tribunal rebasa los límites del error, porque si no existe decreto aprobatorio de la modificación de los estatutos del Idema, en el sentido de indicar qué funciones pueden desempeñarse mediante un contrato de trabajo, todos sus servidores son empleados públicos tal como lo dicen expresamente el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y el 42 del Decreto 715 de 1969, refiriéndose este último a quienes prestan servicios al Idema.

Además, cuando el *ad quem* se apoya en el documento de folio 81, contentivo del contrato de trabajo que celebró el actor en 1957 con el Instituto Nacional de Abastecimientos, desconoce que es solo en los estatutos en donde, según la ley, puede establecerse qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas, mediante contrato de trabajo, tal como lo ordena el artículo 5º del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968. Dicho contrato, suscrito en la época en que sí podía celebrarse no puede prevalecer contra lo dispuesto en la ley y en los estatutos del establecimiento público, pues en materia laboral la voluntad de los contratantes no puede apartarse de lo previsto en aquéllos, dado el carácter de orden público que tienen las disposiciones sobre trabajo.

El Tribunal violó entonces tanto el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 como el 42 del 715 de 1969.

Esta serie de errores llevó al *ad quem* a violar el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, no aplicable al caso de autos, ya que la relación entre el Idema y el actor terminó en vigencia del Decreto 3135 de 1968, cuyo artículo 5º era el que regía la vinculación de las partes. Y, por eso también, se violó por aplicación indebida, el Decreto 797 de 1949 y se condenó al Idema al pago de indemnización moratoria a favor de Barreiro Montaño.

El opositor dice, sin embargo, que el cargo no cita como violado el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, fuente de aquella indemnización. No obstante, dentro del caso que se estudia, no era estrictamente necesario citarlo como violado, porque se demostró la inexistencia del contrato de trabajo entre Idema y el actor. Las normas sustanciales citadas como infringidas para demostrar tal cosa, sirven de fundamento al ataque de la condena por indemnización moratoria, en su extremo.

El cargo segundo lo plantea el recurrente a través de un argumento cierto y legal, cual es que los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar con la Administración contratos colectivos de trabajo.

El Tribunal, valiéndose del artículo 26 de la convención colectiva celebrada entre el Instituto Nacional de Abastecimientos, INA, y el sindicato de sus trabajadores, condenó al Idema —establecimiento público— a pagar a Barreiro Montaño una indemnización por ruptura ilegal e injusta del contrato de trabajo.

La dicha convención dejó de regir cuando los servidores del Ina se convirtieron en empleados públicos, en virtud de la ley.

Al haber dejado de existir el contrato de trabajo entre los servidores del Ina, por la conversión de este Instituto en Idema, que como se vio en el cargo primero, cambió su régimen jurídico y el de los empleados, de aquél, mal podía aplicar el Tribunal una convención que regula en el artículo 26 la indemnización por rompimiento del contrato por parte de la entidad en forma unilateral.

En esta forma violó el *ad quem* las normas citadas por el recurrente.

Como de todo lo anterior se concluye que entre las partes litigantes no existía contrato de trabajo, sino que Barreiro Montaño era un empleado público, los cargos prosperan y no habrá necesidad de estudiar los restantes que persiguen los principales, igual finalidad y los subsidiarios la infirmación de la condena por indemnización moratoria.

Las razones expuestas al estudiar los dos primeros ataques sirven de consideraciones de instancia, para en esta sede revocar la sentencia de primer grado y absolver al Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA" de todos los cargos de la demanda y de las costas que le fueron impuestas en primera y segunda instancias.

Se condenará al demandante en las costas de la primera instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 de 20 de noviembre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto confirmó la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 14 de septiembre de 1972, en el juicio de Armando Barreiro Montaño contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— y condenó en las costas de la segunda instancia a la parte demandada y en la sede subsiguiente revoca esta última sentencia y absuelve, en su lugar, al Idema de los cargos formulados en la litis y condena al demandante en las costas de primer grado.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PAGO POR CONSIGNACION EN LUGAR DIFERENTE A AQUEL EN DONDE EL DEMANDANTE PRESTABA SUS SERVICIOS

No estando acreditada la buena fe de la sociedad demandada al consignar irregularmente el valor de las comisiones y prestaciones sociales adeudadas a G. P. Z. en el Juzgado de Barranquilla cuando lo correcto era hacerlo en un Juzgado de Bucaramanga, no incurrió el ad quem en error de hecho al no darla por demostrada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintiuno de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 36.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Gustavo Pizarro Zárate, mayor, vecino de Bucaramanga, demandó, por medio de apoderado judicial, a la Sociedad Industria Cromogalvánica Colombiana Moisés Sredni y Cía., domiciliada en Barranquilla, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se la condene a pagarle, previas algunas declaraciones, las sumas de dinero que correspondan a los siguientes conceptos: "Salarios (comisiones), vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido injusto. e indemnización por falta de pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, esta última indemnización a razón de un día de salario de cada día de mora desde el 12 de septiembre de 1972 hasta cuando el pago se efectúe".

Según los hechos de la demanda, Gustavo Pizarro Zárate se vinculó a Industria Cromogalvánica Colombiana el 18 de enero de 1972, como agente vendedor en los Departamentos de Santander y Norte de Santander, con sede en Bucaramanga, mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido; el 11 de septiembre de 1972 la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa. La remuneración pactada fue la siguiente: uno por ciento (1%) de sueldo comisión sobre el valor de los despachos que se efectuaren para los territorios de Santander y Norte de Santander, y en los que el trabajador hubiese intervenido directa o indirectamente; uno por ciento (1%) sobre el mismo valor, para cubrir los gastos de transporte, manutención y alojamiento del trabajador que se causaren por los traslados del trabajador en la zona que le fue asignada; 0.50% sobre el mismo valor para cubrir los descansos remunerados obligatorios, y 0.50% sobre el mismo valor para remunerar la prima de servicios. Gustavo Pizarro Zárate obtuvo para la sociedad demandada, en forma directa, pedidos y ventas por valor de un millón doscientos setenta y ocho mil setenta y seis pesos con catorce centavos ($ 1.278.076.14) moneda legal, sin que se le hubiese pagado la totalidad del salario, pues únicamente se le hizo durante la vigencia del contrato un abono de cinco mil novecientos pesos ($ 5.900.00); tampoco le pagó la sociedad demandada las comisiones correspondientes a las ventas indirectas ni a la terminación del contrato las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones a que tenía derecho.

Al contestar la demanda, por medio de apoderado judicial, Industria Cromogalvánica Colombiana —ICROMO— Moisés Sredni & Cía., aceptó la existencia y duración del contrato de trabajo, mas no su terminación sin justa causa; también aceptó la forma como se pactó el salario; dijo no constarle el valor de las ventas realizadas por intervención del demandante y negó que solo se le hubiese pagado la suma de $ 5.900.00. No aceptó los demás hechos y en relación con la falta de pago de los salarios y prestaciones sociales dijo que oportunamente se consignó su valor en el Banco Popular de Barranquilla, para ser puesto a la orden de un Juzgado Laboral del Circuito de Bucaramanga, pero por error de los Juzgados Primero y Segundo de Barranquilla, las corres-

pondientes sumas de dinero no fueron enviadas a Bucaramanga. La sociedad demandada se opuso a las peticiones de la demanda y pidió se la absolviera de las mismas.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, decidió el litigio mediante sentencia dictada el catorce de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, que dispuso: "Primero. CONDENAR a Industria Cromogalvánica Colombiana - Moisés Sredni & Cía., a pagarle, después de cinco días de la ejecutoria, al demandante Gustavo Pizarro Zárate, las siguientes cantidades:

a) Por reajuste de prestaciones sociales . . . . . .$	728.36
b) Por indemnización al despido injusto	6.723.00
c) Por indemnización moratoria. . .	43.624.80
$	51.076.16

Segundo. ABSOLVER a la demandada del pago de salarios y demás pretensiones del actor. Tercero. CONDENAR a la empresa demandada a pagar el ochenta por ciento (80%) de las costas procesales. Tásense".

Apeló el apoderado judicial de la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, desató el recurso en sentencia de mayo veintiocho de mil novecientos setenta y cuatro, que confirmó en todas sus partes la de primer grado.

Interpuso el recurso de casación la demandada en el juicio. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por la Corte, se decidirá, previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica presentado por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida y que "en función de instancia, revoque el fallo del *a quo* y en su lugar absuelva a mi mandante; o, en subsidio, que la case parcialmente, en cuanto confirmó el literal c), del ordinal primero del referido fallo de primer grado, y en su lugar revoque dicho literal y absuelva a mi mandante por la indemnización moratoria".

Con fundamento en la causal primera de casación formula un solo cargo, así:

Cargo único.

"Con base en la causal de casación ya indicada, acuso la sentencia proferida por la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga el 28 de mayo último, de violar, por vía indirecta, y por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. T. y los artículos 57, ordinal 4º, 127, 132, 186, 249 y 306 del C. S. T. y 4º 7º, 8º y 17 del D. L. 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por la Ley 48 de 1968. A esta infracción llegó el sentenciador por haber incurrido en evidentes errores de hecho como consecuencia de la equivocada apreciación de los documentos que individualizaré al sustentar el cargo. Esos errores consistieron en dar por probado, contra lo que muestran los autos, que el actor devengó $ 34.960.74 de comisiones, en vez de lo reconocido y pagado por la empresa, y que obró de mala fe al hacer las consignaciones de salarios y prestaciones en la forma en que lo hizo, y aun al pedirle al actor su consentimiento para girarle directamente, sin intervención de los Juzgados, siendo evidente que esa solicitud y sus reiterados informes muestran, por el contrario, la buena fe de la sociedad demandada.

"Fue mal apreciado el contrato escrito de trabajo, de folios 35 y 37, pues allí se estableció que la comisión solo se causaría cuando los clientes pagaran, y no cuando se les facturaran las mercancías vendidas por el actor, y el sentenciador entendió que las relaciones de los valores *facturados,* visibles en las fotocopias de folios 44 a 49, correspondían a comisiones causadas, es decir, *devengadas.* De ahí el error en el promedio salarial con que ordena reajustar las vacaciones y la cesantía, y con que liquida la indemnización por despido injusto.

"Ese error indujo a aplicar indebidamente las normas citadas en el cargo, que se refieren al pago de los salarios (57, ordinal 4º, en relación con los artículos 127 y 22 del Código) a las vacaciones (186 del C. y 7º y 8º del D. L.), y la prima (artículo 306), a la cesantía (artículo 249 del C.S.T. y 17 del D. L.), y a la indemnización por despido sin justa causa (artículo 4º del D. L.), como también, desde luego, la base de la indemnización moratoria fulminada (art. 65).

"Pero la indebida aplicación de esta última norma, la que impone la sanción al patrono que no paga lo que cree deber al trabajador cuando termina el contrato de trabajo, no solo se produjo por el cálculo errado del promedio de comisiones, sino, muy especialmente, por atribuir *mala fe,* retaliación, ánimo *torticero,* etc., a la empresa, con base en los incidentes relatados atrás referentes a la consignación en Barranquilla, con súplica a los Juzgados de remitir los valores a Bucaramanga, a la orden del actor, a la cual solo vino a accederse cuando la empresa se notició, por la notificación de la demanda, que

no se había girado a Bucaramanga lo depositado por ella para ese fin.

"La apreciación errada de los documentos de folios 18 a 21, 22 a 31 y vuelto, 39 a 42, 55 a 57 y 63 a 65 es protuberante. Esos documentos, basta mirarlos, muestran el empeño de la empresa en que Pizarro tuviera a sus órdenes, *en Bucaramanga,* los dineros que le consignaba en Barranquilla. La carta de folio 42, en donde le pide al actor que la autorice a girarle directamente para evitarle los engorrosos trámites del reclamo de los depósitos judiciales (aumentados, como allí se ve, por la costumbre barranquillera de pedir autorización al Juzgado Laboral para consignar en el Banco Popular, y solo hacer la consignación después de recibida la autorización del Juzgado), la cobra el sentenciador como acto de *mala fe,* maniobra *torticera,* en vez de estimarla como prueba del mejor ánimo de la empresa por pagar. Y que sí era posible que desde un principio los Juzgados de Barranquilla pusieron a órdenes del Banco de Bucaramanga los valores consignados en aquella ciudad, lo acredita a folio 63 el oficio del Juzgado Segundo de Barranquilla, en atención al despacho número 37 del Juzgado Primero Laboral de Bucaramanga. Pues así se hizo".

Para el opositor el Tribunal no apreció erróneamente las pruebas indicadas por el recurrente, porque según el contrato de trabajo el patrono podría adelantar el pago de comisiones, como lo hizo al liquidar mensualmente las del mes de enero al mes de agosto de 1972, liquidaciones que sumadas globalmente ascendieron a la cantidad de $ 34.960.74 en 234 días, o sea un promedio mensual de $ 4.482.00. Estima, además, que como lo dijo el Tribunal Superior, la sociedad demandada actuó de mala fe, lo que se demuestra claramente con el documento de folio 42.

Se considera.

En relación con el reajuste del valor de las prestaciones sociales el Tribunal Superior se limita a decir muy a la ligera, que "las sumas deducidas por reajuste de prestaciones sociales, por indemnización al despido injusto y por indemnización moratoria, que debe pagar la empresa demandada al actor, están debidamente afianzadas en la realidad procesal y las operaciones aritméticas están exactas", refiriéndose a las conclusiones del fallador de primera instancia sobre el particular, que acoge. A su vez el *a quo* fundamentó su decisión en los documentos aportados por la sociedad demandada que obran a folios 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48 y 49 y de los cuales dedujo que el valor de las ventas realizadas con intervención del demandante arrojan un total de $ 1.165.362.46, y que el valor de las comisiones, al 4%, ascienda a $ 34.960.74. Por esta razón se aceptará como conducente el ataque del impugnador, pues el fallador de segunda instancia prohijó los argumentos del de primer grado y su análisis de las pruebas.

El recurrente censura que refiriéndose las relaciones de ventas contenidas en los documentos señalados como mal apreciados al valor facturado y no al recibido por la demandada, no han debido tomarse en cuenta las sumas allí reconocidas, porque de acuerdo con el contrato de trabajo, las comisiones debían deducirse de las ventas pagadas y no de las facturadas. A juicio de la Sala tales documentos no fueron mal apreciados, porque aun cuando en los mismos se relaciona el valor facturado, también aparece descontado del total el valor de algunas ventas señaladas con las letras N. C., lo cual podría entenderse como que se excluían por ser a crédito y estar pendientes de pago. Además, si se toman en cuenta otras pruebas del proceso, como son la confesión de Gustavo Pizarro Zárate en la demanda de que recibió por comisiones la suma de $ 5.900.00, los documentos que obran a folios 33 y 34 según los cuales, el patrono consignó a favor del demandante $ 25.874.74 y $ 3.186.00 por concepto de comisiones, se observa que sumadas las tres cantidades se obtiene un total de $ 34.960.74, que corresponde exactamente a la cantidad encontrada por el Juez de primer grado como suma devengada por el demandante, lo que indica que a través de otras pruebas ha podido llegar al mismo resultado. No se demostró el error de hecho anotado en primer término por el acusador.

Cuanto al otro error de hecho, o sea haber dado por demostrado el Tribunal Superior que la sociedad demandada obró de mala fe al hacer las consignaciones de las sumas debidas en la forma en que lo hizo, anota la Sala que el documento de folio 42, del cual dedujeron los falladores de instancia una actitud torticera por parte del patrono, podría indicar lo opuesto, o sea la intención de cancelar oportunamente los salarios y prestaciones debidas, pues en esa carta solicita el demandante una autorización para enviarle por correo recomendado el valor de las liquidaciones posteriores, "ya que de no recibir esa, tendremos que recurrir nuevamente a consignar los valores, situación para usted difícil en lo que respecta al reembolso de la suma consignada, dadas sus ocupaciones y tiempo de tramitación". Sin embargo, de lo anterior el patrono, como deudor que era, estaba en la obligación de hacer las diligencias necesarias para que las sumas consignadas en Barranquilla fuesen enviadas por el Juzgado de esta ciudad a Bucaramanga, lugar en

donde, por tener su sede el demandante para prestar el servicio, ha debido hacerse la consignación y no la hizo, sino que demostrando negligencia, esperó que los Juzgados de Barranquilla *motu proprio* realizaran el envío, siendo así que inicialmente, por la forma equívoca como se encontraba redactada la solicitud para hacer el depósito, los Jueces entendieron que debería hacerse en el Banco Popular de Barranquilla. No estuvo pendiente la sociedad demandada de que el error se corrigiera oportunamente, con lo cual obró como no lo habría hecho ordinariamente una persona en sus propios negocios que es la conducta mínima exigida a los deudores en los contratos, el de trabajo entre ellos, que se hacen para beneficio recíproco de las partes, como lo ordenan los artículos 1604 y 63 del Código Civil.

Según el documento de folio 63, o sea el oficio número 826 de julio 9 de 1973 dirigido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla al Juez Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, dicho Juzgado remitió uno de los títulos consignados por prestaciones sociales a favor de Gustavo Pizarro al Banco Popular a fin de que fuera puesto a disposición de un Juzgado de turno en Bucaramanga, en cuenta corriente con el Banco Popular y a órdenes del beneficiario, "a petición de la empresa Icromo", lo que indica que si ésta hubiese obrado con diligencia y cuidado, el traspaso de depósitos de una ciudad a otra, se habría producido dentro de un término razonable. La omisión del demandado en este aspecto, lejos de abonar su buena fe, demuestra negligencia que perjudicó al demandante.

No estando acreditada la buena fe de la sociedad demandada al consignar irregularmente el valor de las comisiones y prestaciones sociales adeudadas a Gustavo Pizarro Zárate *en el Juzgado de Barranquilla cuando lo correcto era hacerlo en un Juzgado de Bucaramanga, no incurrió el* ad quem *en error de hecho al no darla por demostrada.* El cargo, en consecuencia, 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 proferida el veintiocho de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RELIQUIDACION, REAJUSTE Y TOPE MAXIMO DE LAS PENSIONES DE JUBILACION

La diferencia entre tope máximo o cuantía máxima de las pensiones que se liquidan o reajustan en un momento determinado, y el reajuste, o sea el aumento de la cuantía de las pensiones reconocidas, tiene como origen la ley, que aumenta las pensiones para que no sufran grave deterioro con la desvalorización de la moneda, y fija una nueva cuantía máxima, superior a la anterior, para que las que se reajusten o reliquiden o reconozcan en el futuro puedan ser liquidadas, reajustadas o reliquidadas con mayor amplitud.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinte de agosto de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 31.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Humberto Zimmerman, mayor y vecino de Bogotá, demandó, por medio de apoderado judicial, a Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. AVIANCA, con domicilio principal en Barranquilla, y dependencias de carácter permanente en Bogotá, para que previos los trámites de un juicio ordinario se la condene a pagarle la cantidad mensual de siete mil seiscientos cuarenta pesos con noventa y tres centavos ($ 7.640.93) moneda corriente, por concepto de pensión vitalicia de jubilación, a partir del día primero de abril de mil novecientos setenta y uno, en vez de la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) que viene cancelando.

Según los hechos de la demanda Aerovías Nacionales de Colombia reconoció el 1º de abril de 1970 al doctor Humberto Zimmerman una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de $ 6.000.00, que no correspondía exactamente al 75% del promedio de los salarios devengados por él, lo que obedeció a que el tope establecido en la ley laboral vigente en ese entonces se había fijado en $ 6.000.00. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto-ley 435 de 1971 a partir del 1º de abril de dicho año empezó a regir un nuevo tope de once mil cuatrocientos diez y ocho pesos ($ 11.418.00), que sustituyó al anterior. De acuerdo con este nuevo tope, la pensión de jubilación que le corresponde al demandante, a partir del 1º de abril de 1971, equivale a la cantidad mensual de siete mil seiscientos cuarenta pesos con noventa y tres centavos ($ 7.640.93), en lugar de la de seis mil pesos que se le ha venido pagando, sin embargo, de lo cual la sociedad demandada se ha negado a reconocerle el reajuste de $ 1.140.93 a que tiene derecho.

Al contestar la demanda el apoderado de Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, negó unos hechos y aceptó otros. Se opuso a las peticiones de la demanda, con fundamento principal en las siguientes consideraciones: "4ª. Es necesario destacar que la Ley 20 de 1970 al revestir al señor Presidente de la República de facultades extraordinarias, no lo autorizó para decretar una reliquidación de las pensiones de jubilación ya causadas o vigentes, ni el Presidente de la República, al hacer uso de tales facultades, por medio del Decreto 435 de 1971, ordenó una reliquidación de pensiones de jubilación. La cuantía de las pensiones de jubilación vigentes en el momento de promulgarse la Ley 20 de 1970 y al dictarse el Decreto 435 de 1971, como en el caso del actor, quedó determinada por el reajuste ordenado por medio del artículo 8º que se transcribió. 5ª El señor apoderado del actor, ilustre y distinguido jurista, por cierto, se equivoca grandemente al interpretar las disposiciones del Decreto 435 de 1971 y con toda consideración debo decirle que su interpretación es manifiestamente acomodaticia y no concuerda con la realidad de lo consignado en los decretos y demás normas legales que invoca en apoyo de sus peticiones.

Si la intención del legislador, en este caso, el señor Presidente de la República, hubiera sido la de disponer una reliquidación de las pensiones de jubilación causadas en 31 de diciembre de 1970, no hubiera consignado en el Decreto 435 de 1971 el artículo 8º del mismo, sino que simplemente se hubiera limitado a lo expresado en el artículo 7º del citado Decreto. No se requiere, por tanto, mayor esfuerzo dialéctico, ni jurídico para establecer que en el caso de las pensiones causadas y vigentes en 31 de diciembre de 1970, no se ordenó una reliquidación, sino únicamente un reajuste en los términos del ya citado artículo 8º del decreto mencionado''.

Propuso, además, las excepciones de pago, inexistencia de las obligaciones, carencia de acción y título jurídico para pedir, petición de modo indebido; inepta demanda de carácter sustantivo y adjetivo, prescripción y compensación.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez de conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, decidió el litigio, en sentencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos setenta y tres, por medio de la cual condenó a Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, a pagar a Humberto Zimmerman la suma de siete mil seiscientos cuarenta pesos con noventa y tres centavos ($ 7.640.93) por concepto de jubilación, y en vista de que entre la suma anterior y la que ha venido recibiendo por $ 6.000.00 existe una diferencia de un mil cuatrocientos veinte pesos con noventa y tres centavos ($ 1.420.93), condenó a la demandada a pagar dicha diferencia desde el 1º de abril de mil novecientos setenta y uno; declaró no probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y condenó en costas a la sociedad demandada, que apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, desató el recurso en sentencia dictada el once de julio de mil novecientos setenta y cuatro que revocó en todas sus partes la de primer grado y en su lugar absolvió a la sociedad demandada de los cargos formulados en su contra por el actor, a quien condenó a pagar las costas de la primera instancia; no hizo condena por las de la segunda.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Humberto Zimmerman, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Lo presenta así el recurrente: ''Con la presente demanda de casación me propongo obtener que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia *case totalmente* la sentencia recurrida en cuanto revoca en todas sus partes la de primer grado y absuelve a la sociedad demandada de todos los cargos formulados en la demanda y que procediendo como Tribunal de instancia, confirme íntegramente los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, en cuanto por ellos se condena a pagar a mi representado y a cargo de la sociedad demandada, a partir del 1º de abril de 1971, la suma de $ 1.420.93 mensuales por concepto de reajuste de su pensión jubilatoria, vale decir, la diferencia entre lo que a partir de esa fecha viene reconociéndosele ($ 6.220.00) y lo que efectivamente le corresponde como 75% de su salario promedio en el último año de servicios, ($ 7.640.93)''.

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula un solo cargo, que enuncia así:

Unico cargo.

''La sentencia acusada infringe, por interpretación errónea, los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 7º y 8º del Decreto 435 de 1971, en relación con los artículos 260 y 16 del C. S. del T., y los artículos 1º de la Ley 20 de 1970, 3º de la Ley 10 de 1972 y único del D. R. de 1974''.

Luego de afirmar que las partes y el Tribunal Superior están de acuerdo en los hechos del proceso, el casacionista transcribe pasajes del fallo recurrido sobre la interpretación de los artículos 7º y 8º del Decreto 435 de 1971, cuyas argumentaciones sintetiza así: ''a) Los reajustes pensionales deben distinguirse de los topes pensionales máximos y mínimos, pues son dos figuras distintas; b) Los reajustes no pueden referirse a pensiones futuras, pues no puede reajustarse lo que no está determinado. Los reajustes, entonces, solamente operan para las pensiones ya reconocidas; c) En cambio, la fijación de topes máximos y mínimos no tiene por qué hacer relación a las pensiones ya causadas. Dichos topes solamente se aplicarán a las pensiones que se causen posteriormente a la ley que los fije; d) Consiguientemente el artículo 8º del Decreto 435 de 1971 es aplicable a las pensiones jubilatorias causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1970 mientras que el artículo 7º solamente podrá aplicarse a las pensiones que se causen a partir del 1º de abril de 1971 (fecha en que empezó a regir el Decreto 435 citado)''.

Dice el recurrente que la interpretación que hace la sentencia acusada, así como la que quedó

consagrada en algunas sentencias de la Corte, las de siete y catorce de septiembre de mil novecientos setenta y dos, es equivocada y debe ser recogida por una serie de razones que califica de elementales y que sintetizará la Sala al referirse a ellas en las consideraciones que hará sobre el cargo que se estudia.

Para el opositor el cargo está indebidamente planteado, porque se le imputa al Tribunal Superior la interpretación errónea de disposiciones que no se encontraban vigentes cuando el demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación. Agrega que la sentencia acusada tiene su fundamento y respaldo en jurisprudencias de la Sala de Casación Laboral y que la interpretación personal que el recurrente da a las normas señaladas como infringidas y los argumentos que expone no son fundamentales, ni convincentes, ni suficientes para que se produzca el cambio de jurisprudencia.

Se considera.

En relación sobre los topes y reajustes de las pensiones de jubilación contemplados en el Decreto 435 de 1971 dijo esta Sala de la Corte:

"El artículo 7º del Decreto 435 de 1971, cuya violación directa por falta de aplicación es lo sustancial del ataque, lo que determina es un tope, 'una pensión máxima', según su texto, para las pensiones del sector privado, equivalente a 22 veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país. Ni ordena, pues, ni autoriza reajuste alguno de pensiones ya reconocidas; lo que establece es el límite superior de la cuantía de las que se reconozcan con posterioridad a su vigencia. Ya esta Sala, en asunto similar al presente, para decidir el recurso de casación interpuesto por Nello Palombini, dentro de juicio que siguió contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, en sentencia de siete del mes que cursa, dilucidó el punto de la siguiente manera: 'Los reajustes de pensiones de jubilación no pueden confundirse con la fijación de topes máximos. Los reajustes no pueden referirse a pensiones futuras, pues no puede reajustarse lo que todavía no está determinado, o sea, no está ajustado como caso concreto conforme a las leyes vigentes en determinado momento, por lo cual los reajustes se refieren siempre a pensiones ya reconocidas; en cambio, la fijación de topes máximos y mínimos no tienen por qué hacer relación a esas pensiones, sino a las que se van a reconocer. El problema no es de retroactividad de la ley, pues los reajustes que se aplican naturalmente a las pensiones ya concedidas solamente operan para el futuro, o sea, solamente se reajustan a partir del ordenamiento de la norma y los topes no pueden ser retroactivos sino conforme a la Constitución y la ley. Por otra parte, los reajustes no pueden tener incidencia sino sobre las pensiones reconocidas, según la misma ley lo determina, ya por escalas que contemplan las épocas, ya por una determinación general en cuanto a todas las anteriores. Pero los topes máximos y mínimos no tienen por qué hacer relación a las pensiones reconocidas, sino precisamente a las que se van a regular en su determinación por esos mismos topes, mas no a las ya determinadas por normas anteriores que para su época definieron los topes correspondientes. El reajuste se concibe únicamente en cuanto a las pensiones que ya se definieron, mas los topes no pueden afectar pensiones fijadas dentro de límites señalados por normas vigentes en el momento de la determinación'. 'Los reajustes se refieren al monto que debe pagarse en cada mesada, por lo cual se aplican a pensiones ya reconocidas y que aún se están pagando, mas la fijación de los topes hace relación precisamente a la determinación del derecho pensional y es exactamente en ese momento cuando debe estar vigente la ley que señale los límites en que debe calcularse la obligación, sin que sea lógico hacer otra nueva determinación en función de topes o límites de fijación. La pensión puede reajustarse y sus efectos se producirán hacia el futuro sobre las pensiones ya reconocidas. Los límites máximo y mínimo de una pensión solamente pueden ser los vigentes en el momento en que se determina su valor, o sea, que los topes solamente se aplican a las pensiones que se causen durante la vigencia de la ley que los señala'. El artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que 'las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que están vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores'. 'Luego la fijación de nuevos topes solamente se refiere a las situaciones pensionales no definidas, sino precisamente a las por definir. La sentencia acusada cometió, entre otros errores, el de no aplicar el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, que ignoró de una manera clara. Se produjo la violación por infracción directa de esa norma, al dejar de aplicarla por ignorancia, pero si se casara el fallo para decidir en instancia, se llegaría, por las razones ya citadas, a la conclusión de que los topes máximos de las pensiones de jubilación señalados por los artículos 2º de la Ley 7ª de 1967 y 6º y 7º del Decreto 435 de 1971, no son

aplicables a la situación contemplada en autos, ya que según la demanda y la contestación, la pensión de jubilación de Nello Palombini fue reconocida por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, desde el 23 de diciembre de 1966, antes de la vigencia de las normas citadas, o sea, que dicha jubilación tuvo un tope regulado por las normas vigentes en su época y no modificado por las posteriores que solamente se aplican a las pensiones que se determinen bajo su vigencia'. Y en el caso a estudio ocurre lo mismo, al señor Cadavid Vélez, la empresa demandada le reconoció una pensión de jubilación a partir del 7 de abril de 1970, con el tope entonces vigente de $ 6.000.00 pensión que se le reajustó en $ 220 conforme al Decreto 435 de 1971, según el hecho 8º de la demanda y su contestación. La pretensión de que este reajuste se eleve hasta el tope máximo señalado en el artículo 7º de tal estatuto, confunde esos dos fenómenos (reajuste y tope), claramente diferenciados en la doctrina que acaba de trasladarse a este fallo y que hace ver cómo el primero se aplica a las pensiones ya reconocidas y el segundo a las que se otorgan después de la vigencia de la ley que señale el nuevo límite máximo''.

El recurrente censura la interpretación que la Corte ha dado al artículo 7º del Decreto 435 de 1971, en relación con el artículo 8º del mismo Decreto, dando para ello las siguientes argumentaciones, que se estudiarán separadamente:

1ª ''La diferencia que pretende hacerse entre topes y reajustes para decir que unos se aplican a pensiones futuras y otros a las pensiones en curso, carece de bases lógicas. El tope es simplemente un efecto necesario del reajuste, pero no una figura jurídica autónoma e independiente. La fijación de los topes ocurrirá siempre que se produzca un reajuste en las pensiones jubilatorias''.

Ahora bien: la diferencia entre tope máximo, o cuantía máxima de las pensiones que se liquidan o reajustan en un momento determinado, y el reajuste, o sea el aumento de la cuantía de las pensiones reconocidas, tiene como origen la ley, que aumenta las pensiones para que no sufran grave deterioro con la desvalorización de la moneda, y fija una nueva cuantía máxima, superior a la anterior, para que las que se reajusten o reliquiden o reconozcan en el futuro puedan ser liquidadas, reajustadas o reliquidadas con mayor amplitud.

Que la fijación del tope máximo sea una consecuencia del reajuste no es exacto, pues la ley ha variado el primero sin que hayan aumentado las pensiones reconocidas, como lo hizo al expedir el Código Sustantivo del Trabajo, que fijó la cuantía máxima en $ 600.00 mensuales, cuando la Ley 6ª de 1945 la había fijado en $ 200.00. A nadie se le ocurrió que para fijar un nuevo tope, las pensiones reconocidas deberían reliquidarse o reajustarse para sobrepasar el anterior de $ 200.00.

Fue la Ley 77 de 1959 la que ordenó por primera vez el reajuste de las pensiones de jubilación e invalidez, tanto del sector privado como del sector público, y fijó topes máximos que no podían ser excedidos al hacer los reajustes, o sea los aumentos, o las reliquidaciones, es decir, las que se ordenaron para cierta clase de pensiones que tenían límites máximos contemplados en el ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, o sea la pensión de invalidez del sector oficial, y pensiones de jubilación de los trabajadores ferroviarios, causadas y con base en los años de 1958 y 1959. Este tope especial fue de $ 400.00 y para las otras pensiones se fijó un tope máximo de $ 1.375.00, que no podía ser excedido tampoco por los reajustes.

La Ley 171 de 1961 estableció nuevos aumentos de las pensiones y ordenó reliquidar algunas, pero fijándoles un tope. Es decir, que autorizó que se hiciera nueva liquidación de aquellas pensiones que en su época fueron limitadas por la cuantía máxima, pero sin que excedieran de un nuevo tope que se fijó para ese efecto, distinto del señalado para las que se reconocieran con posterioridad a la ley (artículos 3º y 6º). Esto fue lo que no dispuso el Decreto 435 de 1971, que se limitó a ordenar un reajuste o aumento de la cuantía de las pensiones causadas a 31 de diciembre de 1970, pero que no ordenó la reliquidación de las mismas. De ahí que no puedan confundirse los reajustes con las reliquidaciones o nuevas liquidaciones, ni pueda entenderse que cuando se fija un nuevo tope máximo deba procederse a un reajuste automático hasta ese tope o a una nueva liquidación sin excederlo, porque cuando el legislador así lo ha pretendido, expresamente lo ha dicho. Es el legislador, y no la Corte, el que ha establecido la diferencia entre los tres fenómenos y las consecuencias que ellos producen.

2ª Dice el recurrente que de admitirse la interpretación contenida en la sentencia impugnada tendría que aceptarse forzosamente una serie de situaciones que califica de absurdos jurídicos. Son los siguientes que se analizarán separadamente:

a) ''Como los topes máximos y mínimos solo pueden afectar a las pensiones que se causen con posterioridad a la ley que los fije, aquellos pensionados que se hayan jubilado antes de entrar en

vigencia el Código Sustantivo del Trabajo y aún sobrevivan no tendrán derecho a percibir más de $ 200.00 mensuales de pensión. (Artículo 14 de la Ley 6ª de 1945)".

Es posible que si el legislador se hubiese limitado a aumentar los topes máximos de las pensiones, sin ordenar el reajuste o nuevas liquidaciones de las mismas, tal situación podría haberse presentado. Pero la jurisprudencia de la Corte, al establecer las diferencias entre topes, reajustes y liquidaciones, reconoce los diversos instrumentos que tiene el legislador y de los cuales ha hecho uso en varias ocasiones, para evitar el deterioro de las pensiones actuales y fijar la cuantía máxima razonable para las futuras.

2. "Habría, contrariando los más elementales principios lógico-jurídicos y expresas disposiciones legales, muchísimas pensiones notablemente inferiores al salario mínimo, o a las nueve décimas partes del mayor salario mínimo al tenor de la Ley 10 de 1972 (artículo 3º)".

Nada ha dicho la jurisprudencia comentada sobre cuantías mínimas de las pensiones. Por otra parte el legislador puede usar los topes mínimos para reajustar las pensiones existentes y así lo ha hecho.

c) "Aplicando la misma interpretación a los salarios se tendría que las disposiciones legales que elevan periódicamente los salarios se aplican a los contratos de trabajo en curso, pero las normas que fijan el tope inferior o salario mínimo solamente afectarían aquellos contratos de trabajo que se celebren posteriormente a la vigencia de dicha norma. Luego se llega al absurdo de que puede 'legalmente' existir trabajadores con jornada ordinaria que devenguen menos del salario mínimo. En efecto, no hay razón alguna para distinguir entre topes máximos y mínimos para decir que solo unas tienen efectos retrospectivos y otras no".

No encuentra la Sala relación alguna entre lo que dijo sobre topes y reajustes de las pensiones y los efectos de los nuevos salarios mínimos en los contratos de trabajo vigentes. El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que no fue tocado en la jurisprudencia en comento, trae una clara normación sobre el particular;

d) "Permítase un ejemplo de la injusticia aberrante que ocurriría con la aceptación de la tesis que se viene rebatiendo: El 1º de abril de 1971 entró en vigencia el Decreto 435 de ese año. El trabajador prestó sus servicios a una empresa durante 30 años y fue retirado por decisión patronal el 30 de marzo de 1971 a la edad de 65 años, siendo gerente, a gozar de una pensión de jubilación. El trabajador B sirvió a la misma empresa durante 20 años y se retiró, siendo subgerente, a la edad de 55 años, también a disfrutar de su jubilación el 2 de abril de 1971, valer decir, tres días después de que se produjo el despido del trabajador A. El trabajador A devengaba, como gerente la suma de $ 20.000.00 mensuales y el trabajador B como subgerente, la suma de $ 15.000.00 por mes. Pues bien, de acuerdo a la interpretación que hace la sentencia impugnada de las normas infringidas, el trabajador A tendría de por vida una pensión de $ 6.000.00 mensuales (tope anterior al 1º de abril de 1971) mientras que el trabajador B la tendría de $ 11.250.00 (tope a partir del 1º de abril de 1971)".

Es posible que ante leyes que establecen un nuevo régimen prestacional se presenten situaciones como la que expone el recurrente. Corresponde al legislador corregirlas y para el caso de las jubilaciones puede usar, y así lo ha hecho, instrumentos como los reajustes o las reliquidaciones. Para esta solución en nada se opone la jurisprudencia de la Corte, que no ha hecho sino fijar el ámbito de aplicación del artículo 7º del Decreto 435 de 1971, de acuerdo con principios que informan la interpretación de las leyes.

3ª Insiste el recurrente en argumentar que la necesidad de fijar topes máximos o mínimos para las pensiones es una consecuencia o complemento indispensable de los reajustes que necesariamente dispone de manera periódica el legislador como lo demuestra la Ley 20 de 1970 que dio facultades al Gobierno Nacional para determinar "la cuantía de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y muerte del sector privado vigente en la actualidad" y con base en la cual se dictó el Decreto 435 de 1971; dicha ley, continúa, no habla de topes máximos o mínimos, ni se desprende de la misma que se hubiera facultado al Ejecutivo para establecer topes o pensiones futuras, por lo cual podría pensarse que este último se extralimitó al legislar sobre materia distinta a la que estaba facultado por el Congreso, lo que no es cierto, porque entre los topes máximos y mínimos de pensiones y los reajustes de pensiones no hay las diferencias jurídicas esenciales que encontró la Corte.

Sobre este argumento cabe repetir que los topes o límites máximos son instrumentos de que se vale el legislador para evitar el deterioro de las pensiones actuales y fijar nueva cuantía máxima para las futuras, que puede servir también para las actuales cuando la misma ley ordena la reliquidación o reajuste de las mismas.

La duda sobre la exequibilidad del artículo 7º del Decreto 435 de 1971 es del recurrente y no de la Corte en la jurisprudencia comentada.

4ª Dice el recurrente que fue tan grave el error jurisprudencial de las sentencias de septiembre de mil novecientos setenta y dos proferidas por esta Sala de la Corte, que el propio legislador tuvo necesidad de enmendarlo de manera inequívoca y contundente en el artículo 3º de la Ley 10 de 1972, que transcribe, y fue más enfático el Gobierno Nacional al reglamentar la ley en el Decreto 376 de 1974, cuyo artículo único también transcribe. Y agrega: "Y no se diga que el legislador de 1972, en la Ley 10 de ese año dejó consagrado un derecho nuevo o reguló para el futuro una situación en curso; de ninguna manera. En una sana hermenéutica jurídico laboral la norma contenida en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 10 de 1972 aparece como innecesaria. En efecto, aquí el legislador, aparentemente, quiso hacer una especie de interpretación 'con autoridad' (artículo 25 del C. C.) de disposiciones anteriores que regulaban las mismas materias, entre otras naturalmente los artículos 6º y 7º del Decreto 435 de 1971. Lo afirmado en la exposición de motivos hecha ante el honorable Senado de la República para sustentar el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 10 de 1972 encierra, indudablemente, un tajante reproche legislativo a la interpretación errónea que se viene censurando. Dijo así la exposición de motivos: '...y para evitar interpretaciones acomodaticias se consagra expresamente el principio de la aplicación retrospectiva de la ley cuando el tope máximo de las pensiones sea modificado' (Anales del Congreso, edición 28 de septiembre/72 página 12). ¿Consagró algo nuevo el legislador de 1972? ¿Reglamentó algo novedoso o insólito el Gobierno Nacional en el Decreto 376 de 1973? En absoluto. Sencillamente se quiso en la Ley 10 de 1972 y su Decreto reglamentario 376 de 1974 recordar que las normas del trabajo son de orden público y producen efecto general inmediato (principio de la retrospectividad) para evitar que algunos patronos hicieran lo que el propio legislador denominó 'interpretaciones acomodaticias' de la ley".

El artículo 3º de la Ley 10 de 1972 dispuso que "la nueva pensión reajustada conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, no podrá exceder el monto de la pensión máxima fijada por la ley en ese momento. Con todo, la elevación del tope máximo de las pensiones afectará a aquellas que estén en vigor, de tal manera que siempre exista la posibilidad de aumento hasta el máximo legal dentro del porcentaje ordinario que corresponda a la respectiva pensión". La circunstancia de que el inciso primero del artículo transcrito, que el recurrente no copió en el cargo que se estudia, tome como base los reajustes ordenados en otros artículos, quiere decir que no es una norma interpretativa de leyes anteriores, que ni siquiera menciona. Si el legislador quiso ser claro para evitar "interpretaciones acomodaticias", no puede entenderse que se haya referido a la que hizo la Corte en sentencia de 4 y 14 de septiembre de 1972, pues en esa jurisprudencia no se dijo que los reajustes de las pensiones no podrían exceder el tope anterior de las mismas, sino, y es lo que para el recurrente no ha quedado claro, que el señalamiento de una nueva cuantía máxima no implicaba por sí solo el aumento hasta ese tope de las pensiones reconocidas que es un límite para las que se reconocieren en el futuro, o para los reajustes o reliquidaciones, si han sido ordenados, que se hicieren con posterioridad a la vigencia de la ley que lo estableció.

5ª Se refiere el recurrente a la "interpretación acomodaticia" de algunos patronos, que consideran que el límite máximo de $ 6.000.00 mensuales fijado por la Ley 7ª de 1967 constituye para ellos un derecho adquirido, y que un trabajador que se hubiera retirado del servicio en 1970 con un promedio salarial de $ 10.000.00 en el último año de servicios y que a partir de su retiro empezó a disfrutar de una pensión jubilatoria de $ 6.000.00, solo tendría derecho a un reajuste de $ 220 en cumplimiento del Decreto 435 de 1971 a partir del 1º de abril del mismo año. Critica ampliamente esa interpretación, censura la Ley 171 de 1961, hace algunas consideraciones sobre retroactividad y retrospectividad de las leyes laborales y concluye:

"Si el límite máximo de los seis mil pesos que fijó la Ley 7ª de 1967 constituyera un derecho adquirido de los patronos y entidades obligadas, y por tanto intocable, sería también improcedente aumentar ese valor aun en la cuantía de los doscientos veinte pesos mensuales ordenados en el artículo 8º del Decreto-ley 435 de 1971. Aunque dicho decreto fue acusado de inexequible, la honorable Corte Suprema de Justicia lo encontró ajustado a la Constitución. Pero, como se vio, ese límite y los demás límites fijados por leyes anteriores no son derechos adquiridos de patronos o entidades obligadas. Bien al contrario, son beneficios transitorios sujetos a modificaciones periódicas a manera de ocasionales limitantes del derecho a percibir por ciertos ex trabajadores, como pensión, el setenta y cinco por ciento de lo que hubiera recibido como salario durante el último año de servicios. La circunstancia de que un ex trabajador pensionado con el límite de los seis mil pesos viera recortado en un mil quinientos pesos mensuales su derecho a la pen-

sión si en el último año de servicios devengó un promedio salarial de diez mil pesos por mes no puede significar que para él haya sido derogado, modificado, subrogado o abolido el derecho a percibir el sententa y cinco por ciento de esa cantidad en armonía con lo dispuesto por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta norma tiene y tendrá por el resto de su vida plena vigencia. Y si por un momento se pensara que el derecho del trabajador jubilado a percibir el sententa y cinco por ciento del salario como pensión, que es un derecho consagrado y cierto, se enfrentará a un derecho hipotético del patrono a pagar solamente el límite señalado en una ley derogada, el primer derecho prevalecería sobre el segundo, de acuerdo al mandato expreso del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Suponer que el Decreto 435 de 1971 solamente liberó los límites de las pensiones que se causen con posterioridad al 1º de abril de este año, no solo es injurídico según los argumentos que se dejan expuestos sino que equivale a interpretar ese estatuto contrariamente a su letra y a su espíritu precipitando situaciones que repugnan a la justicia y a la equidad. Sería querer revivir sin causas ni propósitos, según se dejó anotado, la caótica y aberrante desproporción provocada por una apresurada disposición que por error, seguramente involuntario, produjo el legislador de 1961".

Sobre esta última argumentación del recurrente cabe decir que la Corte no ha dicho que los topes máximos de las pensiones constituyen derechos adquiridos para los patronos y que las pensiones reconocidas bajo un régimen de limitaciones a la cuantía no puedan ser modificadas mediante reajustes o reliquidaciones, sino que claramente expresó en las sentencias de siete y catorce de septiembre de mil novecientos setenta y dos, que la fijación de un nuevo límite máximo para la cuantía de las mesadas pensionales no significa que las ya reconocidas deban reajustarse hasta ese nuevo tope, o reliquidarse nuevamente con base en el salario que devengó en el último año de servicios el ex trabajador y teniendo en cuenta la cuantía máxima fijada por la última ley. Son figuras diferentes los topes, los reajustes y las reliquidaciones que producen también efectos distintos en las pensiones reconocidas o por reconocer.

Tampoco ha dicho la Corte que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo haya sido derogado. Lo que sucede es que las pensiones que se liquiden de acuerdo con esa norma tienen un límite máximo fijado en el inciso 3º del propio artículo. De manera que si se modifica el inciso 3º de dicho artículo, que obviamente integra la norma, para señalar un nuevo tope en relación con las pensiones que se liquiden a partir de la nueva ley, las liquidaciones que se hicieron con base en normas anteriores quedan en firme y las cuantías de las pensiones así liquidadas, aun cuando hubiesen sido limitadas por el tope máximo, solo son susceptibles de aumentarse mediante el ordenamiento del legislador sobre un reajuste o una nueva liquidación.

El artículo 7º del Decreto 435 de 1971 fijó un límite máximo para las pensiones modificando así el inciso 3º del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo que había sufrido variaciones en numerosas leyes. El artículo 8º del mismo Decreto, ordenó un reajuste a partir del 1º de abril de 1971 de las pensiones causadas hasta el 31 de diciembre de 1970, cuya aplicación no ha sido materia del juicio. Y como las razones que expone el recurrente no son suficientes para variar el criterio de la Corte contenido en las sentencias de siete y catorce de septiembre de mil novecientos setenta y dos, que fue acogido por el fallador de segunda instancia, se concluye que éste interpretó correctamente los artículos 7º y 8º del Decreto 435 de 1971, en relación con los artículos 260 y 16 del C. S. del T. y los artículos 1º de la Ley 20 de 1970, 3º de la Ley 10 de 1972 y único del Decreto reglamentario 376 de 1974. El cargo, en consecuencia, no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida el once de julio de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PERITAZGO

El Juez debe designar perito en los asuntos que requieren conocimientos especiales, de acuerdo con el artículo 51 del C. de P. L., y de acuerdo con el 233 del C. de P. C., la peritación es procedente para verificar hechos que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto veintidós de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 31.

(Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia).

En demanda ordinaria laboral, Humberto Gámez Vanegas, mediante apoderado, solicitó que Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A., fuese condenado a cubrirle lo siguiente:

"1º Indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo de conformidad a lo establecido por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"2º Pago del reajuste de cesantía que tiene derecho mi mandante, por el tiempo trabajado.

"3º Pago de las vacaciones a que tiene derecho mi mandante por el tiempo trabajado.

"4º Pago de las comisiones dejadas de cancelarle a mi poderdante.

"5º Pago de prima de servicio proporcional al tiempo trabajado por mi mandante.

"6º Pago de los dominicales y días festivos trabajados por mi mandante.

"7º Indemnización moratoria de acuerdo al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haber pagado los Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A., la prima de servicio y demás prestaciones a que tiene derecho mi mandante.

"8º Las costas del juicio, incluyendo las agencias de derecho".

Como fundamento de esta pretensión afirmó haber trabajado para la sociedad demandada, mediante contrato escrito de trabajo, entre el 16 de octubre de 1967 y el 29 de octubre de 1970, fecha en que fue despedido sin justa causa, con sueldo promedio de $ 13.744.76, sin que se le haya pagado la indemnización por despido injusto, las vacaciones causadas y no disfrutadas, comisiones insolutas, reajuste de auxilio de cesantía, primas de servicio y "los días dominicales y feriados a que tiene derecho".

La demandada descorrió el libelo respectivo, manifestando que, en cuanto a los hechos, se atiene a lo que resulte probado; que se opone a que se le impongan las condenas solicitadas y presentó las excepciones de pago de lo debido, falta de título en el actor, falta de obligación en la demandada y prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, luego de tramitado debidamente el proceso, le puso fin con sentencia de 31 de mayo de 1974 por la que proveyó, así:

"*Primero.* CONDÉNASE a la sociedad denominada 'Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A.', representada por su gerente, a pagar, una vez en firme la presente sentencia, al demandante, señor Humberto Gámez Vanegas, con cédula de ciudadanía número 2880789 de Bogotá, las siguientes cantidades de dinero:

"a) La suma de $ 53.411.27 (cincuenta y tres mil cuatrocientos once pesos con veintisiete centavos) moneda corriente, por concepto de remuneración por descanso en días domingos;

"b) La cantidad de $ 19.193.81 (diez y nueve mil ciento noventa y tres pesos con ochenta y un centavos) moneda corriente, por concepto de remuneración por descanso en días festivos;

"c) La suma de $ 13.800.00 (trece mil ochocientos pesos) moneda corriente, por concepto de reajuste de cesantía;

"d) La cantidad de $ 46.555.75 (cuarenta y seis mil quinientos cincuenta y cinco pesos con setenta y cinco centavos) moneda corriente, por concepto de comisiones pendientes;

"e) La suma de $ 10.517.79 (diez mil quinientos diez y siete pesos con setenta y nueve centavos) moneda corriente, por concepto de reajuste de primas;

"f) La cantidad de $ 46.056.07 (cuarenta y seis mil cincuenta y seis pesos con siete centavos) moneda corriente, por concepto de indemnización por despido, y

"g) La suma de $ 609.67 (seiscientos nueve pesos con sesenta y siete centavos) moneda corriente, diarios, a partir del 30 de octubre de 1970, inclusive, hasta la fecha en la cual se paguen las sumas por concepto de remuneración por descanso en días domingos, remuneración por descanso en días festivos, reajuste de cesantía, comisiones pendientes y reajuste de primas, que se ordenan pagar en esta sentencia, a título de indemnización moratoria.

"*Segundo.* DECLÁRASE parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de la remuneración por descanso en días domingos, conforme la parte motiva de esta sentencia. Declárase probada la excepción de prescripción respecto de la prima del segundo semestre de 1967. Decláranse no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada.

"*Tercero.* ABSUÉLVESE a la demandada de las demás peticiones impetradas.

"*Cuarto.* COSTAS a cargo de la demandada en cuantía del 80%. Tásense".

Por apelación de la demandada conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— el que resolvió el recurso por sentencia de 11 de diciembre de 1974, mediante la cual REVOCÓ la de primer grado, y, en su lugar, ABSOLVIÓ "a la sociedad denominada Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A., de todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda instaurada por Humberto Gámez Vanegas". Impuso costas a cargo de éste "al igual que las correspondientes en la primera instancia".

Contra este fallo recurrió en casación el actor y plantó la respectiva demanda, oportunamente replicada por la demandada, en la cual solicita que se case totalmente la sentencia acusada y que, constituida la Corte en Tribunal de instancia, confirme en todas sus partes la sentencia del *a quo*.

Para alcanzar este fin plantea un solo cargo, que reza:

Cargo único.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 57, numeral 4º, 65, 137, 139, 142, 172, 173, 174, 176, 177, 249 y 306 del C. S. del T., como también los artículos 8º y 17 del Decreto 2351 de 1965 convertidos en normas permanentes por mandato del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y en relación con los artículos 51 del C. P. L., y 233 del C. de P. C., que también se aplicaron indebidamente. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de los documentos auténticos visibles a folios 5 y 6 del expediente, ambos provenientes de la sociedad demandada, como también de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio y del experticio anexo a la misma (folios 50 a 52 y 60 a 107), y de los memorandos de folios 48 y 49 decretados como pruebas en la diligencia de inspección".

La sustentación de este ataque, junto con la réplica del opositor, los estudia a continuación la Sala:

Luego de transcribir el pasaje del fallo *sub júdice* en que se sostiene que el medio de prueba sobre el que fundó su sentencia el *a quo,* que es el dictamen pericial, carece de todo valor probatorio, y que "los otros medios no demuestran ni en principio los hechos afirmados en la demanda", sostiene:

"Igualmente es evidente la apreciación errónea de la documental de folio 5, que proviene de la demandada, que se adujo con la demanda sin objeción alguna en el proceso, que tiene el carácter de documento auténtico y mediante la cual se dio por terminado el contrato de trabajo celebrado con el demandante. Resulta contrario a la realidad sostener que dicho documento no demuestra 'ni en principio' uno de los hechos básicos de la demanda, como es el del despido. Y como no se ha comprobado su justificación, no obstante que en la carta se alega una justa causa que ni siquiera se dice en qué consiste, el Tribunal, de haber analizado correctamente esta probanza y la liquidación de prestaciones, aun desechando el experticio, habría tenido que condenar al pago de la indemnización por despido conforme al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 tomando como base el salario promedio confesado en dicha liquidación. El error de hecho es ostensible".

El opositor rearguye:

"La nota de folio 5 aparece firmada por el subgerente de la empresa y no fue tachada oportunamente; bien pudo tenerse por reconocida si así lo ordenaba alguna norma procesal aplicable

a las pruebas decretadas antes del 1º de julio de 1971, como las de este juicio. Pero ¿qué norma? Ni el artículo 51 del C. P. L. ni el 233 del C. de P. C., que invoca el recurrente, se ocupan de ello. Además, suponiéndolo 'documento auténtico', el de folio 5 apenas probaría que el actor fue empleado de la empresa, puesto que fue despedido por ella; pero no que simultáneamente con el despido la empresa no invocara la justa causa a que tal documento alude ni la duración del contrato así extinguido, ni los salarios correspondientes''.

La Sala observa.

El documento de folio 5 que el censor expresa fue apreciado equivocadamente, dice a la letra:

''Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A., octubre 29, 1970. SG 322. Señor Humberto Gámez, ciudad. Ref.: Cancelación contrato. Estimado señor. Nos permitimos comunicarle que a partir de la fecha su contrato de trabajo con esta entidad ha sido cancelado por causa justa. Estamos remitiendo copia de este oficio al Departamento de Contabilidad para que ellos verifiquen si usted se encuentra a paz y salvo con nuestra empresa y proceder en base a ello. Así mismo le encarecemos de manera especial acercarse a nuestras oficinas para hacer entrega del material de trabajo que usted recibió según comprobante en nuestro poder. Para que le practiquen el examen médico de egreso, sírvase acudir al consultorio de nuestro médico, doctor Jesús Mejía, situado en la calle 22-D número 17-44. Atentamente, Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A. (Fdo.), *Abel Coronado Gómez,* Subgerente. cc.: Gerencia, Contabilidad, Ventas, oficina número 2, doctor Mejía, hoja de vida, numerada''.

Este documento es auténtico, a pesar de la tesis del opositor, porque es el original de la nota de despido dirigida al demandante y suscrita por el subgerente de la demandada; fue acompañada a la demanda por el actor y el Juzgado ordenó tenerla como prueba en la audiencia de 31 de marzo de 1971, sin que hubiese sido tachada de falsa. Debe tenerse, pues, por reconocido, según artículos 645 del C. J. de 1931 y 252, 3, del C. P. C.

De él se deducen en forma indubitable estos dos hechos: a) La existencia del contrato de trabajo, y b) Su cancelación por la empresa, cuando manifiesta textualmente:

''Nos permitimos comunicarle que a partir de la fecha *su contrato de trabajo* (subraya la Sala), con esta entidad *ha sido cancelado por justa causa*'' (id). La claridad de este texto es tal, que no da ocasión a dudas respecto de los dos hechos indicados.

Pero en tal documento se afirma, además, que el contrato ''ha sido cancelado *por justa causa*'' (se subraya). En él, sin embargo, no se precisa cuál es esa justa causa y es sabido que corresponde al patrono determinar concretamente el motivo que da lugar a la terminación unilateral del contrato y demostrar su justificación. Y como en la carta que se analiza la demandada se limita a afirmar que la cancelación del contrato se ha efectuado ''por justa causa'', sin señalar en qué consiste o qué hechos la configuran y en cuál disposición legal o convencional se encuentra señalada, el despido resulta ilegal e injusto, ya que como lo determina el parágrafo del numeral 8 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 ''la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, *en el momento de la extinción* (subraya la Sala), *la causal o motivo de esa determinación*. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos''. Luego, *a contrario sensu,* la parte que en el momento de extinguir el vínculo laboral no manifiesta a la otra la causal o motivo de esa determinación, procede de manera ilegal e injusta.

De lo explicado resulta evidente el error de hecho en que incurrió el sentenciador al no tener como demostrado el contrato de trabajo y su terminación sin justa causa.

Con relación al documento de folio 6, sostiene el impugnante:

''En efecto, a folio 6 del expediente obra aducida con el escrito de demanda la liquidación de contrato de trabajo del demandante, con firmas de que fue elaborada y autorizada por la empresa. Se trata de un documento auténtico que proviene de la parte demandada y que por tener aquél carácter tiene aptitud procesal para que se configure a través de ella el error de hecho que regula la casación laboral conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Consta en este documento, que no ha sido tachado ni redargüido de falso, que el señor Humberto Gámez Vanegas laboró como representante de ventas desde el 16 de octubre de 1967 hasta el 29 de octubre de 1970, con un último salario promedio mensual de $ 13.744.76. Consta según el mismo documento que al trabajador le pagaron cesantía, vacaciones, primas y comisiones pendientes. Resulta contra toda evidencia afirmar como lo hace el Tribunal que los 'otros' medios probatorios distintos al experticio, 'no demuestran ni en principio los hechos afirmados en la demanda'. La apreciación equivocada de la prueba es evidente''.

El opositor manifiesta al respecto:

"El papel de folio 6 carece de firma, está en formularios universales, no menciona el nombre del patrono, fue aportado por el actor y no se pidió siquiera su reconocimiento por la entidad demandada. ¿Será 'auténtico'?".

La Sala observa.

El documento de folio 6 es una copia al carbón del original a máquina de una *"liquidación de contrato de trabajo"*, según reza su encabezamiento, de un formulario impreso para el efecto, en la cual se han llenado los siguientes espacios: *"nombre del empleado"*, Humberto Gámez Vanegas; *"cargo desempeñado"*, representante de ventas; *"fecha de ingreso"*, octubre 16-1967; *"fecha de retiro"*, octubre 29-1970; *"tiempo de servicio"*, 1.093 días; *"el contrato de trabajo terminó"* por despido; *"Salarios base de liquidación"*: $ 164.937.72 ÷ 12 = $ 13.744.76. Viene luego un renglón, cuyos espacios no se llenaron, que dice: "El suscrito trabajador declara que ha recibido a su entera satisfacción de... las sumas de dinero a que hace referencia la siguiente liquidación:

Cesantía. . . . . .$	41.730.61		
Menos: Anticipo, comprobante de pago número 9584 de mayo 29 de 1970	14.844.22	$ 26.886.39	
Vacaciones	13.992.76		
Primas.	6.954.25	47.833.41	
Menos: Préstamo compañía . . . $ 5.000.00			
Retención en la fuente 36.00			
Seguro Social 179.28	5.215.28	42.618.13	
Comisiones. Por pagar, según relación adjunta	5.558.20		
Total . . . . . .$		48.176.33"	

Aparece en seguida impresa una *"constancia"* en que el trabajador declara al patrono a paz salvo por todo concepto y que expresa, además, que con "la presente liquidación queda transada cualquier diferencia relativa al contrato de trabajo que hoy termina, pues ha sido su común ánimo conciliar definitivamente, como en efecto se concilia, todo reclamo pasado, presente o futuro...: y que tanto el patrono como el trabajador renuncian expresamente a cualquier acción o reclamo que tengan o crean tener contra el otro...".

Inmediatamente después se lee: *"lugar y fecha"*, Bogotá, noviembre 5 de 1970.

A renglón seguido viene: "El trabajador"... (espacio sin llenar). *"El patrono"*... (espacio sin llenar).

"Testigo": ... (sin llenar). *"Testigo"* ... (sin llenar).

Más abajo se hallan cuatro rectángulos, así: "Elaborada": (Aquí existe un signo con lápiz rojo). "Revisada":... (sin ninguna señal). "Autorizada":... (Tiene un signo en lápiz azul). "Contabilizada":... (sin llenar), y *dichos signos no se sabe a qué persona corresponden.*

Este documento, pues, como se indicó al principio, es una copia al carbón de un original escrito a máquina y es sabido que las copias para que tengan el mismo valor probatorio de aquél, conforme a los artículos 253 y 254 del C. de P. C., deben estar autenticadas por un notario o juez o haber sido compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial. Y si se trata de documentos públicos, han de hallarse autorizadas por el funcionario en cuyo archivo se encuentre el original.

Y en cuanto al reconocimiento tácito o implícito de documentos por haberse aportado al proceso sin que hayan sido tachados de falsos oportunamente, que es lo que aduce el impugnante, no debe olvidarse que la disposición que consagra aquel modo de reconocimiento (artículo 252, 3 del C. de P. C.), exige que el aportante del documento "afirme estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone", afirmación no efectuada por la parte actora (que acompañó la copia a la demanda), puesto que carece de firmas autógrafas y no está manuscrita.

La mencionada copia, por lo tanto, carece de las condiciones legales necesarias para que pueda tenerse como documento auténtico, a fin de fundar sobre él error manifiesto de hecho.

Respecto de los otros documentos que el impugnante señala como apreciados también con error, manifiesta:

"También por equivocada apreciación de la liquidación de prestaciones sociales y falta de examen de la documental de folios 104 a 107 del expediente, que es prueba originaria de la sociedad demandada, suscrita por su gerente e incorporada como medio de convicción por decreto del Juzgado, incurrió el Tribunal en el error evidente de hecho consistente en no dar por demostrado que la retribución por sus servicios pagada al demandante fue en forma de comisiones, a base de porcentajes, por lo cual su salario era variable. Otro tanto se concluye de las documentales de folios 48 y 49 que en mem-

brete de la empresa se adujeron en la diligencia de inspección, sin reparo de ninguna clase, y que el *a quo* ordenó allegar como pruebas. Su autenticidad es indiscutible por cuanto certidumbre existe de que fueron elaboradas por la sociedad demandada, y en la primera se expresa que 'las comisiones mensuales para los jefes de oficinas de ventas, se liquidarán teniendo en cuenta el valor bruto de las ventas, es decir, sin descontar el 10% del Fondo de Mantenimiento Perpetuo', y en la segunda se precisan el sueldo básico que tendrán los representantes de ventas de la compañía y las comisiones de acuerdo con la tabla que en el memorando se señala''.

Sobre el particular argumenta el opositor:

''Menciona también el recurrente, en su 'cargo único', los que denomina 'memorandos de folios 48 y 49 decretados como pruebas en la diligencia de inspección'. ¿Sería que en esa diligencia el Juzgado encontró entre los papeles de la oficina visitada los mencionados 'memorandos' y así, por lo menos, pudo verlos? Pues no: A folio 51 expresa el abogado del actor: 'De acuerdo a la demanda y en lo que se relaciona de la solicitud de inspección ocular se dice que *me reservo el derecho de presentar todos los documentos...*'. Por tal razón *entrego* al Juzgado la nota, aclaro, *copia* de la nota número GL-136 de febrero 25 de 1969... etc.'. Y al finalizar el acta se lee: 'Decrétanse como pruebas los *documentos presentados en esta audiencia por el señor apoderado del actor*'. Sin firmas, sin sellos, sin nota alguna de autenticación...'. 'Documentos auténticos'.

''Y si lo fueran, más bien indicarían que la comisión de los 'vendedores' se hacía previa deducción del 10% pues solamente los jefes de oficinas de ventas gozaban del privilegio de una comisión mayor, y, además, que desde febrero de 1969 (hasta cuándo) los 'vendedores' gozaban de un salario fijo de $ 1.500.00 mensuales, sueldo que indudablemente incluiría la remuneración de los descansos en domingos y festivos''.

La Sala considera.

Los documentos de folios 48 y 49 son también copias, sin firma alguna, tomadas al carbón de originales escritos a máquina y que el actor presentó en la diligencia de inspección ocular, dentro de la cual el Juez ordenó tenerlos como prueba. Pero no fueron compulsadas de su original en el curso de la misma, o manuscritas por la parte a quien se oponen. De consiguiente, tampoco pueden tenerse como auténticos para los fines del recurso de casación, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

Y por lo que hace al documento de folios 104 a 107 se trata de un memorando de ''D. W. Machon'', para ''gerente de ventas, jefes de oficina de ventas y vendedores de Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A.'', que contiene instrucciones sobre ''política de ventas para jardines, servicios y osarios'', documento que no fue allegado por ninguna de las partes, sino por el perito, como anexo número 3 de su dictamen. En consecuencia, no es dable apreciarlo independientemente de éste, ya que forma parte del peritaje y es uno de los elementos que le sirven de fundamento.

De lo hasta aquí expuesto resulta, que fuera del documento de folio 5, ninguno de los otros precisados por el actor sirven para demostrar los errores de hecho imputados a la sentencia. Aquel, según se indicó al comienzo del estudio del cargo, demuestra la existencia de un contrato de trabajo y la de su terminación sin justa causa y como no halló el sentenciador estos dos hechos, al estimarlo, incurrió en manifiesto error. Esto, permite a la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia invocada por el recurrente, analizar el dictamen pericial rendido en el proceso.

El *ad quem* expresó sobre esta prueba lo que se copia:

''Consideraciones..

''Estima el Tribunal que, en este caso, se deberá hacer especial referencia a lo que es la peritación, pues como se puede establecer a folios 50 a 80, la única prueba practicada dentro del juicio, fue ésta en cuya práctica el Juez convirtió al perito, en testigo de cargo, suplente en sus funciones y guía única en su labor de juzgar. Mas no debe olvidarse, que tanto el artículo 51 del Código Procesal Laboral, como los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, determinan que la peritación no sea de recibo sino cuando se requiera de conocimientos especiales, para establecer determinado hecho. El perito que es un auxiliar de la justicia, no puede suplir al juez en sus funciones, como ocurrió en el *sub lite,* en el cual los asuntos que eran propios de una inspección judicial, se le confiaron al perito, para que éste le contara al Juez lo que había visto u observado. No fue la asesoría en asuntos especializados de que habla la ley, sino que hubo un verdadero señalamiento de pautas para juzgar, que el Juez acató.

''Basta, por ejemplo, analizar el temario que le fue sometido al perito (folio 50), para comprobar que lo dicho anteriormente es el fiel re-

flejo de lo ocurrido en autos. El señor perito debía indicar la fecha del contrato de venta de lotes, nombre del comprador, número del contrato, valor de la venta de cada contrato, valor de la comisión pagada al demandante por cada venta, días domingos y feriados trabajados, para solo citar, algunos de los aspectos que se le encomendaron y que eran propios de una inspección judicial, en la cual se podían observar directamente por el Juez, para que el principio de la indemnización consagrado en el artículo 52 del Código P. L., tuviera cumplido efecto. Lo que pudo el juzgador percibir por sus sentidos, que es el objeto de una inspección ocular, lo estimó mejor percibirlo al hacerlo a través de los sentidos del perito. No solo se delegó la capacidad de opinar sobre aspectos de derecho que es privativa del juzgador, sino que se renunció por parte de este último, a su propia capacidad de ver y observar.

"Tan graves impropiedades determinan a la Sala, recogiendo lo dicho y repetido por la jurisprudencia y la doctrina, a resumir, así, los principios que inspiran la práctica y el análisis de las pruebas en materia laboral:

"a) En virtud del artículo 51 del Código de Procedimiento del Trabajo, las pruebas que pueden practicarse y son de recibo dentro de los juicios laborales, son las establecidas en la ley. Como en el procedimiento laboral no se señalan expresamente cuáles son éstas, en acatamiento del artículo 145 *ibídem*, solo se podrá hacer uso de los medios de convicción de que trata el Título XIII del Código de P. Civil. Unicamente éstas y no otras, son las de recibo en estos juicios, con las ritualidades propias del procedimiento laboral, como, por ejemplo, la oralidad y publicidad (artículo 43 del mismo Código), la inmediación (artículo 52), la obligación de solo aceptar pruebas solemnes para demostrar los actos, en cuya celebración la ley exige determinadas solemnidades para su validez (artículo 61), etc.;

"b) Pero lo que no está establecido ni en el Código de Procedimiento Laboral, ni en el de Procedimiento Civil, es la prueba híbrida que compendia peritación, testimonio e inspección judicial, y menos, concretada en un mero auxiliar de la justicia. Así las cosas, el dictamen de marras, ni es tal, ni es testimonio, ni es inspección judicial, porque esta última solo la puede practicar personalmente el juez, por virtud de los artículos 55 del C. P. Laboral y 254 y siguientes del C. de P. C.;

"c) La libre formación del convencimiento, a que se refiere el artículo 61 del C. de P. del Trabajo, da ciertamente amplitud al sentenciador para valorar las probanzas, sin sujeción a tarifa alguna, salvo el caso de solemnidades específicas cuando llegue el momento y como lo prevé el artículo 60 *ibídem*, en que se debe hacer el cotejo y ponderación de todas las pruebas allegadas al proceso. Mas esta amplitud en la valoración probatoria, no facultad en manera alguna al juez para practicar pruebas en forma no prevista en la ley, para decretar aquellas que ésta no autoriza, o para hacerse reemplazar por los auxiliares de la justicia. Porque en este último caso, por extralimitar los límites de la misión encomendada por el legislador, se invalidan sus actos y determinan necesariamente que ellos no sean tomados como medios de convicción por un juzgador elementalmente respetuoso de las normas procedimentales atinentes a la práctica y ritualidad de las pruebas;

"d) Si, como aquí ocurre, por una mixtura de pruebas al margen de la ley, así se les dé a éstas el equivocado nombre de dictamen pericial, se condensan en un mismo acto, un peritazgo y un testimonio y, además, unas observaciones que serían materia de inspección judicial, sencillamente, tal acto carece de validez probatoria, porque se ha realizado contrariando las formalidades autorizadas en la ley de procedimiento.

"Ahora bien: como el único medio de prueba en que se apoyó el Juez, fue la llamada peritación y ésta adolece de los vicios procedimentales a que se hace referencia, ya que los otros no demuestran ni en principio, los hechos afirmados en la demanda, se deberá revocar en todas sus partes la sentencia recurrida, y en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las súplicas que originaron este juicio".

El recurrente aduce al respecto este argumento principal:

"Esa prueba pericial, no se decretó y practicó porque el Juez quisiera convertir al perito 'en testigo de cargo, suplente de sus funciones y guía única de su labor de juzgar', como injustamente lo expresa el Tribunal, sino porque en su concepto requería de la colaboración de un experto con conocimientos especiales, conforme a lo previsto por el artículo 51 del C. P. L. y 233 del C. de P. C. Consideró el Juzgado que debían hacerse determinaciones de valores para los cuales se requería el concurso de un perito. Y éste rindió un prolijo, concienzudo y técnico dictamen, cuya elaboración demandó mucho tiempo y confrontación y análisis de asientos contables y comprobantes, como lo evidencia el experticio mismo y los anexos a él acompañados. No estaba a la simple percepción del Juzgado hacer tales comprobaciones, sino que en su concepto era, como fue necesaria, la asesoría de un perito, siendo

respetable su concepto de buscar el auxilio de alguien con conocimientos especiales para tal fin. Y no se diga que por haber encomendado al experto la verificación de unos puntos que bien pudo haber constatado el juzgador, no era indispensable la prueba pericial, porque con exclusión de algunos de ellos que ya estaban demostrados (ver la liquidación de prestaciones sociales: contrato, cargo, despido, fecha de ingreso, fecha de despido, salario promedio en el último año) y para los cuales la prueba era superflua e innecesaria, los demás, los más importantes agían (sic), en criterio del juzgador de conocimientos especiales, como lo demuestra el mismo dictamen. Entonces, frente a esas determinaciones que no podía hacer el Juez en una simple verificación de inspección judicial, la prueba pericial no puede ser desechada sino tenida en cuenta. Resulta injusto concluir, como lo hace el Tribunal que 'no solo se delegó la capacidad de opinar sobre aspectos de derecho que es privativo del juzgador, sino que se renunció por parte de este último, a su propia capacidad de ver y observar'. Basta la lectura de la sentencia de primer grado para evidenciar lo contrario...''.

El opositor expresa sobre el punto lo siguiente:

''Aunque en apariencias voluminoso, el expediente es simple porque su contenido válido se reduce al poder otorgado por el actor, la demanda (folios 1 a 3), notificada el 29 de enero de 1971, la carta de despido (folio 5), los diplomas de folios 7 y 8, la contestación de la demanda (folios 11 a 13), el decreto de pruebas del 30 de marzo de 1971, en la primera audiencia (folios 15 a 17), la solicitud extemporánea de la prueba pericial hecha por el actor en la tercera audiencia de trámite (folio 44) y también decretada por el Juzgado (folio 45), el acta de la mal llamada inspección ocular (folios 50 a 52) y el fallo de primera instancia. Lo demás consiste en el supuesto 'dictamen pericial' sobre los documentos que dice haber visto y examinado el perito, con sus anexos y cuadros (folios 60 a 197).

''El honorable Tribunal de Bogotá negó todo valor probatorio a la pretendida peritación y en consecuencia absolvió a mi mandante de las tremendas condenas, por más de *un millón de pesos*, con salarios 'caídos' durante cuatro años y medio que fulminó el Juzgado contra ella.

''El habilísimo impugnador desestima, como es apenas obvio, la oportuna y justiciera glosa del sentenciador colegiado contra la funesta práctica de designar 'peritos' en la primera instancia de los juicios laborales para que 'vean' lo que el Juez debiera ver con sus propios ojos en las inspecciones oculares, suplan con su sola afirmación las pruebas de la autenticidad de los datos en que funden el concepto y decidan, por el Juez, el caso controvertido. En cambio, les asigna a los cuadros y papeles elaborados por el perito y sus 'ayudantes' o aportados por ellos al expediente sin firmas ni notas de autenticación, la calidad de 'documentos auténticos' y a la 'inspección ocular' en la que el Juez no vio nada sino que ordenó a mi mandante mostrarle posteriormente todo al perito, el carácter de verdadera inspección judicial''.

La Sala considera.

La llamada inspección judicial (prueba que dice el censor fue estimada con equivocación), se halla relatada a los folios 50, 51 y 52 en el acta respectiva y en ella lo que consta es esto:

''1º Que al despacho del Juzgado del conocimiento 'comparecieron los abogados de las partes' y que se 'hizo presente en el despacho el doctor Alfonso Martínez Arévalo con el fin de tomar posesión del cargo de perito contador público para el cual fue nombrado por auto de 28 de abril de 1972' y que 'en tal virtud la señorita Juez, por ante su Secretario, le tomó el juramento de rigor...'. 2º Que 'en este estado el Juzgado se traslada a las dependencias de la demandada donde son atendidos por el señor contador de la empresa, se aclara, el contralor señor Avelino Rosas Rodríguez, quien el señor Juez le hacer saber el objeto de la diligencia y le solicita ponga a disposición del Juzgado todos los archivos, nóminas, libros y en general todos los elementos necesarios para la práctica de esta diligencia'. 3º 'En uso de la palabra el doctor Oscar Zamorano Sánchez concreta los puntos materia de la diligencia' (puntos en número de 11 con numerosos literales que se insertan), y entrega dos documentos 'para que sean adheridos al expediente'. 4º Aquí dicta el *a quo* un auto por el cual manda: 'Se decreta el temario señalado por el señor apoderado del demandante. De consiguiente, como en consideración del despacho se hace necesario la revisión minuciosa de los libros, planillas, comprobantes de pago, auxiliares de contabilidad, para establecer los hechos por él solicitados, se dispone que el perito, doctor Martínez Arévalo, rinda el dictamen sobre los puntos señalados por el señor apoderado del actor...'. 5º Luego ordena: 'Se decreta, igualmente, el temario señalado por el señor apoderado de la parte demandada, que se reduce a la comprobación del pago de prestaciones sociales. Sobre este punto el doctor Martínez Arévalo debe determinar, si al trabajador se le pagaron prestaciones sociales durante la vigencia del contrato de traba-

jo y a la terminación del mismo'. 6º Más adelante se hace constar que el apoderado de la parte demandada pide 'a la señora Juez, se digne solicitar al señor perito dictamine sobre los siguientes puntos (aquí ellos), sobre lo cual recae otro auto, que reza: 'Se decreta el temario señalado por el señor apoderado de la parte demandada. El doctor Martínez Arévalo deberá rendir el dictamen sobre tales puntos teniendo en cuenta todos los elementos que obran en los archivos de la empresa' ". 7º A continuación se ordena tener como pruebas los documentos presentados por el apoderado del actor y se cierra el acta.

Visto el resumen que antecede, ¿en dónde aparece la inspección ocular o judicial? ¿Qué libros, comprobantes, contratos, documentos y otros elementos de juicio examinó el Juez? Ninguno. Se limitó a ordenar que el perito los examinara y resolviera los numerosos cuestionarios de los apoderados de las partes. La nombrada inspección, desde don Alfonso El Sabio, es "por vista *del judjador*, veyendo *la cosa sobre que es la contienda" y Lessona la define, diciendo: "El reconocimiento judicial es el acto por el cual el Juez se traslada al lugar a que se refiere la controversia o en que se encuentra la cosa que la motiva, para obtener,* mediante el examen personal *(subraya la Sala) elementos de convicción". Y el Código de Procedimiento Civil en el numeral 2 del artículo 246 (aplicable al caso por no regular este medio de prueba el procesal laboral) establece:* "En la diligencia el Juez procederá al examen y reconocimiento *(se subraya) de que se trate, y si fuere el caso,* oirá a los peritos *sobre las cuestiones materia del dictamen...". Y el numeral 7* ibídem *ordena que en el acta se especifiquen* "los resultados de lo percibido por el Juez".

Salta a la vista, por lo tanto, que el a quo *no llevó a efecto inspección ocular o judicial de ninguna especie y que situó al perito en su lugar para que realizara el examen y reconocimiento "de los libros, planillas, comprobantes de pago, auxiliares de contabilidad" que "en consideración del Despacho" requerían "revisión minuciosa", según lo asienta el primero de los autos atrás indicados.*

De aquí resulta que en verdad el dictamen pericial rendido en este proceso no responde a su finalidad u objeto, pues de acuerdo con el artículo 51 del C. de P. L., el Juez debe designar perito "en los asuntos que requieren conocimientos especiales" *y de conformidad con el 233 del C. de P. C., la peritación es procedente para "verificar hechos que requieren* especiales conocimientos *técnicos, científicos, o artísticos" (se ha subrayado). Y en el asunto a estudio la mayor parte de las cuestiones a que el peritaje se refiere no corresponden a esos "especiales conocimientos" de que, por carecer el Juez, le imponen asesorarse de un experto, ya que todos los hechos fundamentales del proceso: tiempo de servicio, salario devengado, descanso en días domingos y festivos y pago parcial de su monto, vacaciones disfrutadas en tiempo y las sumas cubiertas por este concepto; monto de comisiones satisfechas y porcentaje dejado de cancelar; valor pagado por primas de servicio y por auxilio de cesantía y sus respectivos reajustes, no tienen en el proceso prueba distinta del dictamen pericial, y único fundamento de la sentencia de primera instancia, dictamen que substituyó de esta manera no solo la inspección judicial, según se mostró arriba, sino otras probanzas idóneas, como documentos, testimonios, interrogatorios de las partes, etc.*

Por las razones anotadas, no surge error de hecho manifiesto en el fallo acusado por haber negado al dictamen pericial el amplísimo valor probatorio que le atribuyó el a quo.

De lo expuesto, dedúcese que tan solo tiene razón el impugnante con relación a la indebida apreciación del documento del folio 5, que demuestra la existencia de un contrato de trabajo y la de su terminación unilateral por parte del patrono sin justa causa comprobada. Habrá de casarse, pues, por este aspecto la sentencia y, para dictar la que corresponda en instancia, hace la Sala las siguientes

Consideraciones.

Afirma el demandante en los hechos de la demanda inicial del proceso que devengaba un "sueldo promedio" de "$ 13.744.76", que el tiempo de servicio se extendió desde el 16 de octubre de 1967 hasta el 29 de octubre de 1970 y que lo prestó "mediante contrato escrito" de trabajo. La empresa, al responder la demanda, dijo, respecto de tales hechos, que "ni acepto, ni niego, porque no me constan, me atengo a lo que se demuestre en el desarrollo del proceso".

De esta manera, correspondía al actor probarlos y no lo llevó a cabo, pues, como se indicó en la sentencia de casación, la copia de la liquidación de prestaciones sociales acompañada a la demanda, no reúne los requisitos necesarios para tenerla como auténtica; no se adjuntó el contrato de trabajo; no se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial, ni el representante de la empresa concurrió a absolver el interrogatorio de parte formulado por el demandante. Es cierto que con relación a esta prueba el Juez declaró, en auto de 28 de abril de 1972 (folios 44 y 45): "1º Declárase la presunción de ser ciertos los

hechos preguntados susceptibles de pruebas de confesión y a que se refiere el pliego de posiciones que debía absolver el representante de la demandada, doctor Abel Coronado G. Pero, en firme esta providencia concrétese la declaratoria de confeso". Pero esta segunda parte no la cumplió el Juzgado, ni pidió su cumplimiento el apoderado del actor, y así no puede darse por existente la confesión ficta o presunta prevista en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, ya que no basta al efecto la declaración mencionada, sino que es necesario que el Juez determine cuáles son las preguntas asertivas admisibles, susceptibles de prueba de confesión, respecto de las cuales ésta se presume.

No resultando, por tanto, establecido por la parte actora el tiempo de servicio, ni el salario devengado, a fin de poder graduar la indemnización por despido injusto (único hecho demostrado con la carta del folio 5), la Sala tendrá en cuenta la indemnización mínima señalada por el literal a) del numeral 4, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, o sea, 45 días de salario, con base en el mínimo que regía para esta región del país el 29 de octubre de 1970, fecha del citado despido, y que era de $ 16.50 diarios para el sector del comercio (que comprende a las "compañías de bienes inmuebles"), según el Decreto 1233 de 1969. El valor de tal indemnización, es, pues, de $ 742.50.

En mérito de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia impugnada, solo en cuanto absolvió a la empresa de la condena por indemnización por despido sin justa causa y, en sede de instancia, MODIFICA el literal f) del punto *primero* de la parte resolutiva del fallo dictado en este proceso por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de reducir la condenación allí impuesta a la suma de setecientos cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 742.50). NO SE CASA LO DEMÁS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Sin costas en este recurso y en segunda instancia. Costas de primera instancia en un 30% a cargo de la empresa.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



INDEMNIZACION MORATORIA EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PENSIONES DE JUBILACION, INVALIDEZ O RETIRO POR VEJEZ

El artículo 8º de la Ley 10 de 1972 y el artículo 6º del Decreto 1672 de 1973 establecen una indemnización por mora que difiere de la establecida en el artículo 65 del C. S. del T., en que no se causa a partir de la terminación del contrato de trabajo, sino noventa días después de que se haya acreditado el derecho a gozar de la respectiva pensión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintiocho de agosto de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 32.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Joaquín Pablo Acosta demandó, por medio de apoderado judicial a Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se la condene a pagarle las sumas de dinero que resulte a deber por los siguientes conceptos: "Indemnización por despido injusto, pensión de jubilación desde la fecha en que fue injustamente despedido, indemnización por el no pago oportuno de la prestación denominada jubilación, cesantía, primas de servicio, compensación en dinero de las vacaciones y agencias en derecho".

Según los hechos de la demanda, Joaquín Pablo Acosta López, mediante contrato a término indefinido, trabajó bajo la continuada dependencia y subordinación de Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, desde el 8 de noviembre de 1949 hasta el 14 de marzo de 1969; el 16 de abril de 1968 recibió una carta de la empresa en que le anunciaban su decisión de terminar el contrato de trabajo debido a unas declaraciones de un compañero de labores que pretendió complicarlo en la comisión de un delito contra la propiedad; al calificarse en forma definitiva el sumario mediante providencia dictada el 4 de junio de 1971 por el Juzgado Quinto Penal de Barranquilla, fue sobreseído definitivamente por tratarse de un delito imposible y por aparecer de manifiesto su ninguna responsabilidad en el delito investigado; el 3 de agosto de 1971 la sociedad demandada recibió una carta del trabajador en la que pedía su reintegro o la jubilación inmediata con la indemnización por despido injusto y el valor de las prestaciones sociales a que por ley tuviese derecho; el 14 de septiembre de 1971 la empresa respondió negando el pago solicitado; el salario devengado por el trabajador fue de $ 1.271.24 y en la fecha de la demanda tenía más de 55 años de edad.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, aceptó la fecha de ingreso y salida del demandante como trabajador y el salario devengado; dijo no constarle la edad y aceptó otros hechos parcialmente, con aclaraciones, y respecto al sobreseimiento definitivo manifestó que se atenía a lo que se probara. Propuso la excepción de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, decidió el litigio, en sentencia proferida el veinte de marzo de mil novecientos setenta y cuatro en cuya parte resolutiva dispuso lo siguiente: "1º CONDENAR, como en efecto se condena a la empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, representada legalmente por el señor Carlos Sojo Donado y en este juicio por el doctor Fulgencio Fernández Jirado, a pagar al señor Joaquín Pablo Acosta López, representado judicialmente por el doctor David Juliao Vergara, la suma de ochenta y seis mil quinientos ochenta y un pesos con treinta y seis centavos ($ 86.581.36), por los siguientes conceptos: Indemnización por despido sin justa causa, $ 24.036.37; mesada de jubilación de agosto 3 de 1968 a 20 de los corrientes, a razón de $ 953.43 mensuales...

$ 62.544.99; total $ 86.581.36. 2º CONDENAR, igualmente, a la empresa demandada a pagar al actor una pensión vitalicia y proporcional de jubilación por la suma de $ 953.43 a partir del 21 del mes en curso. 3º DECLARAR prescritas las mesadas de jubilación causadas con anterioridad al 3 de agosto de 1968. 4º CONDENAR, igualmente, a la empresa demandada a pagar al actor la suma de $ 42.37 diarios por salarios caídos, a partir del veinticinco (25) de febrero de 1972 hasta cuando se verifique el pago de la pensión de jubilación. 5º ABSOLVER a la empresa demandada de los otros cargos de la demanda. 6º Sin costas''.

Apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, decidió el doble recurso en sentencia de diez y nueve de junio de mil novecientos setenta y cuatro que modificó la de primer grado para que quedara así: ''1º CONDENAR, como en efecto condena, a la empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, a pagar al señor Joaquín Pablo Acosta López una pensión especial de jubilación así: $ 953.43 mensuales desde el 3 de agosto de 1968 hasta el 31 de diciembre de 1972, y $ 1.187.88 mensuales del 1º de enero de 1973 en adelante. 2º DECLÁRANSE prescritas las mesadas de jubilación causadas con anterioridad al 3 de agosto de 1968. 3º DECLÁRASE, igualmente, prescrito el derecho a reclamar la indemnización por despido injusto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 4º ABSUÉLVASE a la empresa demandada de los demás cargos de la demanda. 5º Sin costas''.

El recurso de casación fue interpuesto por ambas partes. El Tribunal Superior los concedió y esta Sala de la Corte los admitió. El recurrente demandante presentó la demanda extraordinaria dentro de los términos legales, no así el patrono recurrente, que se abstuvo de hacerlo, por lo cual se declaró desierto su recurso. La demanda del trabajador recurrente fue replicada por la parte opositora en escrito presentado oportunamente. El recurso se decidirá previo estudio de la demanda de casación y del escrito de oposición de la otra parte.

Alcance de la impugnación.

Lo presenta así el casacionista: ''Aspiro a que la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la providencia recurrida en cuanto absolvió a Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, de pagar a Joaquín Pablo Acosta López indemnización por mora, para que, en su lugar, como *ad quem*, reforme la condena por el mismo concepto proferida por el *a quo* en el sentido de ponerla a producir efectos 90 días después del 1º de enero de 1973, proveyendo sobre costas según es de rigor''.

Con base en la causal primera de casación presentó un solo cargo, que enuncia y sustenta así:

Cargo único.

''Por modo directo, la resolución recurrida aplicó indebidamente el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, reglamentado por el 6º del Decreto 1672 de 1973 en relación con las normas a que se aludirá luego. Para eximir a Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., AVIANCA, de la condena por indemnización moratoria el sentenciador se expresó así: '...la Sala no encuentra razonable la aplicación de esta sanción, prevista en el artículo 6º del Decreto 1672 de 1973, *ya que esa norma no era conocida por la demandada cuando se impetró el derecho en agosto de 1971* y porque Avianca ha esgrimido *razones respetables de orden jurídico* en el transcurso de este proceso laboral para explicar su posición frente al reclamo por pensión especial de jubilación' (las subrayas no son del texto).

''Dos cosas son obvias: la primera, que el *ad quem* habla de no aplicación en donde quiso hablar de aplicación con resultado negativo, porque la verdad es que, conforme al artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicó la norma de la cual predica su no aplicación, aunque para absolver y no para condenar; la segunda, que la norma que el sentenciador realmente aplicó para la finalidad anotada es el precepto legal destacado en la acusación, ya que el reglamentario, en tanto que no lo desvirtúe en ninguna medida, se considera como parte integrante de él. Ahora bien: es cierto que cuando mi procurado le reclamó el reconocimiento y el pago de pensión proporcional de jubilación, Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., no conocía el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, entre otros motivos, porque aún no se había dictado ésta. Pero también es no menos cierto que, al tenor de su mandato vinculado con el del artículo 13 *ibídem*, debió conocerlo por lo menos 90 días después del 1º de enero de 1973, porque desde entonces estuvo obligado a cumplirlo conforme a lo reglado en los artículos 53, ordinal 1º, del Código Civil y 56 del Código de Régimen Político y Municipal; esto es, cuando apenas se había iniciado el período probatorio del juicio que le incoó mi representado, mucho antes de que se dirimieran sus instancias con su indispensable aplicación. De otro lado, la única razón de orden jurídico que Aerovías Nacionales de Colombia, S. A.,

AVIANCA, opuso a la pretensión de mi asistido en punto a su derecho a pensión proporcional de jubilación se encuentra en el alegato que hizo su apoderado en la segunda instancia, con estas palabras: 'Si prospera, como debe prosperar, la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda, la acción para pedir pensión vitalicia y proporcional debe correr la misma suerte de la acción de indemnización por despido injusto, esto es, debe considerarse prescrita'. Pero esta razón, bien mirada, es francamente rabulesca. Es que desde hace largos años, es de sobra sabido por los profesionales del derecho que, conforme a jurisprudencia reiterada de esa Sala de la honorable Corte, el estado de jubilado no es susceptible de prescripción; la que solo opera en relación con los derechos —esos sí patrimoniales— que él engendra, o sea, con las mesadas consiguientes. Por manera que una razón tal no puede sanamente ser tenida como respetable. A estas alturas, ella no puede comulgar sino con una postura poco seria, inadmisible desde el punto de mira de la lealtad que se deben las partes según el artículo 49 del Código Procesal del Trabajo. Lo que extraña, lo que es inaceptable es que el *ad quem* no obstante habérsele rechazado de mano de dicha jurisprudencia, la hubiera tildado de otra manera, de la forma en que lo hizo. Por último, ya como consideraciones de instancia, recuérdese que Aerovías Nacionales, S. A., AVIANCA, supo de cierto, en el momento en que se trabó la *litis*, la edad de mi mandante, y, desde un principio, por el resultado de ésta, que no iba a poder acreditar la comisión por él de ningun acto inmoral —si ésta hubiese sido una causa concurrente de su despido— y, por el resultado del proceso penal —en el cual se hizo parte civil— que no había incurrido en ningún delito —causa, a mi juicio única de su despido—. O sea, que no podría abrigar duda razonable alguna sobre el derecho a pensión proporcional de jubilación de mi patrocinado, por lo cual, transcurridos 90 días después del 1º de enero de 1973, sin que se hubiese allanado a reconocerla y pagarla, se le acarreó, sin duda, la sanción prevista en la norma 8ª de la Ley 10 de de 1972''.

El opositor replica en los siguientes términos:

''En primer lugar, la solicitud de que se condene a la sociedad demandada al pago de la pensión contenida en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 constituye un hecho nuevo en casación. En efecto, precisamente porque la norma no existía cuando se entabló el pleito, en el libelo inicial del mismo solo se pidió la indemnización por el no pago oportuno de la jubilación, de acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En parte alguna del expediente figura la menor discusión a aquel respecto. Además, de la pretensión deducida en la demanda inicial del juicio con base en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo fue absuelta la sociedad demandada con obvia aplicación para ello de este precepto. En segundo lugar, tanto la norma sustantiva implícita en la sentencia como la reglamentaria que el *ad quem* expresamente menciona, fueron aplicadas para absolver de una indemnización moratoria que el sentenciador creyó conveniente ignorar por qué razón traer a colación. Lo que el fallador de segunda instancia no encontró razonable, afortunadamente para el procedimiento laboral, fue la aplicación de la sanción que el recurrente pretende, pero no, de ninguna manera, la aplicación de las normas que la consagran. Y tal aplicación, en tercer lugar, no fue indebida. Tanto por las razones en que su decisión se apoya que el recurrente se abstiene de refutar y cuyo desquiciamiento habría requerido un cargo por vía indirecta como porque no le era lícito fallar *extra petita*, fue correcta la aplicación que hizo el *ad quem*, para absolver a mi poderdante, de los preceptos en cuestión. Esa honorable Sala, por último, no podría casar la sentencia gravada, con el alcance que pretende la impugnación, porque aunque encontrara válido el ataque planteado, enfrentaría, al convertirse en Tribunal de instancia, el mismo escollo que habría tenido el sentenciador de segundo grado: la prohibición contenida en el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral para fallar, como *ad quem, extra petita*''.

Se considera.

Como razones para no condenar a la sociedad demandada al pago de la indemnización por mora dio el Tribunal Superior las siguientes:

''En cuanto a la condena por salarios caídos la Sala no encuentra razonable la aplicación de esta sanción, prevista en el artículo 6º del Decreto reglamentario 1672 de 1973, ya que esa norma no era conocida por la demandada cuando se impetró el derecho en agosto de 1971 y porque Avianca ha esgrimido razones respetables de orden jurídico en el transcurso de este proceso laboral para explicar su posición frente al reclamo por pensión especial de jubilación''.

Son dos, por tanto, los fundamentos del fallador de segunda instancia para absolver a Aerovías Nacionales de Colombia, AVIANCA de la indemnización por mora en el pago de la pensión especial de jubilación: que la demandada no conocía la norma cuando en agosto de 1971 se hizo

la solicitud para que se le reconociera el derecho a dicha prestación, y que esgrimió razones jurídicas respetables en el curso del proceso.

El primer argumento en el fondo implica un desconocimiento por parte del *ad quem* de la vigencia de la norma en relación con el caso en estudio, lo que implicaría la infracción directa de la misma. Pero como se refiere a que no era conocida por el patrono, introduciendo confusión en el concepto, se tendrá como bien presentada la acusación por aplicación indebida de la ley.

El artículo 6º del Decreto 1672 de 1973 dice:

"Las empresas o patronos obligados al reconocimiento y pago de pensiones de que trata el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 deberán cancelar dichas obligaciones dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha en que el derecho se haya acreditado legalmente. Si transcurrido ese término la empresa o patrono obligado no hubiere satisfecho lo ordenado en el presente artículo, deberá pagar al beneficiario, además de las mesadas pensionales vencidas, una indemnización equivalente al salario que aquél venía devengando, hasta el día en que el pago se efectúe".

La norma reglamentada, artículo 8º de la Ley 10 de 1972, que es la sustancial para efectos del recurso dispuso:

"Si noventa (90) días después de acreditado legalmente el derecho a disfrutar de pensión de jubilación, invalidez o retiro por vejez, tal derecho no ha sido reconocido ni pagado, la empresa o patrono obligados a efectuar dichos reconocimientos y pagos, deberá cubrir al interesado, además de las mensualidades pensionales hasta el día en que el pago de la pensión se verifique, suma igual al salario que el beneficiario de la prestación venía devengando".

Las normas anteriores establecen una indemnización por mora en el reconocimiento o pago de las pensiones de jubilación, invalidez o retiro por vejez, que difiere de la establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en que no se causa a partir de la terminación del contrato de trabajo, sino noventa días después de que se haya acreditado el derecho a gozar de la respectiva pensión. Es necesario, por lo tanto, que el trabajador demuestre ante el patrono con pruebas suficientes, que adquirió el derecho a disfrutar de una pensión, y el patrono goza de un término de noventa días para proceder a su reconocimiento y pago.

Cuando en agosto de 1971 el ex trabajador solicitó a la sociedad demandada que le reconociera la pensión especial de jubilación, es obvio, como lo dice el Tribunal Superior, que ésta no conocía el artículo 6º del Decreto 1672 de 1973, ni el 8º de la Ley 10 de 1972, que no se habían expedido. Mas al entrar en vigencia la Ley 10 de 1972, o sea el 1º de enero de 1973, como lo dispuso su artículo 13 y según la regla 1ª del artículo 53 del Código de Régimen Político y Municipal, no del Código Civil, el demandado no podía ampararse en el desconocimiento de la norma por establecer lo contrario el artículo 56 del mismo Código de Régimen Político y Municipal que claramente dice que no podrá alegarse ignorancia de las leyes para excusarse de cumplirlas. Y habiendo acreditado el demandante la edad con la partida de bautismo que acompañó a la demanda, estaba obligado el demandado a cumplir lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, si, además, se encontraban probados los demás requisitos, noventa días después de su vigencia, por haberse notificado la demanda el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y dos, con anterioridad a la norma, y por ser ésta de aplicación inmediata según el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo y no encontrarse consumada la situación jurídica objeto del juicio. Por el aspecto estudiado violó el Tribunal Superior el artículo 8º de la Ley 10 de 1972.

Cuanto al otro fundamento del fallo impugnado, observa la Sala que el fallador de segunda instancia extendió al artículo 8º de la Ley 10 de 1972 la interpretación que la jurisprudencia ha dado al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con la buena fe, y en consecuencia llegó a la conclusión de que no procedía indemnización alguna, porque la sociedad demandada había esgrimido razones respetables de orden jurídico en el proceso para explicar su posición frente a la petición por pensión especial de jubilación. Si estas razones no existieron, o no son lo suficientemente jurídicas como para explicar la conducta del patrono demandado, es cuestión de hecho, como lo anota el opositor, pues solo a través del análisis de pruebas es posible llegar a una conclusión fáctica contraria a la del fallador de segunda instancia.

Habiendo escogido la vía directa el impugnador, a pesar de que se refiere a un alegato del apoderado judicial del demandado y de cuyo análisis pretende deducir una conducta incorrecta, la acusación por este aspecto es improcedente, por cuanto para que fuera viable sería indispensable que coincidieran recurrente y Tribunal sobre la existencia de los hechos, lo que no sucede, como se ha visto, en este caso.

Quedando en firme uno de los soportes de la decisión absolutoria por la indemnización contemplada en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, el cargo no prospera, y, por esto, no entra la Sala a estudiar los argumentos del opositor sobre fallo *extra petita* por la posible aplicación como fallador de segunda instancia de dicho artículo, que no estaba vigente cuando se presentó la demanda, y por eso no se solicitó la indemnización en él contemplada.

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 proferida el diez y nueve de junio de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 15 de septiembre de 1975, declara inexequibles los siguientes pasajes del laudo arbitral en el que son partes el Departamento de Antioquia y el sindicato de trabajadores del Gobierno Departamental: a) Los artículos 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del laudo; b) El artículo 13, título "oficios nuevos", en cuanto a los tres cargos que en él se crean; c) El artículo 17, inciso primero, en cuanto crea la prima de alimentación allí mencionada; d) El artículo 26 sobre cómputo de días para efecto de vacaciones. — En todas sus demás partes se homologa el mencionado laudo arbitral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos setenta y cinco.

Referencia: Expediente número 5154.
Acta número 34.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

Ante el fracaso de las negociaciones directas y de la conciliación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un tribunal de arbitramento obligatorio para solucionar el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Departamento de Antioquia y el "Sindicato de Trabajadores al Servicio del Gobierno Departamental".

El tribunal funcionó en la ciudad de Medellín y el 17 de marzo de 1975 profirió su laudo arbitral con el salvamento de voto del árbitro designado por los trabajadores.

El Departamento de Antioquia interpuso homologación contra el laudo y lo sustentó en el escrito que obra de folios 75 a 102 de este cuaderno, donde se puntualizan los distintos reparos que se formulan contra la decisión arbitral.

El sindicato, de su parte, se opuso a las pretensiones del Departamento en memorial que obra de folios 106 a 143 de este mismo cuaderno y pidió que se homologara integralmente el laudo impugnado.

Estos son, en síntesis, los antecedentes del asunto que ahora corresponde decidir a la Sala, previo el estudio pormenorizado de las acusaciones hechas contra el fallo arbitral recurrido. Dicho estudio se hará en el mismo orden de los planteamientos del actor.

Son estas las impugnaciones:

Capítulo I. - Permisos.

a) Contra los artículos 1º y 2º del laudo que prevén, en su orden, la concesión de permiso sindical remunerado a la comisión negociadora de un pliego de peticiones por el tiempo que duren las conversaciones y al conciliador del sindicato por el término de su encargo y la concesión de permiso de 6 días hábiles al mes, y en total para una o más personas, a los comisionados del sindicato para visitar los lugares de trabajo.

El recurrente considera que tales provisiones del laudo desconocen el derecho que los artículos 26, ordinales 7º, 8º y 30 del Decreto 2127 de 1945 le otorgan al patrono para regular los permisos a los trabajadores y descontar del salario el tiempo de servicio perdido en ellos.

El sindicato replica que el derecho a permisos remunerados ya estaba reconocido por el Departamento en la cláusula 12 de la convención colectiva celebrada en 1962.

Se considera.

Dentro del régimen laboral colombiano es facultad del patrono la concesión de permisos a los trabajadores, aunque en algunas hipótesis, como las que menciona el artículo 26, ordinales 7º, 8º del Decreto 2127 de 1945, esa prerrogativa se convierte en obligación patronal, de todos modos la remunerabilidad del permiso no surge de la ley sino que puede disponerla libremente el empleador o estipularla en una convención co-

lectiva de trabajo por el acuerdo de voluntades al respecto con una organización sindical.

Si nada se dispone o se pacta, rige el principio de que el tiempo de servicio perdido como consecuencia del permiso puede descontarse del salario o puede exigirse trabajo compensatorio para recuperar aquel tiempo, según reza el ordinal 8º del aludido artículo 26.

Es indispensable entonces el avenimiento voluntario del patrono para que el permiso sea remunerado. Y si un laudo arbitral le impone retribuir permisos, esa disposición del fallo desconoce un derecho reconocido por la ley al empleador, lo cual está vedado a los árbitros por el artículo 458 del C. S. T.

Cabe hacer, sin embargo, una excepción a este principio general y es la relativa a los permisos a la comisión negociadora de un pliego de peticiones designada regularmente por el sindicato y al conciliador nombrado por este último, cuando se llegue a la segunda fase de la negociación colectiva.

En efecto, dentro de la finalidad esencial que corresponde a todo sindicato de propender por el mejoramiento económico y social de sus afiliados, los artículos 373 y 374 del C. S. T. les atribuyen a esas organizaciones el derecho de presentar pliegos de peticiones, negociarlos y celebrar convenciones colectivas de trabajo (salvo a los sindicatos de empleados públicos por expresa disposición del artículo 414 del Código, que les señala sus funciones especiales), así como también el de nombrar la comisión negociadora del pliego y los conciliadores o árbitros, si fuere el caso.

Y como, de acuerdo con el artículo 432 del Código, los negociadores por el sindicato deben ser tres y se requiere que hayan estado al servicio del patrono con más de seis meses de anterioridad a la discusión del pliego, resulta de equidad elemental que quienes actúen a nombre del sindicato y en beneficio de sus compañeros no vayan a quedar privados de recibir su salario por el hecho de cumplir una comisión sindical que corresponde al ejercicio de un derecho de aquella entidad y que casi se confunde con la razón misma de existencia de las organizaciones de trabajadores.

En estas circunstancias, el permiso para los negociadores del sindicato y el del conciliador, en su caso, debe ser remunerado, ya que si, de una parte, el patrono tiene el derecho a no retribuir los días o las horas concedidas en permiso, ese interés particular debe ceder ante el interés general, amparado por la Constitución y por la ley, de que los sindicatos propendan por el mejoramiento social y económico de los trabajadores mediante la negociación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas de trabajo.

Si el permiso para discutir pliegos se concediera para y simplemente o, aún más, se denegara o se limitara de modo caprichoso por ser potestativo del patrono otorgarlo o no y establecer su duración, bien difícil resultaría conseguir quienes negociaran el pliego a costa de perder su salario en aras del bienestar de los demás y fácil resultaría al patrono malicioso entorpecer el trámite de las solicitudes sindicales con el manejo a su talante exclusivo de los permisos para tratar sobre el pliego y hacer nugatoria así la obligación que le imponen los artículos 27 y 28 del Decreto legislativo 2351 de 1965, de recibir a los negociadores y conversar con ellos cuando menos durante 15 días hábiles.

Resulta así muy claro que si un laudo arbitral dispone que se dé permiso retribuido a los negociadores de un pliego de peticiones por todo el tiempo que dure el llamado arreglo directo y al conciliador, en su caso, mientras dure su cometido, facilita la operancia práctica de una prerrogativa del sindicato, sin que sea óbice para ello la facultad que en general le corresponde al patrono en cuanto a la concesión de permisos y a determinar si se pagan o no, pues ella debe ceder ante aquel interés general de que el sindicato pueda cumplir a cabalidad una de sus finalidades institucionales.

Se concluye entonces, para el caso *sub júdice*, que el cargo hecho contra el artículo 1º del fallo arbitral no está llamado a prosperar, mientras que el que se formula contra el artículo 2º sí prospera, por las razones que acabaron de expresarse.

En cuanto a permisos, claro está, quedan vigentes las estipulaciones entre las partes que anteriormente se hicieron, como la cláusula 13 de la convención colectiva de 1962 y la 7ª de la convención colectiva de 1966;

b) Contra el artículo 4º del laudo, que establece la concesión de licencia no remunerada al trabajador que sea elegido miembro del Comité Ejecutivo de una federación o confederación a la cual esté afiliado el sindicato y por todo el tiempo que dure su período de directivo federal o confederal.

Cree el recurrente que este artículo del laudo lesiona los derechos del Departamento porque el artículo 291 del C. P. y M. prevé que las licencias para quienes ejerzan destinos lucrativos de voluntaria aceptación solo sean hasta de 60 días por año, y el laudo les da una duración mayor. Cree también que el artículo 4º acusado, que-

branta derechos otorgados al patrono por los artículos 26 y 43 del Decreto 2127 de 1945, en cuanto a los requisitos para conceder licencias y al otorgamiento de ellas, que es atribución patronal.

El opositor asevera, de su parte, que el mismo artículo 291 del Código permite que las licencias se prolonguen por más de 60 días "si ocurre una justa causa" y ella está plasmada para el caso en el Capítulo x, 2ª parte del C. S. T., que les concede a todos los sindicatos el derecho a coligarse en federaciones y a éstas en confederaciones, lo cual presupone para los afiliados al sindicato el derecho de pertenecer a las directivas federales o confederales.

Y en cuanto a los artículos 26, 31 y 43 del Decreto 2127 de 1945, dice el opositor que no viene al caso invocarlos, porque el 26 precisamente prevé la obligación patronal de conceder permisos para el desempeño de comisiones sindicales, el 31 se refiere al reglamento de trabajo y la entidad recurrente no lo tiene y el 43 se refiere a materia distinta del tema planteado: la duración del contrato de trabajo.

Se considera:

Debe observarse, en primer término, que el artículo 291 del C. P. y M. no es aplicable a los trabajadores oficiales, es decir, a las personas vinculadas a la Administración por un contrato de trabajo.

Pero, aun dentro del régimen de ese precepto, acontece cómo el artículo 291 del C. P. y M. prevé que la licencia del servidor oficial puede exceder de 60 días al año por justa causa y mientras ella perdure, y el artículo 417 del C. S. T. autoriza a los sindicatos para coligarse en federaciones y los directivos de ellas deben ser miembros activos de los sindicatos afiliados y estar ejerciendo la profesión u oficio característicos de la entidad, con más de un año de anterioridad a la elección, según lo prevé el artículo 422, ordinales b) y c), bien claro se ve que en este caso sí existe aquella "justa causa" que exige el artículo 291 del Código para que la licencia se extienda a lapso superior a 60 días.

Además, como el artículo 26, ordinal 8º del Decreto 2127 consagra como obligación del patrono concederle licencia al trabajador para "desempeñar cualquier comisión sindical" y la prevista por el artículo 4º del laudo lo es indudablemente, tampoco aparece violado este precepto.

No prospera el cargo.

c) El actor impugna los artículos 6º, 7º, 8º y 9º del laudo, que prevén lo siguiente:

Artículo 6º Permiso remunerado para ir a Medellín a gestiones relativas al retiro de anticipos de cesantía o préstamos en el Fondo de Vivienda, por el tiempo indispensable para obtener el pago, notificarse de providencias o firmar escritura. Y lo mismo para solicitar préstamos en el Banco Popular, la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia o para la realización de diligencias y gestiones que exijan tales entidades para efecto del préstamo.

Artículo 7º Permiso remunerado de 4 días hábiles cada 2 meses a los celadores cuyas familias residen en lugar distinto al de trabajo.

Artículo 8º Permiso remunerado para refrendar pase de chofer o para obtener certificado judicial, cuando se les exija, y por el tiempo necesario para hacer tales diligencias.

Artículo 9º Permisos remunerados hasta por 50 horas semanales, para todo el personal, para estudiar en el Sena o en otro establecimiento de capacitación. Estos se concederán por intermedio del sindicato y nadie individualmente podrá disfrutar de permiso por más de 10 horas semanales.

Considera el recurrente que al adoptar los artículos anteriores, los árbitros incurrieron en: a) Extralimitación de lo previsto por el artículo 26 del Decreto 2127 en cuanto a permisos; b) Remuneración de servicios no prestados utilizando para ello fondos públicos y sin que tampoco haya compensación del tiempo no trabajado; c) Peligro de paralización de trabajos públicos por la concesión simultánea de muchos permisos; d) El permiso para los celadores les otorga 24 días hábiles de vacaciones al año, por encima de los 15 que consagra la ley como duración de las vacaciones.

El opositor contesta que lo establecido en estos artículos del laudo debiera más bien estar previsto en el reglamento de trabajo, pero que como el Departamento no lo tiene, según los certifica la Secretaría de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, el tema tuvo que incluirse en el pliego de peticiones para que se estipulara algo sobre él en la convención colectiva o los árbitros proveyeran, a falta de ésta, ya que en su sentir, el artículo 34 del Decreto 2127 los faculta para hacerlo. Finalmente, en concepto del opositor, las demás alegaciones sobre la materia son conceptos exagerados del impugnador.

La Sala considera:

Las reflexiones hechas al analizar los planteamientos formulados contra los artículos 1º y 2º del laudo bastan para encontrar ahora que son inexequibles los artículos 6º, 7º, 8º y 9º por

vulnerar un derecho que la ley le concede al patrono en cuanto a permisos;

d) Se ataca el artículo 11 del laudo, que establece un traslado provisional del obrero de su frente habitual al frente de trabajo donde resida un familiar suyo que se encuentre enfermo; esto como complemento del permiso por calamidad doméstica, ya establecido convencionalmente. La concesión del traslado exige ciertos requisitos que el artículo 11 indica; uno de ellos es que su duración no exceda de 60 días.

Para el impugnador este pasaje del laudo arbitral viola el artículo 194, ordinal 2º de la Constitución, al coartar la libertad del Gobernador para nombrar y separar a sus agentes, revocar o reformar los actos de éstos y dictar las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración. Y viola también, para el actor, el artículo 458 del C. S. T., que prevé que el laudo no puede afectar derechos reconocidos por la Constitución, la ley o la convención a las partes.

El opositor afirma que razones de humanidad y de buenas relaciones laborales justifican la existencia de normas como la atacada ahora.

Se considera:

Conceder permisos y disponer traslados de personal son prerrogativas inherentes a los poderes de dirección que tiene el patrono respecto de sus subordinados, sujetos claro está a las regulaciones legales sobre la materia.

El patrono, por voluntad espontánea o por convención, puede reducir o limitar estos derechos suyos y lo que de allí resulte tiene plena validez. Pero una decisión arbitral no puede imponerle al patrono restricciones u obligaciones en cuanto a licencias o permisos porque vulneraría un derecho patronal reconocido por la ley y ello está prohibido por el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

Prospera el cargo, por lo tanto.

a) Se acusa el artículo 12 del laudo arbitral, que consagra el permiso remunerado para asistir al entierro de un compañero de trabajo fallecido en algún municipio comprendido en los frentes de trabajo o de parientes de trabajadores hasta el 2º grado de consanguinidad.

La acusación se resume así:

Aunque es obligación del patrono conceder el permiso de la primera clase, conforme el artículo 26 del Decreto 2127, es el patrono a quien compete determinar sus condiciones en el reglamento de trabajo, según el artículo 30 del Decreto. Además, la ley no prevé permiso para asistir al entierro de parientes de los trabajadores. Normalmente el patrono tiene derecho a descontar del salario el tiempo que dure el permiso y el laudo se lo niega, al hacerlo remunerado.

El opositor dice que este punto fue materia del pliego de peticiones porque el Departamento no tiene reglamento de trabajo y solo se consagra en ese artículo 12, una costumbre laboral que existe en Antioquia y en el resto del país.

Se considera:

Lo dicho en cuanto a permisos al estudiar la acusación contra los artículos 1º y 2º del laudo es suficiente para encontrar que es fundado el presente cargo e inexequible el artículo 12 del fallo arbitral.

Capítulo II - *Remuneraciones.*

a) El recurrente impugna el artículo 13 del laudo porque el tribunal de arbitramento creó en él los oficios de "cotero" y "trillador" y esa es función que corresponde al Gobernador conforme al artículo 194, ordinal 9º, de la Constitución, en armonía con el artículo 187, ordinal 5º de la misma Constitución. Violó, pues, el tribunal estos preceptos y también el artículo 416 del C. S. T., según el actor.

Para el sindicato el tribunal de arbitramento no creó cargos sino apenas concretó en categorías especiales dos oficios realizados por obreros de la Secretaría de Agricultura. El cargo solo busca burlar el aumento salarial para algunos trabajadores, en sentir del opositor.

Se considera:

El artículo 13 del laudo, bajo el título de "oficios nuevos" incluye los de "cotero" y "trillador", que impugna el recurrente y también el de "operador de máquina tejedora". Esa disposición significa que el tribunal de arbitramento crea tales tres nuevas categorías o clases de trabajadores del Departamento, lo cual es de incumbencia genérica del patrono y aquí del Gobernador, conforme al artículo 194, ordinal 9º de la Constitución. Vulnera, pues, este pasaje del laudo una facultad propia del Gobernador de Antioquia, lo cual está vedado por el artículo 458 del C. S. T. El cargo prospera entonces, e inclusive, por las mismas razones, debe declararse inexequible también, oficiosamente, la categoría nueva que no atacó el recurrente.

Capítulo III - *Primas.*

a) El recurrente acusa el artículo 17 del laudo, que concede prima de alimentación de $ 7.00

diarios a los trabajadores que no tengan sus familias en los municipios de los frentes de trabajo y dispone el pago de alojamiento a los trabajadores de la Sección de Puentes y Barcas de la Secretaría de Obras Públicas donde no se hayan establecido campamentos, organizado dormitorios u obtenido alojamiento para ellos.

Consiste el cargo en que la prima de alimentación no ha sido establecida por normas legales o convencionales anteriores al laudo sino por éste. Y en que como el establecimiento de tal prima es asunto de competencia exclusiva de la Asamblea, conforme a los artículos 187 de la Constitución y 97 de la Ley 4ª de 1913, el laudo le impuso cargas nuevas y no consentidas previamente al Departamento, lo cual infringe aquellos textos constitucionales y hace ilegal la creación de la prima por los árbitros. Lo mismo aduce el actor en contra del pago de alojamiento ordenado en el inciso 2º del mismo artículo 17.

El sindicato afirma que las primas de alimentación y de alojamiento ya habían sido creadas por la Asamblea de Antioquia y se remite al informe del Contralor Departamental, donde se menciona apropiaciones para el pago de primas de alimentación y de clima, y a la liquidación del presupuesto de rentas y gastos del Departamento para 1975, donde figura rubro semejante. Cree así que el tribunal de arbitramento no ha impuesto las nuevas cargas que alega el recurrente.

La Sala considera:

No se demostró que, con anterioridad a la expedición del laudo, algún acto de la Asamblea hubiese establecido la prima de alimentación para los trabajadores o que por convención se hubiese pactado su reconocimiento. En tales circunstancias, prospera el cargo respecto de ella por implicar una carga nueva para el patrono y no consentida por él.

Pero en lo que atañe al pago del alojamiento a los trabajadores de puentes y barcas en los lugares donde no existan campamentos ni dormitorios, ni se haya obtenido alojamiento para ellos, la provisión del laudo corrige cualquier desigualdad que al respecto pudiera existir entre los trabajadores cuando no haya en algún lugar de trabajo aquellas facilidades de alojamiento, ya reconocidas por el Departamento en convenciones anteriores. No prospera el cargo en cuanto al 2º inciso de este artículo 17;

b) Se impugna el artículo 18, inciso 2º, que establece una prima climatérica de $ 5.00 para los trabajadores de la Secretaría de Agricultura que laboran en los lugares que allí se expresan.

Argumenta el actor que los trabajadores de la Secretaría de Agricultura son empleados públicos conforme a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y, por ello, lo dispuesto en el laudo viola los artículos 414, 415, 416 del C. S. T.

El opositor, para contestar se remite a lo alegado por él sobre los puntos anteriores.

Se considera:

La acusación pierde todo fundamento con la sola lectura del certificado expedido por el Subsecretario de Agricultura de Antioquia, donde consta que a los obreros al servicio de esa Secretaría se les está reconociendo prima climatérica de acuerdo con lo pactado en convención colectiva de trabajo. El cargo no prospera.

Capítulo IV. - *Procedimiento para sanciones.*

El recurrente impugna el artículo 21 del laudo que dispone que las acusaciones contra los trabajadores deben hacerse por escrito, con copia para el sindicato, indicando la falta o faltas por las cuales deberá responder y acompañando copia del informe en que se funda la acusación. Que el plazo para acusar y llamar a descargos es de 60 días, contados desde aquel en que se cometió la falta, y que si no se procede dentro de ese término, cesa la responsabilidad del trabajador y no puede ser despedido. Que la audiencia de descargo puede suspenderse para que el trabajador o el sindicato aduzcan pruebas y que la fecha para reanudarla deberá ser convenida por el trabajador y el superior que dirija la audiencia, lo cual deberá constar por escrito.

Dice el actor que la caducidad del derecho a sancionar por faltas cometidas por el trabajador si dentro de los 60 días siguientes no se le llama a rendir cargos, patrocina la impunidad aun para hechos inmorales o delictuosos y viola las normas sobre el poder disciplinario del patrono, que no consagran esta exoneración de responsabilidad. Y como la continuación de las audiencias de descargo exige acuerdo entre el superior y el acusado sobre la fecha de tal continuación, resalta más la imposibilidad de sancionar en que deja al Departamento este artículo del laudo, cuya ilegalidad es clara para el recurrente.

Replica el opositor que ante la ausencia de reglamento de trabajo en el Departamento, las convenciones y laudos arbitrales anteriores a éste han ido formando una escala de faltas disciplinarias, de sanciones y un procedimiento para aplicarlas y ello es lo que tiende a complementar el artículo 21 acusado. Añade el sindicato que el plazo de 60 días, previsto por los árbitros para

pedir descargos por las faltas busca evitar arbitrariedades y dar seguridad tanto a la empresa como al trabajador en cuanto a sus relaciones recíprocas.

Se considera:

En oportunidades anteriores, como en la convención colectiva de trabajo celebrada el 20 de noviembre de 1972, antecesora del presente laudo, el Departamento y el sindicato han acordado procedimientos para la aplicación de sanciones, como se lee, v. gr., en la cláusula 17 de dicha convención.

Si el Departamento ha accedido, pues, a que se pacte sobre tal procedimiento, que de todas maneras ha de existir conforme a la ley, la circunstancia de que el laudo fije un plazo de 60 días para iniciarlo, que de todos modos es razonable, no implica desconocimiento del poder disciplinario del patrono sino la fijación de un término para que comience a ejercerlo, sin que por lo demás ese término conduzca a la impunidad de hechos delictuosos, ya que si de ellos se trata, es deber del funcionario o del ciudadano denunciarlos a la autoridad competente tan pronto sepa que se han cometido, según lo exige perentoriamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal. O sea, que en esta hipótesis, la tardanza de los 60 días en denunciar los hechos aparentemente delictuosos, podría significar un encubrimiento del culpable, con las consecuencias que ello tiene ante la ley penal.

Por otra parte, como lo que el inciso impugnado exige es apenas que se formule acusación y se llame a descargos al supuesto autor de la falta que se pretende sancionar dentro de un plazo de 60 días, la adopción de estas medidas está en manos directas del patrono, quien solo podrá culparse a sí mismo cuando deje pasar el plazo sin comenzar una actuación cuya iniciativa solo a él corresponde. El cargo no prospera.

Capítulo VIII - *Prestaciones sociales.*

a) Se ataca el artículo 26 del laudo en cuanto dispone que mientras se conserve vigente la jornada semanal de lunes a viernes, el Departamento no le computará como hábiles los días sábados al trabajador que haga uso de vacaciones.

Se funda el cargo en tanto la Ley 72 de 1931 para los empleados oficiales, con el Código Sustantivo del Trabajo para los particulares, fijan en 15 días hábiles la duración de las vacaciones y en que solamente pueden descontarse para la determinación de esos 15 días los domingos y días de fiesta consagrados también en la ley, según el recurrente. Cree así que el artículo 26 del laudo, al excluir el cómputo para las vacaciones los sábados por reputarlos inhábiles, viene a desconocer derechos reconocidos por la ley a la Administración Departamental y debe por ello anularse.

El opositor invoca la cláusula 21 de la convención colectiva celebrada en 1965, según la cual la jornada de trabajo en las Secretarías de Agricultura y Obras Públicas se distribuirá de lunes a viernes, para decir que mientras dure vigente esa estipulación los sábados son días laboralmente inhábiles, por cuanto en los 5 restantes laborables de la semana se distribuye la jornada máxima legal semanal, sin lugar a remuneración de horas extras en esos 5 días. De allí concluye que los árbitros obraron legalmente.

Para la mayoría de los integrantes de la Sección el tema planteado en el artículo 26 que se impugna, envuelve la definición en derecho sobre los alcances que tiene lo estipulado por las partes respecto a la distribución de la jornada de trabajo para efecto de las vacaciones anuales remuneradas. Y significa también una ampliación o aumento de una prestación otorgada por la ley a los trabajadores.

Cualquier decisión sobre esas dos materias le está vedada a los tribunales de arbitramento, según doctrina constante de esta Sala. Por ello, el cargo debe prosperar, según el parecer mayoritario, del cual discrepa el ponente por las razones que expondrá en su salvamento de voto al respecto;

b) Se ataca al artículo 27 del laudo, que prevé que el Departamento, bajo las condiciones que en él se expresan, le reembolse al trabajador el 50% del valor de las drogas que compre para sus familiares cuando la farmacia departamental no las despache, o en que el caso ocurra "en los municipios".

Dice el actor que la Ordenanza 13 de 1971 obliga al Departamento a venderles a precio de costo a los trabajadores las drogas que requieran su esposa, hijos menores y padres, y el laudo arbitral de 1969, para dirimir el conflicto entre el Departamento y el sindicato, obligó al primero a suministrar tales drogas por conducto del Servicio Social con un 50% de descuento sobre el precio de costo. Pero que el artículo 27 del laudo impugnado, al obligar al Departamento a reembolsar el 50% de las drogas que compren en cualquier municipio de Antioquia para sus "familiares", sin especificar cuáles son éstos, le impone al dicho Departamento obligaciones que solo pueden establecerse mediante ordenanzas, conforme a la Constitución Nacional y al C. P. y M. Cree así el recurrente que esta norma del laudo es ilegal y debe anularse.

El opositor de su parte, invoca el artículo 3º del laudo arbitral de 1969, donde se estableció el descuento del 50% sobre el costo para las drogas destinadas a los familiares de los trabajadores y dice que lo dispuesto en el artículo 27, acusado, es desarrollo para un caso concreto de lo mismo que se dispuso desde 1969, sin que hubiera reparo del Departamento. Por ello afirma que el artículo 27 debe mantenerse.

La Sala considera:

Como en el laudo arbitral de 1969 se impuso la obligación de que se trata al Departamento, sin reparo por parte de éste, y ahora solo se regula la hipótesis de que las drogas no las despache la farmacia del Departamento o de que el caso ocurra "en los municipios", mal pueden configurarse las violaciones de derechos patronales que el recurrente le atribuye al laudo. El cargo no prospera;

c) Se acusa el artículo 28, que determina la prestación de servicios médicos a familiares de trabajadores en los mismos sitios en que se les suministren a éstos. Todo por cuenta del Departamento.

El cargo se formula así: La Ordenanza 13 de 1971 obliga al suministro de consulta general a la esposa, padres e hijos menores del trabajador a través del Servicio Social. El artículo acusado extiende esa obligación a lugares donde no hay consultorios del Servicio Social, o sea, que obliga a crear consultorios médicos fuera de Medellín, materia que es de atribución constitucional de la Asamblea y el Gobernador.

El opositor dice que desde las convenciones colectivas de 1967 (artículo 2º) y de 1970, se concedió este servicio médico a los familiares de los trabajadores, sin limitaciones en cuanto al lugar en donde se presten. Ahora apenas se concreta más esta obligación patronal preexistente mediante el artículo 28 del laudo, cuya validez sostiene.

Se considera:

La simple circunstancia de que el laudo disponga que el servicio a los familiares, ya concedido de antemano, se preste en los mismos lugares donde se atienda médicamente a los trabajadores, descarta la hipótesis de que los árbitros hayan ordenado crear consultorios nuevos, usurpando así facultades del Gobernador y de la Asamblea. Basta ello para que el cargo no prospere.

Capítulo IX. - *Servicios médicos.*

a) Impugna el actor el artículo 34 del fallo arbitral, que establece la obligación de mejorar el servicio médico en Medellín, aumentando el número de profesionales que lo prestan o intensificando sus horas de trabajo.

Dice el cargo que el tribunal se extralimitó al disponer la creación de nuevos empleos de médicos, lo cual compete al Gobernador y a la Asamblea conforme a los artículos 194 y 187 de la Carta. Por ello, debe anularse este artículo del laudo, según el actor.

El opositor dice que los árbitros no le impusieron obligación concreta al Departamento en este artículo. Se limitaron a declarar un propósito abstracto, que no puede así quebrantar ninguna ley.

Se considera:

El artículo acusado no crea nuevos cargos de médicos, ni obliga de inmediato o dentro de plazo concreto al mejoramiento del servicio médico, sino que apenas recomienda hacer este último. Ello permite al Departamento buscar la realización de tal objetivo dentro de los cauces constitucionales y legales pertinentes. O sea, que este artículo del laudo no vulnera derechos o prerrogativas propias del Departamento o de sus autoridades. No prospera el cargo, en consecuencia.

Capítulo X. - *Varios.*

a) El Departamento acusa el artículo 35 del laudo, que dispone que la partida presupuestaria para anticipo de cesantías se incremente al 17%.

Hace el siguiente cargo: La orden perentoria de aumentar la aludida partida olvida que, de acuerdo con el artículo 187 de la Constitución y el Decreto nacional 2058 de 1974, compete a la Asamblea expedir anualmente el presupuesto del Departamento con base en el proyecto que le presente el Gobernador y que, por ende, ese incremento al 17% no puede ordenarse directamente por un tribunal de arbitramento. Se violan, pues, en este caso, tales preceptos, en sentir del recurrente.

El opositor dice que desde las convenciones colectivas de 1972 y 1965 ya había provisiones semejantes, y que ahora solo se busca incrementar el monto de la cuota del 12% al 17% de la apropiación presupuestal.

Se considera:

El parágrafo de la cláusula 22 de la convención colectiva suscrita el 20 de noviembre de 1972 dispuso lo siguiente:

"Parágrafo. El Gobierno departamental garantizará sobre la partida mensual disponible para anticipo de cesantías un doce por ciento (12%), para los trabajadores amparados por esta convención, sin que en ningún caso sea inferior a treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00)" (folio 8 de este cuaderno).

De su parte, el texto impugnado expresa:

"Artículo 35. La partida presupuestal con destino a anticipos de cesantías, para los trabajadores amparados por la convención colectiva, se incrementará al 17%" (folio 54, cuaderno del laudo).

La simple lectura de las transcripciones anteriores deja en evidencia que lo dispuesto por los árbitros fue apenas que de la partida apropiada con todas las formalidades constitucionales y legales para el pago de anticipos de cesantías en el presupuesto de Antioquia, se destine una cuota equivalente al 17% de esa partida para satisfacer tales pagos a los trabajadores amparados por aquella convención colectiva y, de consiguiente, por el laudo impugnado.

Una provisión de tal naturaleza, que en nada altera las apropiaciones presupuestarias aprobadas por la Asamblea como autoridad competente para hacerlo, sino que destina una cuota de tal apropiación, sin variar el monto mismo de ella, para atender al pago de la prestación de ciertos trabajadores que la merezcan legalmente, no puede estar viciada de ilegalidad, y, por ello, el cargo carece de todo fundamento;

b) El actor ataca el artículo 38 del laudo, que dispone la prestación del servicio de transporte a ciertos trabajadores o, a falta de éste, el pago de los pasajes en vehículos de servicio público.

Dice el cargo que el Departamento tiene establecido el servicio y paga también subsidio de transporte a sus trabajadores residentes dentro del Valle del Aburrá, según varios preceptos que cita y que cuando el laudo le impone la obligación de pagar los pasajes a que el artículo 38 se refiere, establece un doble gravamen a cargo del Departamento, cosa que considera ilegal.

Dice el opositor que la prestación del servicio de transporte a los trabajadores, sin perjuicio de pagarles también el subsidio de transporte, la ha concedido el Departamento a sus servidores en forma convencional. Así fue pactado en la convención colectiva de 1963 y se acordó mejorar el servicio en la convención de 1966. De allí deduce que lo dispuesto en el artículo 38 del laudo no es nada nuevo ni ilegal.

Se considera:

El artículo 6º de la convención colectiva, firmada el 28 de septiembre de 1963, cuya copia obra en autos, dice así:

"El Gobierno Departamental pagará a sus trabajadores el subsidio de transporte de acuerdo con las normas y requisitos de la Ley 1ª de 1963, su Decreto reglamentario número 237 y demás disposiciones legales y ordenanzales. Además, continuará prestando el servicio de transporte en sus respectivos frentes de trabajo".

Esta disposición, pactada de vieja data por el Departamento, les reconoce a los trabajadores el pago del subsidio y, además, les da el transporte. Lo cual indica que el doble gravamen, cuya imposición al Departamento le atribuye el recurrente al laudo impugnado, fue asumido por la entidad pública desde años atrás en forma voluntaria y que, por ende, el cargo contra el artículo 38 no debe prosperar;

c) Acusa el actor el artículo 40 del laudo, que prohibe retener en todo o en parte el salario o las prestaciones legales o convencionales para pagar daños sufridos por los vehículos hasta tanto se fije la responsabilidad del trabajador y la autoridad avalúe el daño.

Dice el actor que una materia de esta índole solo compete regularla a la ley y no puede ser objeto de un fallo arbitral. Por ello el artículo 40 debe infirmarse, en su sentir.

El opositor opina que una regulación como la del artículo 40 es justa y, además, evita conflictos entre patronos y trabajadores.

Se considera:

Como el recurrente no demuestra en concreto qué derecho del patrono queda vulnerado por este artículo 40 y qué precepto le reconoce claramente el supuesto derecho, mal puede prosperar este cargo, pues le falta un soporte legal. Por lo demás, esta provisión del laudo se acomoda a lo estatuido en el artículo 27, ordinal 2º del Decreto 2127 de 1945;

d) Finalmente, impugna el actor el artículo 42 del laudo, que prevé la retención con destino al sindicato del aumento de salario correspondiente a los primeros 20 días en que el trabajador se beneficie con el fallo arbitral.

Se considera:

Como el salario devengado es un ingreso patrimonial del trabajador y a él le pertenecen, por tanto los aumentos de remuneración que lo beneficien, será el mismo trabajador quien determine la destinación de su aumento, sin que el

patrono tenga ningún interés jurídico para discutir o reclamar algo a ese respecto. Pagado el salario por el patrono, queda satisfecha esa obligación laboral suya con el trabajador, y éste último puede hacer con su dinero lo que a bien tenga.

Ello muestra que el Departamento carece en absoluto de interés jurídico para reclamar contra este artículo 42 del laudo y su cargo, en consecuencia, resulta impertinente. Por ello se desecha.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Son inexequibles los siguientes pasajes del laudo arbitral objeto del presente recurso:

a) Los artículos 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del laudo;

b) El artículo 13, título "oficios nuevos", en cuanto a los tres cargos que en él se crean;

c) El artículo 17, inciso primero, en cuanto crea la prima de alimentación allí mencionada;

d) El artículo 26 sobre cómputo de días para efecto de vacaciones.

2º En todas sus demás partes se homologa el mencionado laudo arbitral.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C. Con salvamento de voto, *Juan Hernández Sáenz.*

Salvamento de voto del Magistrado Juan Hernández Sáenz en el fallo que antecede.

Referencia: Expediente número 5154.

Se considera:

Dentro de los descansos remunerados obligatorios a que el trabajador tiene derecho, la ley establece las vacaciones con una duración de quince días hábiles.

¿Y qué debe entenderse por días hábiles para efecto de las vacaciones?

No necesariamente y de manera exclusiva los domingos y las fiestas nacionales y religiosas, inhábiles de por sí como días de descanso obligatorio por mandato del legislador, sino también aquellos otros días que por una adecuada distribución de la jornada máxima legal de trabajo a la semana (generalmente 48 horas), determinada unilateralmente por el patrono o convenida con los trabajadores, vienen a quedar libres para el asalariado por haber cumplido antes y a plenitud su obligación normal de prestar el servicio pactado dentro de una jornada máxima establecida por la ley.

En efecto, este día sobrante de la semana, por lo general el sábado, viene a constituir un tiempo libre para el trabajador, quien ya ha cumplido antes su obligación con el patrono, y, por lo mismo, es un descanso adicional que obtiene como consecuencia de haber intensificado su labor en los otros 5 días de la semana más allá de la jornada diaria de 8 horas y sin recibir ninguna sobrerremuneración por hacerlo.

Este sexto día de la semana viene a ser entonces laboralmente inhábil por resultar de descanso, no en gracia de mandato legal como el domingo y el festivo, sino por el esfuerzo propio y directo del asalariado quien, a virtud de una distribución del trabajo adoptada o aceptada cuando menos por el patrono, ejecuta en menor tiempo sus labores aunque la ley le hubiese permitido realizarla lícitamente en lapso superior.

Como el legislador ha querido que las vacaciones se disfruten esencialmente durante los días en que el trabajador debería haber prestado servicio de no mediar ellas, porque se trata de un descanso para el asalariado con el fin de recuperar a plenitud su fuerza de trabajo, es obvio que dentro de la vacancia no deben ni pueden computarse los domingos y festivos, que de antemano eran legalmente de descanso obligatorio, ni tampoco aquellos otros días de la semana que por disposición del patrono o por convención entre las partes, ya había ganado el trabajador como de descanso suyo en virtud del cumplimiento de jornadas superiores al máximo de 8 horas en los restantes días que, de acuerdo con el reglamento de trabajo, el contrato individual o la convención colectiva, constituyen sus verdaderos y efectivos días hábiles desde el punto de vista laboral, no del calendario civil, que para nada influye ni puede influir en el desarrollo práctico de una relación de trabajo establecida o convenida sobre base distinta y con prescindencia del mencionado calendario.

Las reflexiones anteriores muestran que el artículo 26 del fallo arbitral, lejos de vulnerar un derecho patronal, como lo creyó el recurrente, preserva un derecho de los asalariados a disfrutar de un día más de descanso a la semana por el esfuerzo más intenso que el máximo legal en los restantes cinco días, derecho que necesaria-

mente ha de reflejarse en una ampliación del período de vacaciones, por cuanto los 15 días que ellas comprenden deben ser hábiles, es decir, normal u ordinariamente laborables por quien las disfrute, dentro de la distribución concreta de su jornada de trabajo.

Como en la convención colectiva de trabajo celebrada por el Departamento y el sindicato el 25 de noviembre de 1965 (artículo 21), ya se había estipulado que la jornada de trabajo debería cumplirse entre el lunes y el viernes de cada semana, era imperioso para los árbitros tener en cuenta la realidad de ese hecho para reconocerle sus efectos prácticos en el laudo al decidir sobre la solicitud relacionada con las vacaciones anuales remuneradas contenida en el pliego de peticiones.

Creo así que lo resuelto en el artículo 26 del fallo arbitral se acomoda a derecho y ha debido homologarse.

Estas son las razones que me llevan a disentir, muy respetuosamente, de la opinión mayoritaria de la Sala, que se expresó en la motivación de la sentencia al decidir sobre el artículo 26 del laudo.

Fecha ut supra.

Juan Hernández Sáenz.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

SUSTITUCION PENSIONAL

En ninguno de los textos invocados por el recurrente se establece prevalencia de la concubina sobre la esposa legítima para efectos de recibir la pensión en reemplazo del jubilado muerto, ni siquiera en la hipótesis de que la viuda pierda el derecho a disfrutarla conforme a la ley, y esta prevalencia es la pretensión del dicho recurrente, no aparece configurado ningún quebranto de ley sustancial, ni por infracción directa ni por interpretación errónea, de los que le fueron atribuidos al Tribunal ad quém **en la demanda de casación que adolece, por cierto, en los dos cargos que contiene de una imperfección técnica que apenas permitía analizarlos en conjunto, como queda hecho, por derivar de un mismo razonamiento.— Ninguno de los cargos está, pues, llamado a prosperar.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre nueve de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 38.

Referencia: Expediente número 5174.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

El 21 de octubre de 1971 y cuando recibía pensión por jubilación del Departamento de Antioquia, falleció en Medellín el señor Julio Tilano. Compareció a solicitar el reconocimiento de la sustitución pensional la señora Ester Morales Quintero viuda de Tilano y el Departamento, luego de apreciar las pruebas aducidas por la peticionaria y de hacer las publicaciones de rigor para emplazar a otros posibles interesados, reconoció en favor de doña Ester la pensión por un lapso comprendido entre el 22 de octubre de 1971 y el 21 de octubre de 1976.

Después de sucedido esto, la señora Isabel Quintero demandó ante el Juzgado Quinto Laboral de Medellín al Departamento para reclamarle el pago de la sustitución pensional correspondiente al jubilado Tilano, salarios caídos, seguro de vida y las costas del juicio. Dijo haber hecho vida marital con Julio Tilano durante 31 años consecutivos y hasta el fallecimiento de éste y dependido económicamente del difunto todo ese tiempo.

El demandado solo aceptó que Tilano recibía pensión de jubilación del Departamento y dijo haber cumplido ya con el deber legal de pagar la sustitución pensional a Ester Morales de Tilano, quien había demostrado con la correspondiente partida eclesiástica de matrimonio celebrado en 1918 ser la cónyuge sobreviviente legítima del pensionado Tilano.

El Juez, en sentencia del 9 de diciembre de 1974, absolvió al Departamento de todos los cargos formulados por Isabel Quintero en su demanda. Y apelado este fallo por la actora, el Tribunal Superior de Medellíin, Sala Laboral, en providencia del 14 de marzo de 1975, lo confirmó íntegramente.

Interpuso casación la señora Quintero con el propósito de que se infirme la sentencia del Tribunal y se condene, en cambio, al Departamento a satisfacer en su favor la aludida sustitución pensional y, además, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Formula para ello dos cargos contra la decisión del Tribunal *ad quem*, uno por infracción directa por falta de aplicación del artículo 55 de la Ley 90 de 1946 en relación con numerosos textos legales que el recurrente cita; y otro por interpretación errónea de los artículos 36 y 39 del Decreto-ley 3135 de 1968, 92 del Decreto 1848 de 1969, sustituidos por los artículos 19 y 20 del Decreto 434 de 1971, en relación con otro grupo de preceptos que el recurrente cita en su demanda que se lee de folios 6 a 14 de este cuaderno.

El Departamento replicó esa demanda como se lee de folios 20 a 27 del mismo cuaderno, para impetrar de la Sala que no case la sentencia recurrida.

Se considera:

Los dos cargos que hace el recurrente contra el fallo del Tribunal *ad quem* parten de un mismo razonamiento: Que habiendo aceptado el sentenciador que se demostró en el juicio que la señora Isabel Quintero hizo vida marital con Julio Tilano por lo menos desde 1937 hasta la muerte de éste, le resultaba imperioso, conforme a lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, reconocerle a la actora el derecho a recibir la sustitución pensional, por cuanto la señora Ester Morales no convivía con Tilano ni dependía económicamente de él al tiempo de fallecer éste, circunstancia que en los términos del artículo 2º de la Ley 33 de 1973 y, para el recurrente, le privaba del disfrute de la sustitución pensional, quedando suplida para efecto de este derecho por Isabel Quintero, quien fue compañera permanente del jubilado durante el lapso que reconoció el Tribunal.

Y como en ninguno de los textos invocados por el recurrente se establece prevalencia de la concubina sobre la esposa legítima para efecto de recibir la pensión en reemplazo del jubilado muerto, ni siquiera en la hipótesis de que la viuda pierda el derecho a disfrutarla conforme a la ley, y esta prevalencia es la pretensión del dicho recurrente, no aparece configurado ningún quebranto de ley sustancial, ni por infracción directa ni por interpretación errónea, de los que le fueron atribuidos al Tribunal ad quem *en la demanda de casación que adolece, por cierto, en los dos cargos que contiene de una imperfección técnica que apenas permitía analizarlos en conjunto, como queda hecho, por derivar de un mismo razonamiento.*

Ninguno de los cargos está, pues, llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, 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. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RENUNCIA DEL TRABAJADOR Y POSTERIOR RETIRO DE ELLA

Quedó visto al estudiar el cargo que la retractación que de su renuncia hizo S. de M. fue un acto válido por cuanto se dirigió al gerente de la empresa que era el funcionario competente para decidir sobre ella y, por ende, sobre la suerte del contrato de trabajo que vinculaba a las partes contendientes en este proceso. — Y si la retractación fue válida, la Electrificadora estaba en el deber de demostrar que la renuncia ya había sido aceptada cuando se produjo el arrepentimiento de la actora porque después de éste ya no le era legítima esa aceptación como forma de que el contrato se entendiera terminado por mutuo consentimiento de trabajador y patrono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos setenta y cinco.

Referencia: Expediente número 4768.

Acta número 38.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

La doctora Marina Sanmiguel de Melo demandó ante el Juzgado Primero Laboral de Barranquilla a la "Electrificadora del Atlántico, S. A.", para exigirle el pago de $ 249.643.00 como indemnización por la ruptura injusta de su contrato de trabajo, del reajuste de prestaciones sociales, de salarios caídos y de las costas del proceso.

Afirmó haber comenzado sus servicios el 1º de febrero de 1958 para la Compañía Colombiana de Electricidad, firma que fue nacionalizada a partir del 1º de enero de 1963, cuando la sustituyó como patrono la Electrificadora del Atlántico, a la cual continuó sirviendo la demandante hasta el 21 de febrero de 1972 como Jefe del Departamento de Ingeniería, con un último salario de $ 12.331.01 mensuales; que por sentimientos de delicadeza, al haber lesionado el Gerente de la Electrificadora su dignidad personal y profesional, presentó renuncia irrevocable de su cargo el 18 de enero de 1972, pero como el Gerente, en memorando del 19 de enero, enviado al Director Técnico, dio explicaciones que ella consideró satisfactorias sobre la suspensión de compras de emergencia, la actora continuó su trabajo normalmente y, por ello, el 18 de febrero siguiente a las 8 y 50 de la mañana, le comunicó por escrito al Gerente de la empresa que retiraba su renuncia, un mes después de haberla presentado; que, sin embargo, el 21 de febrero, en carta del Gerente, se le comunicó de manera sorpresiva la aceptación de su renuncia, lo cual, en su sentir, configuró un despido injusto.

La Electrificadora aceptó el tiempo de servicios de la demandante, dijo que su sueldo básico era de $ 8.910.00 mensuales, sostuvo que ella renunció irrevocablemente a su empleo, que el Gerente nunca le dio las explicaciones al Director Técnico a que alude el libelo; que el retiro de su renuncia fue hecho por la actora cuando ya le había sido aceptada por la empresa, y no por comunicación directa con el Gerente, como era lo acostumbrado siempre, sino enviándole la carta de retiro de la renuncia a través del Jefe de la Sección de Archivo; que la carta de aceptación de su renuncia no pudo entregársele a la doctora de Melo el 18 de febrero por cuanto ella se ausentó de su sitio de labores, según consta en diligencia extendida ese día ante el Juez Tercero del Trabajo de Barranquilla, y que la demandante no expresó en su renuncia los motivos que le llevaron a adoptar tal determinación, como ha debido hacerlo de acuerdo con la ley, máxime aun si consideraba que eran imputables al patrono.

El Juzgado del conocimiento, en fallo del 5 de marzo de 1974, condenó a la Electrificadora a pagarle a la ingeniera Sanmiguel de Melo $ 11.809.87 como indemnización moratoria y la

absolvió en cuanto a las demás peticiones de la demanda.

Apelaron ambas partes y el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, en sentencia del 25 de abril del mismo año, modificó la decisión del Juez para absolver integralmente a la empresa demandada.

Recurrió en casación la demandante para buscar la infirmación total de dicho fallo y el ulterior reconocimiento completo de sus pretensiones. Así aparece en el escrito que obra de folios 8 a 18 de este cuaderno, el que fue replicado por la Electrificadora, según se lee de folios 23 a 27 del mismo cuaderno.

En la demanda de casación se plantea un cargo único, así:

"Acuso la sentencia recurrida, por violación indirecta, por aplicación indebida, a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas y faltas de apreciación de otras, de los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, del artículo 3º de la Ley 64 de 1946 y del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945.

"Los errores de hecho consisten en:

"*Primero.* En dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo entre las partes, terminó por el mutuo consentimiento.

"*Segundo.* En dar por demostrado, sin estarlo, que la aceptación de la renuncia presentada por la trabajadora a la empresa, determinó la terminación del vínculo contractual por el mutuo consentimiento de las partes.

"*Tercero.* En dar por demostrado, sin estarlo, que la trabajadora oficial con su renuncia, le dio a la empresa un preaviso de treinta días para retirarse del cargo.

"*Cuarto.* En no dar por demostrado, estándolo, que cuando la trabajadora oficial revocó su decisión de terminar el vínculo, éste estaba vigente en las mismas condiciones en que había venido desarrollándose.

"*Quinto.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que la aceptación de la renuncia por parte de la empresa, se produjo cuando la trabajadora la había revocado válidamente por escrito.

"*Sexto.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que la aceptación de la renuncia mediante la correspondiente comunicación de la empresa al trabajador, se produjo cuando ésta había sido retirada o revocada por escrito y consecuencialmente tal aceptación tiene el carácter de decisión unilateral de la empresa de terminación del contrato de trabajo.

"*Séptimo.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa terminó el contrato de trabajo en forma unilateral, sin la expresión de la justa causa.

"*Octavo.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa debe a la trabajadora, el valor de la indemnización por la ruptura unilateral y sin justa causa del vínculo contractual, en los términos de la convención colectiva y la indemnización moratoria como trabajadora oficial.

"Las pruebas erróneamente apreciadas, son:

"a) Documentos del mismo contenido, que obran a folios 2 y 25 del cuaderno número 1;

"b) Documentos del mismo contenido, que obran a folios 3 y 26 del cuaderno número 1;

"c) Documentos del mismo contenido, que obran a folios 5 y 27 del cuaderno número 1.

"La prueba no apreciada fue el testimonio rendido por el señor Aristides Altamar Sánchez, Jefe del Departamento de Archivo y Servicios de la empresa, prueba que corre a folios 128 a 130 del cuaderno número 1, que al no apreciarse, condujo al honorable Tribunal Superior de Barranquilla a apreciar erróneamente las pruebas documentales señaladas anteriormente y esa la razón para relacionar el testimonio rendido, como prueba no apreciada".

Al explicar el cargo dice el recurrente que la sentencia impugnada erró cuando, a través del examen de la carta de renuncia de la ingeniera Sanmiguel de Melo y de la aceptación que a ella dio el Gerente de la Electrificadora, entendió que el contrato de trabajo que unía a las partes terminó por acuerdo mutuo de ellas, porque el fallador omitió tener en cuenta al adoptar ese criterio la carta del 18 de febrero de 1972, mediante la cual dicha ingeniera retiró su renuncia, y omitió apreciar el testimonio de Aristides Altamar Sánchez, quien recibió, como empleado de la Electrificadora, aquella carta. Y cree el recurrente que, de haber tenido en cuenta esa revocación que de su renuncia hizo la doctora de Melo, hubiese reconocido que la empresa despidió sin justa causa a la demandante y condenado a la empresa a pagarle la indemnización que reclama, lo mismo que los salarios caídos derivados del no pago oportuno de tal indemnización.

Hace énfasis luego en que el Tribunal cometió error de hecho evidente al apreciar los alcances y efectos de la carta en que la actora le manifestó a la empresa que retiraba o revocaba su renuncia. Puntualiza la acusación a ese respecto, así:

"Pero es claro, que el honorable Tribunal de Barranquilla no solo incurrió en el grave error de apreciar las pruebas documentales, en la forma expresada anteriormente, sino en la apreciación aislada del documento que en duplicado corre a folios 3 y 26 del cuaderno 1 y es el referente a la carta mediante la cual se revocó la renuncia presentada por la actora. El honorable Tribunal para negar el valor de la retractación de la renuncia, expresa que: 'el retiro de la carta de la trabajadora se produjo cuando ya la empresa había escrito la carta de aceptación de su renuncia en la misma fecha, y no fue entregada al Gerente, es decir, a la persona indicada para aceptar y considerar la manifestación de la demandante de que dejara sin valor su renuncia', y porque, además, 'esta carta no tiene nota de recibo por el Gerente a quien iba dirigida y aparece con un sello de recibida por el señor Aristides Altamar' ...para concluir en que 'la carta que dice la actora presentó para retirar la renuncia no tiene valor alguno por cuanto era otro el conducto que siempre empleaba la demandante para dirigirse al Gerente y para enviar y recibir su correspondencia, y esa carta entregada a un tercero en la empresa sin capacidad receptiva no tuvo valor alguno'. Por tanto, pues, lo que el *ad quem* sostiene es que la carta de retiro de la renuncia, no fue presentada ante quien tenía la facultad de decisión sobre ella y que mediante los documentos de folios 2 y 25, 5 y 27 se propuso y aceptó la terminación del contrato por el mutuo consentimiento. Ahora bien:

"La carta de retiro de la renuncia ostenta, con su sola lectura, dos aspectos diferentes: el primero es el referente a la persona a quien estaba destinada o dirigida: 'Señor doctor Federico Lux, Gerente Electrificadora del Atlántico, S. A.' y el segundo, es que dice relación con el empleado al cual se entregó, Aristides Altamar Sánchez, quien la suscribió al pie de la misma con el sello correspondiente de 'Jefe del Departamento de Archivo y Servicios', indicando que fue recibida por él, el día 18 de febrero de 1972, a las 8.50 a. m.

"El honorable Tribunal de Barranquilla tuvo en cuenta solo el segundo aspecto y de allí dedujo la carencia de validez de la carta mediante la cual se retiraba la renuncia, por no haberse verificado ante persona con suficiente capacidad receptiva.

"Del hecho de que el actor se hubiese valido del Jefe del Departamento de Archivo y Servicios de la empresa para que le pusiese la nota de recibo de la carta, con señalamiento de la fecha y hora en que la entregó, no puede deducirse que la persona a quien hacía saber su voluntad de dejar sin efecto su renuncia, careciese de 'suficiente capacidad receptiva', porque la expresión de la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, 'capacidad receptiva' que aparece en sentencia de 6 de junio de 1966 (G. J. número 2281, páginas 446 y siguientes), se refiere al pacto disolutorio (del contrato), cuando, *sin revocación previa de quien la hace, es aceptada por la persona a quien va dirigida.* (Se subraya). Es preciso concatenar, pues, esa 'capacidad receptiva' con la aceptación de la renuncia o denuncia del contrato 'por la persona a quien va dirigida', o sea, que ésta es la que debe tener el poder legal o estatutario para decidir sobre el punto a fin de que se produzcan los efectos jurídicos correspondientes, como lo acaba de expresar esa misma Sala en la sentencia del 6 de junio de 1974, en el juicio de Luis Ignacio Melo contra la Electrificadora del Atlántico, Sociedad Anónima.

"Es ostensible, pues, el error de hecho en que incurrió el *ad quem* al apreciar el mencionado documento (carta de retiro de la renuncia), al restarle la validez jurídica por razón de la persona a quien se entregó físicamente y no en consideración a aquella a quien estaba destinado y que era la que requería 'capacidad receptiva' para decidir sobre su contenido (fallo citado), máxime cuando la persona ante quien se hizo la entrega física de la carta de retiro de la renuncia, quien la firmó y estampó el correspondiente sello, señor Aristides Altamar Sánchez, era el conducto regular, según se estableció con el testimonio del mismo (folios 128 a 130, cuaderno 1), prueba que como se ha expresado, no fue apreciada por el honorable Tribunal de Barranquilla.

"Por tanto, pues, los protuberantes errores en la apreciación del documento referente al retiro de la renuncia, en sí mismo, como en relación con los correspondientes a la renuncia y a su aceptación y a la prueba testimonial no apreciada, llevaron al *ad quem* a negar el hecho según el cual, el contrato de trabajo entre las partes había terminado por la decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empresa, con la consiguiente absolución al pago del valor de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del víeulo (sic) contractual y de la indemnización moratoria, a cuya imposición hu-

biera tenido necesariamente que llegarle haber apreciado correctamente las probanzas documentales y de haber apreciado la testimonial".

El opositor encuentra, de su parte, que el Tribunal sí tuvo en cuenta, al motivar su decisión, el testimonio de Altamar y apreció rectamente los documentos donde constan la renuncia de la doctora de Melo y su aceptación por parte de la compañía, renuncia que tuvo el carácter de irrevocable y, por lo mismo, no era susceptible de la retractación que pretendió la ingeniera en su carta del 18 de febrero, a la cual aludió también el sentenciador. Niega, por lo tanto, la existencia de los errores de hecho que el recurrente le atribuye a la sentencia impugnada.

Sobre los puntos materia del recurso, dijo el fallo del Tribunal lo siguiente:

"En cuanto a la indemnización por despido injusto que se reclama, en el derecho laboral, el trabajador que reclama indemnización por despido, debe probarlo, y la empresa si se quiere exonerar de pagar indemnización por el mismo debe demostrar los motivos que alegó para ese despido.

"En este juicio estudiado el acervo probatorio, no aparece prueba de que la empresa demandada por un acto unilateral suyo hubiese dado por terminada la relación laboral con la demandante.

"Pero como el trabajador puede dar por terminada la relación laboral por justa causa imputable al patrono, veamos las pruebas que obran en el juicio para ver si se probó lo afirmado en la demanda, de que por hechos del patrono al paralizar las compras de emergencia se lesionó la dignidad personal y profesional de la demandante y por delicadeza y coaccionada por los actos del Gerente de la demandada, presentó su renuncia.

"El parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que señala las justas causas para que las partes den por terminado el contrato de trabajo, 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".

"Estudiemos, por tanto, la renuncia de la doctora de Melo, demandante en este juicio. Esta renuncia obra al folio 2, y tiene fecha enero 18 de 1971, pero la fecha está equivocada, ya que fue escrita y presentada en enero 18 de 1972 y así lo dice la propia demandante en documento que obra a folio 3.

"Dice la carta aludida:

"Enero 18 de 1971. Doctor Federico Lux, Gerente oficina. Estimado doctor: Por medio de la presente me permito presentar ante usted mi renuncia irrevocable del cargo que he venido desempeñando en la empresa. Agradezco la gentileza y simpatía recibida del personal de Electranta durante mis catorce años de labor continua. Así mismo, ruego hacer efectiva mi renuncia dentro del tiempo más corto que la empresa considere oportuno para nuestros mutuos intereses. Atentamente (firmado), Ing. Marina S. de Melo, Jefe Departamento de Ingeniería".

"Esta renuncia que acabamos de transcribir, es escueta, en ella no se explica motivo alguno imputable al patrono para hacer esta renuncia, en ella no se dan explicaciones de la determinación tomada, en ella no se habla de que se lesionó su dignidad con el cese de las órdenes de compra en emergencias, como se dice en la demanda. En ella no se dice que se renuncia por coacción moral del Gerente de la empresa. Allí, al contrario, se agradece la gentileza y simpatía recibida del personal de Electranta durante sus catorce años de servicio y pide se le haga efectiva dentro del tiempo más corto que considere la empresa.

"Es decir, que la actora no dio cumplimiento a lo que dice el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

"La renuncia de la actora fue un acto unilateral de la empleada, con plena autonomía de su voluntad, sin que exista prueba de que esa renuncia estuviese afectada de vicio, por causa de error, fuerza o dolo, capaz de invalidar el consentimiento expresado en la mencionada declaración de voluntad.

"Y como el contrato de la actora era a término indefinido, y conforme al artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, el trabajador debe dar un preaviso de 30 días para retirarse del cargo, el patrono no estaba obligado a aceptar esa renuncia inmediatamente fue presentada, mas si se tiene en cuenta el alto cargo técnico que desempeñaba la doctora demandante en la empresa, que no es fácil conseguir un reemplazo de sus calidades para tan alto cargo en breves días, y no deben ser actos simultáneos la renuncia y su aceptación, porque, repetimos, el trabajador debe avisar con 30 días de anticipación su deseo de retirarse de la empresa, por tanto, el día 18 de febrero de 1972, según pruebas que obran en el juicio y según carta que obra en el expediente, la empresa contestó la carta de la actora aceptándole la renuncia, carta que dice:

"Febrero 18 de 1972. Doctora Marina S. de Melo, Jefe Departamento de Ingeniería. E. S.

Nos vemos precisados a recordarle que el día miércoles 16 de este mes comunicamos a usted verbalmente que su carta irrevocable de renuncia, de fecha 18 de enero de este año, había sido aceptada por la Gerencia, pero que tal renuncia solo se podría hacer efectiva dentro de un plazo razonable. Por la presente le ratificamos dicha aceptación y, por lo tanto, usted queda separada de su cargo con efecto inmediato. Atentamente, Electrificadora del Atlántico, S. A. (firmado), Federico Lux D., Gerente''.

''Pero esta carta, según declaración y constancia de los testigos Pedro P. Bermúdez y Fernando Escolar A. no fue posible entregársela a la demandante el día 18 de febrero de 1972, porque en forma inexplicable la demandante eludió su recibo no presentándose al trabajo, hasta el 21 de febrero de 1972. No hubo, por tanto, despido injusto, porque la renuncia del cargo, es declaración unilateral, pero aceptada ésta por el empleador configura pacto disolutorio capaz de poner fin al contrato de los términos expresados en la misma.

''Pero la actora ha presentado como defensa, que el día 18 de febrero de 1972 dirigió una carta al Gerente de la demandada retirando la renuncia (documento que obra a folio 3 del expediente).

''Esta manifestación de la demandante se produjo cuando ya la empresa había escrito la carta de aceptación de su renuncia en la misma fecha, y no fue entregada al Gerente, es decir, a la persona indicada para aceptar y considerar la manifestación de la demandante de que se dejara sin valor su renuncia.

''Esta carta no tiene nota de recibo por el Gerente a quien iba dirigida y aparece con un sello de recibida por el señor Aristides Altamar, quien fue el primer sorprendido con la entrega de dicha carta a su persona, y como lo declaran los testigos Jaime A. Merlano, Jairo A. Barón y Plácido Trujillo, que la actora, por ser Jefe de Sección tan importante, tenía libre acceso a las oficinas del Gerente, y era a él a quien debió llevar su comunicación porque era la persona con capacidad receptiva para aceptarla y considerarla.

''Por tanto, en este juicio ni se ha probado que la empresa, por acto unilateral suyo despidió a la actora, ni que la demandante, por motivos imputables al patrono, se vio coaccionada a renunciar. La renuncia de la demandante, repetimos, fue simple, irrevocable y escueta, y la empresa, en un plazo prudencial que le daba la ley, se la aceptó, perfeccionándose por mutuo consentimiento la ruptura del contrato, y la carta que dice la actora presentó para retirar la renuncia no tiene valor alguno, por cuanto era otro el conducto que siempre empleaba la demandante para dirigirse al Gerente y para enviar y recibir su correspondencia, y esa carta, entregada a un tercero en la empresa sin capacidad receptiva no tuvo valor alguno. Por lo cual es ajustado a derecho el fallo del *a quo* al absolver por indemnización por despido y se confirma por este aspecto''.

Se considera.

En la sentencia del 6 de junio de 1974, dictada en el juicio de Luis Ignacio Melo contra ''Electrificadora del Atlántico'', donde se debatió la eficacia jurídica de documentos similares a los que se adujeron a este expediente para esclarecer la forma como terminó el contrato de trabajo de la doctora Sanmiguel de Melo, dijo esta Sala lo siguiente:

''Sobre estas bases claras, el punto por decidir es el de si el retiro de la renuncia hecha por el trabajador, tuvo valor suficiente para dejar sin efecto la aceptación de esa renuncia, es decir, la terminación del contrato por mutuo consentimiento de las partes.

''El Tribunal niega ese valor a la retractación dicha, de esta manera:

''Es curioso, por decir lo menos, que el actor se haya valido de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato. Y el Tribunal insiste en considerarla así, por tratarse de un contrato a término indefinido en que el trabajador puede darlo por terminado, mediante el aviso antelado referido (30 días de preaviso). Se pregunta: ¿Es válida la carta del demandante en donde retira la denuncia? A juicio de esta Sala, y de acuerdo con los argumentos que se dejan escritos, el retiro de la denuncia del contrato no tiene validez jurídica que le pretende incubar el demandante, *ya que ha debido verificarse ante la persona con suficiente capacidad receptiva* (se subraya), como lo afirma la Corte Suprema de Justicia''.

''Vése, por lo tanto, que en el fondo lo que el sentenciador sostiene es que la carta de retiro de la renuncia no fue presentada ante quien poseía el poder para decidir sobre ella y que el actor 'se valió de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato'.

''Arguye el impugnante, según aparece de la transcripción respectiva de la demanda, que los documentos de retiro de la renuncia 'se pusieron en conocimiento del Gerente por el conducto re-

gular, y, por lo tanto, debidamente notificado' y que ese retiro 'se verificó por escrito, mediante el documento señalado, en la fecha y horas dichas, ante el Jefe del Departamento de Archivo y Servicios de la empresa, señor Aristidés Altamar Sánchez, quien en constancia de haberlo recibido, lo suscribió con su firma y le estampó el correspondiente sello de la oficina'.

"Para dirimir este punto debe considerarse que la carta-retiro de la renuncia ostenta, con su sola lectura, dos aspectos diferentes: el primero es el referente a la persona a quien estaba destinada o dirigida: 'Señor doctor Federico Lux, Gerente Electrificadora del Atlántico, ciudad', y el segundo es el que dice relación con el empleado al cual se entregó, Aristides Altamar Sánchez, quien firmó al pie de la misma con el sello correspondiente de 'Jefe Departamento Archivo y Servicio', indicando que fue recibida por él, 'el día 18 de febrero de 1972, a las 8.50 a. m.'.

"El Tribunal tuvo en cuenta solo el segundo aspecto y de allí dedujo que 'es curioso, por decir lo menos, que el actor se haya valido de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato', la que 'no tiene la validez jurídica que le pretende incubar el demandante, ya que ha debido verificarse ante persona con suficiente capacidad receptiva, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia'.

"Pero del hecho de que el actor se hubiese valido del Jefe del Departamento de Archivo y Servicio para que le pusiese la nota de recibo de la carta, con señalamiento del día y hora en que la entregó, no puede deducirse que la persona a quien hacía saber su voluntad de dejar sin efectos su renuncia, careciese 'de suficiente capacidad receptiva', porque la expresión de esta Sala: 'capacidad recepticia', que aparece en sentencia de 6 de junio de 1966 (G. J. número 2281, páginas 446 y siguientes), se refiere al 'pacto disolutorio (del contrato), cuando, *sin revocación previa de quien la hace, es aceptada por la persona a quien va dirigida*' (se subraya). Es preciso concatenar, pues, esa 'capacidad recepticia' con la de aceptación de la renuncia o denuncia del contrato 'por la persona a quien va dirigida', o sea, que ésta es la que debe tener el poder legal o estatutario para decidir sobre el punto, a fin de que se produzcan los efectos jurídicos correspondientes. Y el mismo Tribunal lo entendió así cuando en otro aparte de la sentencia, dijo: '...una y otra manifestación (la renuncia y un posterior retiro de ella), debe ser efectuada ante la persona que tenga capacidad suficiente para aceptarla o rechazarla' y cuando más adelante, asentó: 'Naturalmente que esta denuncia, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia en el fallo arriba transcrito, debe ser *manifestada* (subraya la Sala), ante quien tenga plena capacidad receptiva, y de la misma forma, la cancelación o retiro de dicha denuncia debe *ser efectuada* ante quien ostente esa misma capacidad', no obstante lo cual desestimó luego el hecho de que la retractación de la renuncia la expresaba el actor al Gerente de la empresa, a quien estaba dirigida la carta respectiva, para fijarse solo en que fue entregada a un empleado subalterno, a fin de que dejase constancia de su recibo y del día y la hora en que se presentaba.

"Es ostensible, pues, el error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar el mencionado documento, restándole validez jurídica por razón de la persona a quien se entregó físicamente y no en consideración a aquella a quien estaba destinada y que era la que requería 'capacidad recepticia' para decidir sobre su contenido".

Las reflexiones que se dejan transcritas muestran que en esta oportunidad debe prosperar también el cargo y que, por ende, ha de casarse el fallo impugnado.

Y, para proveer en instancia, la Sala hace las siguientes consideraciones:

Quedó visto al estudiar el cargo que la retractación que de su renuncia hizo la doctora Sanmiguel de Melo fue un acto válido por cuanto se dirigió al Gerente de la empresa que era el funcionario competente para decidir sobre ella y, por ende, sobre la suerte del contrato de trabajo que vinculaba a las partes contendientes en este proceso. Y si la retractación fue válida, la Electrificadora estaba en el deber de demostrar que la renuncia ya había sido aceptada cuando se produjo el arrepentimiento de la actora porque después de éste ya no le era legítima esa aceptación como forma de que el contrato se entendiera terminado por mutuo consentimiento de trabajador y patrono.

Sin embargo, la Electrificadora se limitó a afirmar que antes de recibir la carta de retractación de la ingeniera le había aceptado verbalmente su renuncia. Así se lee en la carta de despido, fechada el 18 de febrero de 1972, pero entregada a la destinataria el 21 del mismo mes, según atestación de Aristides Altamar, Jefe del Departamento de Archivo y Servicio de la Electrificadora (folio s., cuaderno 1º), lo cual se corrobora con la afirmación de los señores Bermúdez y Escolar sobre la imposibilidad de entregarla el día 18, hecha ante Juez Laboral el 19 de febrero (folio 27 v. ibid.).

Pero la empresa no presentó ninguna prueba de la pretendida aceptación de la renuncia de la

doctora Sanmiguel antes de que la misma empresa recibiera la carta de revocación de esa renuncia, cosa que ocurrió el 18 de febrero de 1972 a las 8.50 a. m., tal como lo expresa bajo su firma reconocida en juicio el mismo Aristides Altamar, Jefe del Departamento de Archivo y Servicio de la Electrificadora, según sello con que la refrenda (folios 3, 26, 129 y 130 ibid.). En cambio, sí se demostró que la carta de revocación fue enviada a la Gerencia de la compañía el mismo 18 por la mañana por Altamar, que fue el empleado que atestó su recibo, según lo declaró en el juicio (folios 129 y 130 ibid.). De otra parte, no se comprobó tampoco que la carta de aceptación de la renuncia ya estaba escrita y firmada por el Gerente cuando se recibió la tantas veces mencionada retractación de la renunciante.

En estas circunstancias, la aceptación de una renuncia, presentada con un mes de anterioridad, el mismo día en que su autora la revocaba expresamente, no puede constituir justo motivo para la terminación del contrato de trabajo que existió entre la ingeniera Sanmiguel de Melo y la Electrificadora. O sea, que la demandante fue despedida sin justa causa, con las consecuencias que, conforme al artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en armonía con el 51 del Decreto 2127 del mismo año, tiene ese proceder: indemnización de los perjuicios sufridos por el trabajador.

El monto de la indemnización debe regularse conforme a la ley y no a las convenciones colectivas de trabajo aducidas en el juicio, como lo aspira la demandante, por cuanto ella no demostró estar amparada o beneficiada por dichas convenciones.

En la inspección judicial practicada en la primera instancia (folios 157 y 158, cuaderno 1º), se demostró que la doctora Sanmiguel prestó servicios a la demandada y a su antecesora jurídica la Compañía Colombiana de Electricidad desde el 1º de febrero de 1958 hasta el 18 de febrero de 1972 y que su último sueldo promedio fue de $ 12.331.01. Y como no hay prueba de que el contrato de trabajo se hubiese celebrado por plazo fijo, ha de entenderse que era de duración indefinida, caso en el cual la ley lo presume celebrado por seis meses renovables por semestres sucesivos si al vencer cada uno de estos períodos ninguna de las partes manifiesta su intención de darlo por terminado (D. 2127 de 1945, artículo 43). En caso de ruptura ilegal de esta especie de contratos, el trabajador tiene derecho a reclamar el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el último plazo de su duración presuntiva en el momento de la ruptura, según lo prevé el artículo 51 del aludido Decreto 2127.

O sea que en el caso de la doctora Sanmiguel de Melo, como sus servicios comenzaron el 1º de febrero de 1958, según quedó visto, el último semestre de duración presunta del contrato comenzó el 1º de febrero de 1972, cuando la actora continuaba en actividad sin que la compañía hubiese decidido nada sobre su renuncia, en ese entonces vigente, pero luego revocada válidamente. Faltaban por transcurrir, pues, en el momento del despido, 18 de febrero de 1972, 5 meses y 11 días del dicho plazo presuntivo que, sobre la base de un salario de $ 12.331.01 mensuales, dan un monto de $ 66.176.49 para la indemnización reclamada, a cuyo pago debe condenarse a la Electrificadora.

En cuanto a la súplica sobre salarios caídos, que también fue materia del recurso, basta recordar que la empresa demostró haberle cancelado a la actora el valor de sus prestaciones sociales (folio 29, cuaderno 1º), y que en su conducta con respecto a su antigua servidora no se demostró que hubiese incurrido en actos de mala fe, pues se limitó a discutir con razones jurídicamente respetables el aserto de la ingeniera de que había sido despedida sin justa causa, para concluir que esta pretensión de la demanda no puede legalmente prosperar y debe, por ello, absolverse a la Electrificadora.

La demandada deberá pagar el 40% de las costas de la primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, revoca la primera instancia y, en su lugar, dispone:

1º CONDÉNASE a la "Electrificadora del Atlántico, S. A.", a pagarle a la doctora Marina Sanmiguel de Melo la suma de sesenta y seis mil ciento setenta y seis pesos con cuarenta y nueve centavos ($ 66.176.49) como indemnización por la ruptura de su contrato de trabajo.

2º ABSUÉLVESE a la empresa demandada de las demás súplicas del libelo.

3º CONDÉNASE a la parte demandada a pagar el 40% de las costas de la primera instancia.

4º Sin costas en la segunda instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FONDO NACIONAL DE AHORRO

En el Decreto número 3118 de 1968, "por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones", fue dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades concedidas por el Congreso Nacional al Presidente de la República por la Ley 65 de 1967.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., catorce de octubre de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 38.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Julio Borelly Mier, mayor, vecino de Barranquilla, demandó, por medio de apoderado judicial a la "Corporación Nacional de Turismo", empresa comercial del Estado, representada en Barranquilla por su Director Seccional y el Procurador del Distrito Judicial, con el fin de que se le condenara a pagarle las sumas que resulten por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía, "salarios caídos", los demás derechos que resulten probados en juicio y las costas.

Según los hechos de la demanda, Julio Borelly Mier celebró contrato de trabajo con la entidad demandada el 2 de agosto de 1971, que se extendió hasta el 25 de agosto de 1972, cuando terminó; el 24 de octubre de 1972 se le pagaron a Borelly las vacaciones por el tiempo de servicio en cuantía de $ 3.449.16; las funciones del demandante fueron las de Director de la Oficina Seccional de Barranquilla, con un sueldo de $ 7.600.00 mensuales; devengó, además, prima de Navidad por un valor igual a un mes de sueldo por año de servicio, alimentación por $ 200.00 mensuales, viáticos por alojamiento a razón de $ 125.00 por mes y bonificación de $ 422.22 mensuales, lo que daba en total un promedio mensual de $ 8.890.55. Estando para cumplirse el plazo de 90 días otorgado por la ley para la cancelación del auxilio de cesantía, el demandante elevó reclamo directo para su pago el 6 de enero de 1973, por lo cual quedó agotada la vía gubernativa el 6 de febrero del mismo año, por el silencio de la administración.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial la Corporación Nacional de Turismo aceptó los hechos con algunas aclaraciones, tales como que el despido se debió a incumplimiento de la cláusula 4ª del contrato de trabajo, y a que habiéndose reclamado por escrito el auxilio de cesantía, no correspondía su pago a la entidad demandada, sino al Fondo Nacional de Ahorro como lo ordena el Decreto 3118 de 1968, pues la Corporación cumplió con las obligaciones pertinentes al verificar los pagos a dicha entidad con destino a la cancelación del auxilio de cesantía y al realizar todos los actos conducentes para llenar los requisitos legales que ponían al trabajador en condiciones de solicitar y percibir su prestación social.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, decidió el litigio mediante sentencia dictada el diez y seis de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, en cuya parte resolutiva absolvió a la Corporación Nacional de Turismo de la demanda instaurada por el señor Julio R. Borelly Mier. No hizo condena en costas.

Apeló el apoderado judicial del demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, desató la alzada en sentencia de nueve de mayo de mil novecientos setenta y cuatro que revocó el fallo apelado y en su lugar dispuso:

"1º *Condénase* a la Corporación Nacional de Turismo a pagar al señor Julio Borelly Mier, la suma de ocho mil novecientos tres pesos con se-

tenta centavos ($ 8.903.70), por concepto de auxilio de cesantía. 2º *Condénase,* igualmente, a la entidad demandada a pagar al demandante por salarios por mora en el pago de la cesantía la suma de $ 278.24 diarios a partir del 7 de febrero de 1973 y hasta el día que se demuestre el pago de la cesantía a la cual se ha condenado. 3º Sin costas.

Los apoderados judiciales de ambas partes interpusieron recurso de casación, que les fue concedido por el Tribunal Superior. Esta Sala de la Corte admitió el recurso interpuesto por la Corporación Nacional de Turismo, no así el que interpuso Julio Borelly Mier, por no tener el interés jurídico del mismo la cuantía exigida por la ley. El recurso admitido se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el recurrente: "El recurso se dirige a impugnar la sentencia referida para que sea casada totalmente y, en consecuencia, quede en firme la sentencia de primer grado que absolvio a la empresa demandada de todos los cargos de la demanda".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

"La sentencia acusada violó, por vía directa el Decreto-ley 3118 de 1968, con referencia especial a los artículos 1º, 2º, 3º, 22, 23, 27, 28, 37, 38, 39 y 40 del citado decreto, violación que se produjo por haber desconocido el Tribunal la existencia de estas normas y, en consecuencia, no haberlas aplicado al caso *sub júdice*".

Analiza el recurrente algunas de las normas acusadas y dice que con la creación del Fondo Nacional de Ahorro se persigue centralizar en un organismo del Estado el pago del auxilio de cesantía de todos los empleados públicos y trabajadores oficiales de la Nación y entidades descentralizadas del orden nacional, que para este efecto deben liquidar y entregar al Fondo las cesantías de sus servidores, por lo cual el Decreto 3118 de 1968 modificó sustancialmente el régimen de esa prestación al crear un establecimiento público al que se encargó del pago de la misma, descargando de esta obligación, en consecuencia, a las entidades vinculadas que solamente estén obligadas a entregar al Fondo, año por año, el valor del auxilio de cesantía, cuyo traspaso tiene poder liberatorio para las mismas. Termina el recurrente así:

"Toda la estructura del Fondo Nacional de Ahorro y las normas relativas al recaudo de las cesantías y su pago a los beneficiarios hacen ver claramente que la naturaleza jurídica de este establecimiento público y, sus obligaciones para con los empleados públicos y trabajadores oficiales beneficiarios del mismo son bien distintas de las que caracterizan a las Cajas de Previsión Social. Dentro de la estructura del Fondo, por mandato legal las entidades a cuyo servicio ha estado el empleado público o trabajador oficial deberán liquidar año por año las cesantías y consignar las sumas correspondientes en el Fondo en el mes de enero del año subsiguiente; el Fondo debe reconocer intereses del 9% anual sobre los saldos de cesantía; debe pagar, en el término de diez días los saldos que se le soliciten y si no lo hace en este término debe reconocer y pagar intereses moratorios del 2% mensual sobre los saldos dichos. Ninguna de estas normas regían para las Cajas de Previsión, que, ni recibían de las entidades afiliadas el valor de las cesantías año por año, ni estaban obligadas a reconocer intereses anuales, ni se les sancionaba con interés moratorios por el no pago oportuno de las cesantías. De suerte que no es procedente, como lo hace el Tribunal Superior de Barranquilla, aplicar al Fondo de Ahorro la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia con respecto a las Cajas de Previsión Social sobre el particular, según la cual las Cajas son simples diputadas para el pago y, por tanto, el sujeto pasivo de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo no son las Cajas, sino el ente administrativo a quien representen. Por las características que hemos visto esta doctrina no puede trasladarse al Fondo Nacional de Ahorro, pues claramente establece la ley sustancial la obligación de los entes administrativos de traspasar al Fondo el valor de las cesantías liquidando año por año y las responsabilidades del Fondo de abonar intereses sobre tales saldos y aun sanción moratoria del 2% mensual cuando el pago definitivo de las cesantías no se efectúe dentro del término señalado por la ley. Tales obligaciones del Fondo no podrían concebirse si no fuera este establecimiento público el titular de la obligación con respecto a los empleados públicos y trabajadores oficiales. De lo que dejamos dicho se concluye que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, al dictar la sentencia de 9 de mayo de 1974 violó directamente el Decreto 3118 de 1968 en su artículo 1º, que crea el Fondo Nacional de Ahorro como establecimiento público; el artículo 2º, que señala los objetivos de di-

cho establecimiento entre los cuales se señala primordialmente el pago oportuno del auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 3º que indica las entidades que se encuentran vinculadas al Fondo, entre las cuales se menciona expresamente las empresas industriales y comerciales del Estado; los artículos 27 y 28 que establecen la obligación de liquidar anualmente, o en el año de retiro por el tiempo servido, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales; el artículo 32 que establece la obligación para las entidades vinculadas al Fondo de entregar a ésta el valor de las liquidaciones de cesantía; el artículo 33 que establece a favor de los trabajadores una tasa de interés del 9% anual sobre los saldos de cesantía liquidados en la forma antes dicha; los artículos 37 y 38, que establecen el derecho para los trabajadores de solicitar el pago definitivo de sus cesantías al Fondo Nacional de Ahorro y el artículo 39 que concede al Fondo un término de diez días para el pago de la cesantía y sanciona la mora en hacerlo con interés del 2% mensual. El texto de las normas que acaban de indicarse es absolutamente claro; establecen una obligación indiscutible a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, cuya existencia el Tribunal no ignora, ya que la sentencia se refiere a la creación del Fondo Nacional de Ahorro, pero el sentenciador no aplicó dichas normas, estando obligado a ello, con lo cual se estructura la infracción directa de la ley que es el motivo de este primer cargo de casación. En consecuencia, solicito, respetuosamente, a la Sala casar la sentencia recurrida para que quede en firme la de primera instancia e nla que se absolvió a la Corporación Nacional de Turismo de todos los cargos del libelo".

Para el opositor el recurrente incurre en los siguientes errores de técnica al formulár la censura:

Se contradice cuando sostiene que el Tribunal desconoció la existencia de las normas acusadas por no haberlas aplicado, y luego afirma que el *ad quem* no ignora dichos preceptos por referirse expresamente a ellos, pero no los aplicó, confundiendo así dos conceptos que en la técnica de casación están diferenciados, como son la infracción directa y la aplicación indebida, cuya mezcla en un mismo cargo lo hacen inestimable en el fondo.

En segundo lugar, la proposición jurídica es incompleta, porque el Decreto 3118 de 1968 se limita a crear el organismo encargado de cancelar las cesantías y a establecer el correspondiente trámite, pero no consagra el derecho del trabajador al auxilio de cesantía y al pago de la indemnización cuando dicha prestación no se le cancela en el plazo legal.

Afirma el impugnador, además, que la sentencia acusada parte de la base de que están debidamente probadas la vinculación laboral, el agotamiento de la vía gubernativa y las gestiones que sin éxito alguno hizo el actor ante el Fondo Nacional de Ahorro para obtener el reconocimiento de la cesantía, y como ni dicha entidad oficial ni la demandada probaron su pago, era necesario condenar a la última a la cancelación de la cesantía y a la indemnización por mora. Estos aspectos fácticos, agrega el recurrente, no son susceptibles de impugnarse por vía directa, sino indirecta, previa demostración de evidentes errores de hecho, por lo cual el cargo ha debido plantearse en forma diferente, y como no se hizo, debe desecharse.

Cuanto al fondo de la acusación, dice el recurrente que es acertado el Tribunal Superior cuando considera que la situación del Fondo Nacional de Ahorro no es diferente a la de las Cajas de Previsión, pues uno y otras actúan en nombre de la Administración y representan al Estado, quien obra a través de esas entidades para cumplir el servicio, pero sin que haya dos deudores, sino uno solo, por lo cual le es aplicable al Fondo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral sobre Cajas de Previsión. Agrega que en el proceso no existe elemento de juicio alguno tendiente a demostrar que la Corporación demandada cumplió con la obligación del artículo 27 del Decreto 3118 de 1968, entregando al Fondo la parte de cesantía causada hasta el 31 de diciembre de 1971. Agrega, que de acuerdo con el artículo 28 del mismo Decreto, la liquidación y pago de cesantía por el tiempo servido en el año de retiro del empleado oficial corresponde a la entidad a la cual presta servicios el trabajador, de modo que al menos en lo que se refiere al período comprendido entre el 1º de enero al 31 de agosto de 1972 no existe duda alguna de que la obligación de su pago radicaba en cabeza de la demandada, sin que respecto a esa parte pueda atribuirse responsabilidad alguna al Fondo Nacional de Ahorro.

Se considera.

En relación con la primera crítica de carácter técnico que hace el opositor, observa la Sala que aun cuando el casacionista en la formulación del cargo afirma que la violación de la ley se produjo por haber desconocido el Tribunal la existencia de las normas que señala como violadas y luego dice al final de la acusación que las normas que analizó "establecen una obligación in-

discutible a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, cuya existencia el Tribunal no ignora, ya que la sentencia se refiere a la creación del Fondo Nacional de Ahorro, pero el sentenciador no aplicó dichas normas estando obligado a ello, no hay contradicción entre las dos afirmaciones, pues, en primer término, se refiere al desconocimiento por parte del Tribunal de las normas, y en segundo, a la no ignorancia del mismo sobre la existencia del Fondo Nacional de Ahorro, lo cual está de acuerdo con el contexto del fallo recurrido, que no se refiere a ninguna norma de las que crearon el Fondo Nacional de Ahorro y le atribuyeron obligaciones, pero expresamente alude al hecho "de que el Gobierno Nacional hubiese creado el Fondo Nacional de Ahorro, para asumir, por delegación, el pago de las cesantías del sector oficial", o sea que no ignora la existencia del Fondo. Es que, como lo ha dicho esta Corporación, la ausencia en los fallos de instancia de la fundamentación adecuada embarazan el ejercicio del recurso por parte de los litigantes, pues olvidan los falladores "el inexcusable deber de cuando menos mencionar las normas legales en que el fallo se apoya y las pruebas a través de las cuales se establece la situación de hecho a que aquellas normas se aplican, y la razón de las consecuencias jurídicas que de una y otras se deducen". (Casación de diez y ocho de mayo de 1968, Pablo E. Espino contra Cervecería Andina).

Cuanto a la proposición jurídica incompleta por no incluir el recurrente entre las normas acusadas las laborales que consagran el derecho al auxilio de cesantía y a la indemnización moratoria, encuentra la Sala que no siendo objeto de impugnación el reconocimiento o existencia de tales derechos, sino la persona que debe pagarlos, pues el recurrente considera que es el Fondo Nacional de Ahorro, en contra lo que dijo el Tribunal Superior, que estimó que era la demandada, la proposición jurídica es completa desde el punto de vista de la acusación, pues el impugnador indica como violadas algunas que a su juicio radican la obligación discutida en el Fondo Nacional de Ahorro.

Respecto a la otra censura de carácter técnico, cabe decir que el acusador no discute los hechos en los cuales basó el sentenciador de segunda instancia su decisión, o sea que no discute la vinculación laboral entre las partes, el agotamiento de la vía gubernativa, ni las gestiones que sin éxito hizo el demandante para que el Fondo Nacional de Ahorro le pagara el auxilio de cesantía, sino que plantea su discrepancia con el Tribunal Superior en cuanto éste consideró obligada a la Corporación Nacional de Turismo a pagar dicha prestación.

Sobre la persona obligada a pagar el auxilio de cesantía al demandante, dijo el Tribunal Superior: "Probado el contrato, su duración y salario, respecto a la primera petición de la demanda. cesantía, el actor agotó el reclamo administrativo, folio 3 y la demandada no ha demostrado que pagó tan indiscutible prestación, alegando que ella cumplió con todos los requisitos para que fuera el Fondo de Ahorro quien cubriera dicha prestación. Está probado en el juicio con declaraciones de testigos, que el actor también hizo gestiones para obtener su pago de cesantía ante el Fondo Nacional de Ahorro, ya que el testigo Eustorgio Ordóñez, a folio 22 declara que desde el 28 de diciembre de 1972, por conducto de la Caja Agraria, el actor envió y presentó la documentación para obtener el pago de su cesantía, por cuanto por conducto de esta Caja y del Banco Cafetero el Fondo paga las cesantías en esta ciudad, pero no sabe si ya le fueron pagadas al actor. Como la demandada hasta el presente no ha probado que ella pagó la cesantía de su trabajador, ni que el Fondo Nacional de Ahorro la haya pagado, el actor tiene derecho al pago de prestación tan indiscutible. El hecho de que el Gobierno Nacional hubiese creado el Fondo Nacional de Ahorro, para asumir, por delegación, el pago de las cesantías del sector oficial, no le ha quitado al trabajador el derecho a que la entidad deudora que es a la cual prestó el servicio, le pague la prestación, cuando el Fondo no pague en los términos breves que la ley le señaló para hacerlo. Por cuanto el Fondo no es sino una entidad diputada para el pago, el sujeto pasivo de la obligación sigue siendo el patrono. Comparte esta Sala la doctrina de la Corte Suprema sobre el particular, citada por el abogado apelante, y para mayor claridad se transcriben apartes de doctrina de la mencionada corporación en un caso muy similar. Dijo así la Corte: 'Las Cajas de Previsión Social. Sus funciones en cuanto son instituciones diputadas para el pago. 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. Así se deduce claramente de lo dispuesto por la Ley 6ª de 1945. Si bien el artículo 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 empleado 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 aquélla únicamente. Por otra parte, si dentro de la oportunidad legal la respectiva Caja no hace el pago de los créditos o la consignación de su importe, el incumplimiento no libera al deudor de responsabilidad. La diputación para el pago, encargo atribuido a las Cajas de Previsión, es una especie de mandato legal, de manera que si el representante se abstiene de ejecutarlo, no por ello el representado queda exento de sus obligaciones, pues el mandatario es un simple órgano de la voluntad del mandato en cuyo nombre actúa, según conocido principio consagrado en el Código Civil'.

"Por lo expuesto, la cesantía del actor vale $ 8.903.70 y por las razones anotadas se revocará el fallo del *a quo* y se condenará a su pago".

La discrepancia entre el fallador de segunda instancia y el recurrente consiste en que mientras para el primero la entidad demandada por ser el patrono es el sujeto pasivo de la obligación de pagar el auxilio de cesantía, pues el Fondo Nacional de Ahorro es apenas un diputado para el pago, el impugnador sostiene que el Decreto 3135, al crear el Fondo Nacional de Ahorro, radicó en éste dicha obligación, descargando de las mismas a las entidades vinculadas.

Procede, por lo tanto, estudiar, en primer lugar, las normas acusadas para confrontarlas con la sentencia y deducir de esta confrontación, si fueron violadas.

El Decreto número 3118 de 1968, "por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones", fue dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades concedidas por el Congreso Nacional al Presidente de la República por la Ley 65 de 1967. Las normas de este Decreto señaladas como violadas en relación con el auxilio de cesantía dispusieron lo siguiente:

El artículo 1º crea el Fondo Nacional de Ahorro como establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, entre cuyos recursos se encuentra, según el ordinal a) del mismo artículo, "las cesantías de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales que se liquiden y consignen en el Fondo conforme a las disposiciones del presente Decreto".

Entre los objetivos del Fondo el ordinal a) del artículo 2º señala: "a) Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales".

El artículo 3º ordena que los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional deberán liquidar y entregar al Fondo Nacional de Ahorro, conforme a las disposiciones del mismo decreto, las cesantías de los empleados públicos y los trabajadores oficiales de dichas entidades.

Según el artículo 22, la Caja Nacional de Previsión Social liquidará el auxilio de cesantía causado hasta el 31 de diciembre de 1968 en favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella. La misma obligación se establece para los demás organismos nacionales de previsión social, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado cuyos empleados o trabajadores no estén afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, siempre que el pago de los respectivos auxilios de cesantía corresponda a dichas entidades; esta liquidación es de carácter definitivo, sin poder revisarse aunque el salario del funcionario o trabajador varíe posteriormente y se haría de acuerdo con las normas vigentes a la fecha del decreto, según disposición del artículo 23.

El artículo 37 consagra en favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales el derecho a solicitar al Fondo, en caso de retiro del servicio y siempre que no medien causas legales de pérdida del auxilio de cesantía, la entrega del saldo neto en dicha institución por concepto de cesantía, ahorros voluntarios o convencionales, e intereses, pudiendo optar por mantener dichas cantidades en el Fondo, a fin de beneficiarse de los intereses que la mencionada institución reconoce sobre tales sumas y de los planes de vivienda que formule. Para la entrega del saldo neto que tenga a su favor, el empleado público o trabajador oficial deberá presentar, según el artículo 38 una solicitud acompañada de la libreta que el Fondo haya entregado y en la que se hace mención de la entidad en la cual presta sus servicios y se registra el movimiento de la cuenta y de la liquidación hecha por la entidad empleadora en la fecha de retiro.

El artículo 39 dispone que el pago del saldo deberá hacerse dentro del término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la presentación en debida forma de la solicitud, y que vencido el plazo sin que el Fondo haya efectuado el pago, éste le reconocerá al empleado oficial intereses moratorio del 2% anual.

Por último, el artículo 40 establece que en caso de retiro la libreta o tarjeta que contenga la cuenta del trabajador y la liquidación a que se refiere el artículo 28 constituyen título ejecutivo para exigir judicialmente el pago del saldo neto en favor del trabajador y conforme a las disposiciones contenidas en los artículos precedentes.

De acuerdo con las normas cuyo contenido acaba de expresarse, el Fondo Nacional de Ahorro fue creado, entre otros fines, para pagar el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, constituyéndose en sujeto pasivo de la obligación. Para este efecto las entidades administrativas, descentralizadas o no, quedaron obligadas a liquidar el auxilio de cesantía hasta el 31 de diciembre de 1968 y entregar su valor al Fondo; a liquidarlo cada año y en la fecha de retiro del trabajador por el tiempo servido en el último año entregando también estos valores al Fondo.

¿Quedan liberadas las entidades vinculadas al Fondo Nacional de Ahorro de la obligación de pagar el auxilio de cesantía, cuando estaba a cargo de ellas, al cumplir con la entrega del valor de la prestación al Fondo?

Para la Sala la respuesta es afirmativa. A partir de la vigencia del Decreto 3118 de 1968 el Fondo Nacional de Ahorro es el establecimiento encargado de pagar el auxilio de cesantía a los trabajadores de las entidades vinculadas, que únicamente están obligadas a traspasarle el valor de lo que se liquide año por año. Si una empresa comercial o industrial del Estado o un establecimiento público cumple con esta obligación, queda exonerada del pago de la cesantía, si estaba a su cargo antes de la vigencia del citado decreto, porque sería ilógico que cancelara dos veces la prestación: una al Fondo con la entrega que anualmente y a la terminación del vínculo debe hacerle de los valores liquidados y otra al trabajador. Además, al radicar la ley en el Fondo Nacional de Ahorro la obligación de pagar el auxilio de cesantía a todos los trabajadores de las entidades vinculadas al mismo, éstas no podrían proceder a liquidar y pagar la cesantía, pues por ser oficiales solo actúan dentro del marco que les señala la ley, sin poder extralimitarse en sus funciones. Y la ley dispuso expresamente que el auxilio de cesantía sería pagado por el establecimiento público creado para ese efecto: el Fondo Nacional de Ahorro.

Cierto es que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte pueden existir Cajas de Previsión oficiales que, por ser apenas diputadas para el pago, comparten con el patrono o empleador oficial la obligación de cancelar el auxilio de cesantía, de modo que si las primeras incumplen, hay la posibilidad de demandarla de los segundos. Pero el Fondo Nacional de Ahorro es el único obligado a pagar el auxilio de cesantía, sin que esa obligación se haya trasladado por mandato de la ley a los patronos o empleadores, por lo cual no existe similitud con aquellas Cajas de Previsión que se han considerado diputadas para el pago.

De lo anterior se concluye que el Tribunal Superior, al desconocer e ignorar los artículos pertinentes del Decreto 3118 de 1968 y que se han estudiado, los infringió directamente al no tenerlos en cuenta para tomar la decisión que condenó al pago del auxilio de cesantía a la Corporación Nacional de Turismo, que si bien pudo estar obligada a pagar el auxilio de cesantía, quedó libre de dicha obligación a partir del Decreto 3118 de 1968, que la trasladó o radicó en el Fondo Nacional de Ahorro. Se casará, en consecuencia, la sentencia recurrida y la decisión de instancia se apoyará en las siguientes motivaciones.

Según el testigo Eustorgio Ordóñez Benítez (folio 22 del primer cuaderno), la Caja Agraria de Barranquilla, cuando el declarante reemplazaba al Subgerente, tramitó un formulario número 38 sobre la solicitud del demandante Julio Borelly Mier presentada el 28 de diciembre de 1972 para que se le reconociera por el Fondo Nacional de Ahorro el auxilio de cesantía y que fue enviada al Fondo el primer día hábil del mes de enero de 1973. Los documentos que se acompañaron al formulario fueron los siguientes: solicitud de entrega de cesantía, extracto de cuenta expedido por el Fondo y resolución de liquidación de año de retiro. El documento que obra a folio 20, fotocopia del presentado al Juzgado por el señor Ordóñez y ordenado agregar al expediente por mandato del Juez, ratifica lo expuesto por él, pues se trata de una copia del formulario número 38, dirigido al Fondo Nacional, firmado por el funcionario autorizado de la Caja Agraria y por el afiliado, y en el cual se dice que se han recibido los siguientes documentos para ser remitidos al Fondo: "Solicitud de préstamo o de entrega de cesantía"; "extracto de cuenta expedido por el Fondo", y "resolución de liquidación en el año de retiro".

Estas pruebas demuestran que la Corporación Nacional de Turismo cumplió con sus obligaciones para con el Fondo Nacional de Ahorro, liquidando el auxilio de cesantía por el año anterior al del retiro, artículo 27 del Decreto 3118 de 1968, traspasando su valor al Fondo, y liquidando lo correspondiente a la misma prestación, por el año de retiro (ordinal 28), y con el demandante al entregarle el extracto de cuenta a que se refiere el artículo 35, lo que demuestra que se

hizo la liquidación anual según el artículo 34, acatando con esta entrega y con la resolución de liquidación por el último año de servicio, el artículo 38.

Cabe observar, por último, que el testigo Horacio Martínez (folios 36, 37 y 38) declaró que el señor Julio Borelly, por ser miembro de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario de Barranquilla, pensó que podría tramitar más rápidamente su cesantía a través de esa entidad intermediaria del Fondo Nacional de Ahorro, y por eso le envió un mensaje al deponente en el cual le ruega que le envíe el extracto sin entregarlo al Fondo.

Siendo la Corporación Nacional de Turismo una entidad vinculada al Fondo Nacional de Ahorro, artículo 3º del Decreto 3118 de 1968, y habiendo cumplido las obligaciones que le impone dicho decreto con el trabajador y con el Fondo, es esta última entidad la obligada a pagarle el auxilio de cesantía al demandante, como lo dispone el artículo 39 del mismo decreto. En consecuencia se absolverá a la demandada de todas las peticiones de la demanda, pues no siendo deudora morosa del auxilio de cesantía, tampoco está obligada a pagar la indemnización moratoria que se desprende del artículo 1º del Decreto 797 de 1949. No sobra aclarar que del artículo 28 del Decreto 3118 de 1968 no se desprende que el pago del auxilio de cesantía por el tiempo servido en el año de retiro corresponde a la entidad vinculada, como lo argumenta el opositor, pues todo lo contrario indican los artículos 38 y 39 del mismo decreto. Por todo lo anterior se confirmará el fallo de primera instancia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, dictada el nueve de mayo de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en cuanto revoca el fallo dictado por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla y en su lugar condena a la Corporación Nacional de Turismo a pagar a Julio Borelly Mier la suma de ocho mil novecientos tres pesos con setenta centavos ($ 8.903.70), por concepto de cesantías, y doscientos setenta y ocho pesos con veinticuatro centavos ($ 278.24) diarios a partir del 7 de febrero de 1973 y hasta el día en que se demuestre el pago de la cesantía y en sede de instancia CONFIRMA dicha sentencia de primer grado.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

LA PENSION DE JUBILACION A CARGO DEL I. C. S. S. COMO JUSTA CAUSA DE DESPIDO

Si el trabajador cumple los requisitos exigidos por las normas sobre seguridad social para que el instituto respectivo esté en el deber de pensionarlo, puede el patrono lícitamente dar por terminado el contrato de trabajo, sin que sea necesario el previo reconocimiento de la pensión por el Instituto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 39.

Referencia: Expediente número 4785.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

Ante el Juzgado Segundo Laboral de Cali, el señor Enrique Garrido Santacoloma demandó a la firma "David y Eduardo Puyana" para exigirle el pago de indemnización por despido injusto y la pensión vitalicia derivada del mismo hecho. Dijo haber trabajado desde el 10 de abril de 1961 hasta el 29 de mayo de 1972 con un último sueldo promedio de $ 9.829.64 mensuales y que la empresa alegó para prescindir de sus servicios que el actor tenía derecho a recibir pensión de vejez del Instituto Colombiano de Seguros Sociales por tener las condiciones de edad y de semanas efectivas de cotizaciones necesarias para merecer la pensión, lo cual, en sentir del demandante, no constituye, en su caso, motivo legítimo para fenecer el contrato de trabajo. La empresa aceptó el tiempo de servicios alegado por Garrido Santacoloma, pero negó haberlo despedido sin justa causa. Antes bien, desde un principio planteó argumentaciones tendientes a demostrar que su conducta estuvo en un todo ajustada a la ley.

El Juzgado, en sentencia del 9 de octubre de 1973, absolvió a la compañía de todas las pretensiones del actor y lo condenó en costas. Este interpuso apelación y el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, en fallo del 3 de mayo de 1974, confirmó lo resuelto en la primera instancia, con costas a cargo del apelante.

El señor Garrido Santacoloma recurrió en casación para impetrar que se infirme integralmente el fallo del Tribunal, se revoque el del Juzgado y, en su lugar, se acceda a las súplicas de su libelo. Formula para ello dos cargos que la compañía demandada replica por el aspecto técnico y de fondo cómo se lee de folios 20 a 22 de este cuaderno. Tales cargos van a examinarse en seguida.

Primer cargo.

Interpretación errónea de los artículos 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965 y 3º de la Ley 48 de 1968 e infracción directa por falta de aplicación de los artículos 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961.

Tales violaciones de ley las hace consistir el recurrente en que los falladores de instancia tuvieron como justo motivo para el despido de Garrido Santacoloma la circunstancia de reunir él los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 3041 de 1966 para recibir pensión del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, tesis que, en sentir del dicho recurrente, es equivocada porque cree que el despido en el evento de la pensión solo puede ser legítimo cuando al trabajador le haya sido reconocida por el Instituto, estando al servicio de la empresa, porque la causal de despido debe ser actual cuando éste se produzca y no puede consistir en acontecimientos futuros de ocurrencia incierta como la posible pensión pagadera al despido.

De aquel supuesto error de criterio de los sentenciadores, desprende la creencia de que desconocieron y dejaron de aplicar los preceptos que regulan las consecuencias del despido injusto en cuanto a indemnización y pago de pensión causados por él y que invoca el cargo.

La Sala considera:

El artículo 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965, en lo pertinente para el caso, dice así:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

"A) Por parte del patrono:... 14) El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa".

Y el artículo 3º, ordinal 6, de la Ley 48 de 1968 añade:

"La pensión de jubilación a que se refiere el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es la consagrada en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 11 del Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966".

Una lectura atenta de los textos transcritos, hace patente que si el trabajador cumple los requisitos exigidos por las normas sobre seguridad social para que el Instituto respectivo esté en el deber de pensionarlo, puede el patrono lícitamente dar por terminado el contrato de trabajo, sin que sea necesario el previo reconocimiento de la pensión por el Instituto, desde luego que para obtenerlo hace falta una gestión del interesado tendiente a comprobar ante ese organismo que tiene la edad y cumple los demás requisitos exigidos para disfrutarla y ello es potestativo del dicho interesado y no de su patrono.

O sea, que si se admitiera la interpretación que le da el recurrente a aquellos textos, sería potestativo del trabajador y no del patrono la operancia de la causal de despido establecida por el ordinal 14 del artículo 7º del Decreto legislativo 2351, ya que si el asalariado no le reclama al Instituto de Seguros Sociales la pensión a que tiene derecho y por tal medio éste se la reconoce, no podría el patrono prescindir nunca de los servicios de un empleado en trance de jubilarse, a pesar de que el aludido artículo 7º, ordinal 14, lo faculta expresamente para hacerlo sin que haya quebranto de la ley ni ruptura injusta del contrato que así termine, siempre que el antiguo servidor quede efectivamente pensionado.

Ello indica que la interpretación dada por el recurrente a las normas que se analizan no resulta certera ni acorde con el sentido y alcance de ellas, pues con los que éste les da, una prerrogativa expresamente concedida por la ley al patrono quedaría subordinada en su ejercicio práctico al arbitrio del trabajador, cosa que contradice no solo el espíritu sino las palabras mismas del legislador cuya claridad no permite dudas al respecto.

Hipótesis distinta sería aquella en que el patrono invocara como causal de despido la circunstancia de que el asalariado tuviese derecho a recibir pensión del Instituto de Seguros Sociales y este organismo se la denegare por falta de alguno o algunos requisitos para poder disfrutarla, porque entonces las circunstancias serían por entero distintas en cuanto a la realidad del motivo invocado para fenecer el contrato de trabajo y en cuanto a la responsabilidad frente a la ley de quien así hubiere procedido.

Las reflexiones hechas muestran que no se configuran las violaciones de ley planteadas por el recurrente y que, por ende, el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo.

Violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, 8º del mismo Decreto 2351 y 8º de la Ley 171 de 1961 como consecuencia de errores de hecho manifiestos en que incurrió el sentenciador, según el recurrente, y que éste puntualiza así:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que existió la justa causa invocada por la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo en el momento del despido;

"b) No dar por demostrado estándolo plenamente que el motivo invocado por la empresa ocurrió con posterioridad al despido, y

"c) No dar por demostrado, estándolo, plenamente que el demandante estaba en las condiciones de hecho que le permitían disfrutar de una indemnización por despido injusto y de una pensión sanción por el mismo motivo".

Tales errores los cometió el Tribunal *ad quem*, conforme a la demanda, al no apreciar el certificado sobre tiempo de servicios y salario del señor Garrido que obra al folio 64, cuaderno 1º, demostrativo de que éste tendría derecho a indemnización por despido injusto y a pensión por la misma causa; al entender en la carta de despido (folios 7 y 8 ibid.), que Garrido Santacoloma estaba ya pensionado cuando ella se produjo, cuando era la realidad lo contrario; al creer que las resoluciones del Instituto de Seguros Sociales que le reconocieron pensión al señor Garrido (folios 56 a 58 y 68 a 69, ibid.), comprueban la justa causa invocada por la empresa para despedirlo, pues en verdad acreditan que cuando el despido se produjo dicha causa no existía aún, y al decir que la partida de nacimiento del señor Garrido (folio 15 ibid.), contribuye a configurar

la justa causa mencionada varias veces, por cuanto demuestra que él tenía más de 60 años al ser despedido, cuando, para el recurrente, la comprobación de tal edad deja ver que al ser despedido de manera ilegítima la empresa estaba en el deber desde entonces de pagarle la pensión sanción establecida por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

De allí concluye que por causa de tales errores de hecho, el fallador infringió los textos que el cargo invoca: los artículos 7º del Decreto 2351 y 3º de la Ley 48, reguladores del despido legalmente plausible, por aplicarlos a un caso que cree fue de despido ilegal y los artículos 8º del Decreto 2351 y 8º de la Ley 171 de 1961, que determinan las consecuencias del despido injusto por no haberlos aplicado siendo aplicables al caso, conforme al criterio del recurrente.

Se considera.

Las argumentaciones que se hicieron al examinar el cargo anterior dejaron en claro que los alcances de los artículos 7º, ordinal 14, del Decreto 2351 y 3º, ordinal 6º, de la Ley 48 de 1968 no son, como lo cree el recurrente, que para que sea lícito el despido del trabajador por el motivo de merecer pensión del Instituto de Seguros Sociales deba habérsele decretado antes de que fenezca el contrato laboral, sino que basta el reconocimiento ulterior de dicho beneficio al despedido, una vez cumpla éste con los trámites internos del Instituto, para que la causal de terminación del contrato sea legalmente procedente y, por lo mismo, quede el patrono exonerado de toda responsabilidad en lo que atañe al modo como cesaron los servicios del trabajador.

Y como la intención del cargo que ahora se analiza es encontrar que el señor Garrido Santacoloma fue pensionado por el Instituto en fecha posterior a la de su despido, circunstancia que no influye para calificar a éste como ilegítimo y generador de responsabilidad para el patrono, los pretendidos errores de hecho que el recurrente le imputa al Tribunal *ad quem,* no resultan, en realidad, configurados porque lo que sucede es que el sentenciador y el impugnante parten de interpretaciones distintas de los artículos 7º, ordinal 14, del Decreto 2351 y 3º, ordinal 6º, de la Ley 48 para apreciar, a través de ellas, las pruebas que el cargo menciona: Y encontrar el recurrente que como Garrido fue pensionado en fecha posterior a su despido, éste fue ilegal, y para concluir el fallador que ese despido fue legítimo, por cuanto si fue cierto que el demandante Garrido Santacoloma, al dejar el servicio comenzó a disfrutar de pensión reconocida y pagada por el Instituto de Seguros Sociales, en la forma prevista por el Decreto 3041 de 1966, tesis que es también la de esta Sala, conforme se estudió en el cargo anterior.

No prospera tampoco, en consecuencia, este segundo cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, 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. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR MORA EN EL CAMPO DEL TRABAJADOR OFICIAL

La indemnización por mora no procede, en el campo del trabajador oficial, ha dicho la jurisprudencia, cuando el patrono tiene razones atendibles para no pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, por lo cual no puede imponerse la sanción cuando el patrono ha obrado de buena fe en la falta de pago.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Primera.—Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 5098. Acta número 49.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Miguel Roberto Forero, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 28272 expedida en la misma ciudad, demandó, por medio de apoderado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., para que fuera condenada a pagarla $ 6.305.83 como indemnización por despido injusto e ilegal, los llamados "salarios caídos" desde el 9 de febrero de 1968 hasta la fecha en que la demandada pague el derecho que se reclama, y las costas del proceso.

Los hechos afirmados en el libelo fueron:

"1. Miguel Roberto Forero G., como Auxiliar de Relaciones Públicas, prestó sus servicios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.

"2. Los referidos servicios subordinados los prestó Miguel Roberto Forero G. desde el 22 de diciembre de 1965 al 8 de noviembre de 1967.

"3. La vinculación entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y Miguel Roberto Forero G. estuvo regida por un contrato escrito de trabajo.

"4. Miguel Roberto Forero G. devengó un sueldo de tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3.250.00) moneda corriente.

"5. El Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., despidió de manera ilegal e injusta al señor Miguel Roberto Forero G., por medio del oficio número 134798, de fecha 8 de noviembre de 1967.

"6. El demandante, por medio de apoderado, reclamó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., en escrito presentado el 30 de octubre de 1970 el reconocimiento y pago de la indemnización por despido ilegal y los denominados 'salarios caídos'.

"7. La Gerencia de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., en virtud de la Resolución número 092 de fecha 5 de marzo de 1971, negó las indemnizaciones reclamadas.

"8. Contra el mencionado acto administrativo, el procurador del actor interpuso el recurso de apelación para ante la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y hasta la fecha no ha sido resuelto el recurso jerárquico.

"9. Está, en consecuencia, agotado el procedimiento gubernativo.

"10. La demandada está en mora de solucionarle a Miguel Roberto Forero G. la indemnización social que se traduce en lucro cesante y los denominados 'salarios caídos' solicitados en la parte petitoria de este libelo, por cuanto ya han transcurrido los noventa (90) días de gracia a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

"11. La terminación ostensiblemente ilegal del vínculo contractual que ató al señor Miguel Roberto Forero G. con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., le ha ocasionado graves perjuicios de orden moral, que ha determinado su anormalidad económica y social,

que le corresponde a la entidad demandada precaver por todos los medios, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia laboral".

El apoderado de la demandada manifestó que se oponía a todas y cada una de las peticiones de la demanda, respecto a los hechos dijo atenerse a lo que se demostrase en el juicio, propuso excepciones de carencia de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas y pago, fundamentó la defensa en los siguientes hechos:

"1º Mi mandante dio por terminado el contrato de trabajo con el actor por justa causa, con fecha 8 de noviembre de 1967.

"2º A la terminación del contrato de trabajo mi poderdante liquidó y pagó las prestaciones sociales que le correspondieron al demandante.

"3º Mi representada nada debe al demandante por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo, por cuanto éste finalizó por justa causa, derivada de hechos imputables al trabajador".

El Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 17 de octubre de 1974, condenó a la entidad demandada a pagar al actor $ 4.762.42 como indemnización por despido, $ 108.03 diarios desde el 9 de febrero de 1968 hasta que se pague la indemnización por despido, como indemnización por mora, y las costas de la instancia, y declaró parcialmente probada la excepción de pago. El apoderado de la Empresa interpuso recurso de apelación contra el fallo indicado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de 29 de enero de 1975, revocó el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia del *a quo,* sobre declaración de pago parcial, para declarar no probadas todas las excepciones propuestas; modificó la condenación por indemnización moratoria en el sentido de imponerla solamente a partir del 28 de febrero de 1968; confirmó en lo restante el fallo materia de la alzada, y condenó a la demandada en el 90% de las costas de segunda instancia. El apoderado de la Empresa interpuso contra dicha sentencia, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso.

Con base en la causal primera de casación laboral se formulan dos cargos que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Primer cargo.
Alcance de la impugnación.

Dice el recurrente:

"Con el presente cargo persigue la parte demandada que la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia acusada, en cuanto a la condenación que impuso en el numeral 2º de su parte dispositiva por concepto de indemnización moratoria, para que convertida la honorable Sala de Casación Laboral en Tribunal de instancia, revoque la condena decretada en el literal b) del numeral primero de la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a la parte demandada de la indemnización moratoria impetrada en la demanda con que se inició el juicio".

Se afirma que la sentencia recurrida "violó indirectamente, por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho evidentes, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 40, 43, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, artículos 19 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo".

El impugnador señala como pruebas dejadas de apreciar el reglamento de trabajo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., que obra al folio 53 del primer cuaderno, y los documentos de los folios 45, 46 y 47 del mismo cuaderno, y como mal apreciadas las de los folios 25, 65 y 66.

En la demostración del cargo, el impugnador reproduce las razones en que el sentenciador apoyó su decisión de condenar al pago de las dos indemnizaciones; observa que el *ad quem* no consideró las circunstancias específicas que sirvieron de antecedente a la nota del folio 25, que tuvo por finalidad comunicar al demandante lo resuelto sobre su despido por el Comité de Sanciones de la Empresa; manifiesta que según el reglamento de trabajo, no corresponde directamente a la Empresa decidir sobre el despido de los trabajadores, sino al Comité de Sanciones, que es persona jurídica distinta, por lo cual el despido fue decretado en ejercicio de una facultad legítima; alega que la falta de prueba de justa causa para el despido, no implica necesariamente que deba imponerse la condenación por mora, como erróneamente lo entendió el juzgador de segundo grado, porque debe atenderse el convencimiento honesto de que el despido del trabajador fue legítimo, porque así lo resolvió el Comité de Reclamos; agrega que en las comu-

nicaciones de 8 de noviembre de 1967 y de 5 de marzo de 1971, se evidencia la buena fe de la Empresa; deduce de lo anterior, la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y termina el cargo con la aseveración de que el error en la cita de las normas legales mencionadas para apoyar el motivo que se invoque para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, no incide sobre la buena fe con que el patrono proceda.

El opositor sostiene que el cargo no destruye los fundamentos de la decisión acusada, porque la adopción de un procedimiento reglamentario para la terminación de los contratos, no exonera al patrono de presentar las pruebas que justifiquen la determinación, lo cual no hizo la Empresa ni en el acta del Comité de Reclamos, ni en el juicio.

Se considera.

En el presente caso, la condena a la indemnización por falta de pago tiene fundamento en haberse dejado de pagar el lucro cesante por despido injusto. El recurrente considera erróneo que no se hubiera estimado buena fe de la Empresa al haberse negado a pagar la indemnización por despido unilateral no justificado, porque ese despido lo decidió el Comité de Reclamos.

La indemnización por mora no procede, en el campo del trabajador oficial, ha dicho la jurisprudencia, cuando el patrono tiene razones atendibles para no pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, por lo cual no puede imponerse la sanción cuando el patrono ha obrado de buena fe en la falta de pago.

Del examen de las pruebas indicadas por el recurrente resulta que la decisión sobre despido de un trabajador la ha de tomar el Comité de Sanciones, según el artículo 85 del reglamento de trabajo de la Empresa, que dicho Comité decidió el despido de Miguel Roberto Forero porque consideró que había justa causa para ello, que con base en esa decisión el gerente comunicó la terminación del contrato y negó la indemnización, y que el acta de folios 65 y 66 muestra cómo la determinación fue tomada con participación de los representantes del sindicato, quienes no se opusieron al despido, sino que simplemente solicitaron que los testimonios se pusieran por escrito.

No es el simple cumplimiento de un requisito reglamentario lo que muestran esas pruebas, sino el motivo que el patrono tuvo para estimar de buena fe que no debía la indemnización por mora, ya que la determinación tomada por el Comité, con asistencia de los representantes del sindicato y sin que ellos se opusieran o dejaran contra la determinación constancia alguna, es suficiente para probar que el patrono tuvo motivos para creer razonablemente que no se debía indemnización por despido.

Como tal circunstancia es evidente en el examen de las pruebas, y el sentenciador no encontró demostrada esa situación, incurrió en error de hecho que produjo la violación del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del 11 de la Ley 6ª de 1945, por aplicación indebida.

Por lo anterior, es necesario casar la sentencia acusada en cuanto condenó a la demandada al pago de la indemnización por mora. Las mismas razones expuestas sirven como consideraciones de instancia para revocar la condenación que por el dicho concepto contiene la sentencia de primer grado, y para absolver a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por el extremo mencionado.

No es necesario examinar el segundo cargo, porque con él se busca una disminución en la condena que ya deja de existir por la prosperidad de la primera 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veintinueve de enero de mil novecientos setenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Miguel Roberto Forero contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en cuanto por el numeral 2º de la parte resolutiva condenó al pago de indemnización por mora, y obrando como Tribunal de instancia, REVOCA la condenación contenida en el aparte b) del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de diez y siete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, dictada en el mismo juicio, por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, ABSUELVE a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de la indemnización por falta de pago, solicitada en el juicio como "salarios caídos". NO LA CASA EN LO DEMÁS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Luis B. Flórez Suárez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

La Sala observa que, aun cuando el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 no indique "la renuncia" entre los modos de terminación del contrato laboral, la jurisprudencia ha entendido siempre que ella, seguida de su aceptación por el patrono, constituye el mutuo consensentimiento señalado por el citado precepto como uno de los modos de dicha terminación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., octubre veintiocho de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 40.

(Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Christian Acevedo López, mediante apoderado, instauró demanda contra Singer Sewing Machine Company, por la vía ordinaria, laboral, en solicitud de que fuese condenada a lo siguiente:

"*Primero.* Que la empresa demandada debe al actor, salarios insolutos por valor de ochenta y ocho mil seiscientos treinta y cuatro pesos moneda corriente ($ 88.634.00), o en la cuantía que se pruebe.

"*Segundo.* Que la empresa demandada debe al actor el reajuste del valor de la cesantía, de las vacaciones y de los salarios correspondientes a los últimos diez (10) días trabajados en el lapso comprendido entre el primero (1º) de agosto al día diez del mismo mes de mil novecientos setenta y dos (1972), al haberse liquidado aquéllas y éste con un salario básico mensual de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00), siendo éste de veintitrés mil seiscientos cincuenta y nueve pesos ($ 23.659.00).

"*Tercero.* Que la empresa demandada debe al actor la suma de diez y ocho mil pesos moneda corriente ($ 18.000.00), por concepto de prestaciones sociales indebidamente retenidas por la empresa, sin mediar autorización escrita del trabajador.

"*Cuarto.* Que la empresa demandada debe al actor, el valor de la indemnización por la terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo, al presionar aquélla a éste y sin razones válidas a renunciar de la empresa.

"*Quinto.* Que la empresa demandada debe al actor el valor de los perjuicios materiales que le causó, con ocasión de la violación por parte de aquélla del artículo 59 del C. S. del T., al impedir con su referencia que el actor recibiera los beneficios económicos del contrato a que se refiere el hecho (XVII) de la relación de ellos, en la cuantía que se demuestre dentro del juicio.

"*Sexto.* Que la empresa demandada debe al actor, el valor de la indemnización moratoria (salarios caídos), al no cancelarle a éste a la terminación del contrato de trabajo, los salarios insolutos, el valor debido por prestaciones sociales, por la retención indebida de las mismas, mediando la mala fe para ello.

"*Séptimo.* Que la empresa demandada debe al actor el valor de las costas, costos y agencias en derecho del presente juicio, si se opone a las peticiones de declaraciones y condenas de la demanda".

La síntesis de los 18 hechos en que funda la pretensión anterior es ésta: el actor ingresó al servicio de la empresa con contrato de trabajo el 1º de enero de 1971 y su retiro se efectuó el 10 de agosto de 1972, por renuncia debida a presiones del patrono; el sueldo pactado fue inicialmente de $ 14.000.00 y aumentado luego a $ 18.000.00, pero libre de impuestos, no obstante lo cual la demandada se abstuvo "de reconocerle y pagarle el valor del impuesto sobre la renta, correspondiente a los salarios devengados. Por el contrario, hizo la retención en la fuente para

el pago de los impuestos de renta con el consiguiente castigo del ingreso salarial...". El sueldo libre de impuestos fue pactado con el señor N. E. Marshall, Gerente General de la Compañía para la América Latina. Esta, sin mediar autorización escrita del trabajador, retuvo de las prestaciones sociales liquidadas al trabajador, la cantidad de $ 18.000.00, correspondientes al valor de una acción del Club San Andrés, que le había regalado, y a un anticipo de prestaciones sociales. El pago de los salarios insolutos, la retención indebida de prestaciones son causa de mala fe de la empresa, por las que debe ser condenada al pago de indemnización moratoria.

Esta, al contestar la demanda, aceptó los hechos relacionados con el tiempo de servicio, el salario inicial y su aumento; pero negó deberle los salarios que cobra, pues no se comprometió a "reconocerle y pagarle el valor del impuesto sobre la renta, correspondiente a los salarios devengados". Negó que hubiese retenido suma alguna en forma arbitraria, así como el que la renuncia del actor hubiera procedido de "presiones" indebidas del patrono. Y en la primera audiencia de trámite propuso "la excepción de pago de la totalidad de las acreencias laborales en favor del demandante... y a cargo de la sociedad".

Tramitado el negocio en legal forma, le puso fin el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 25 de febrero de 1975, mediante la cual ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las peticiones formuladas por el demandante, a quien condenó en costas. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá CONFIRMÓ la sentencia antedicha en la suya de 16 de abril de 1975, al resolver el recurso de alzada, interpuesto por el actor, a quien impuso también las costas de la segunda instancia.

Contra esta providencia recurrió, en casación, la misma parte y, admitido el recurso, formuló la respectiva demanda, oportunamente replicada por la empresa, en la cual fija de esta manera el alcance de la impugnación:

"El recurso interpuesto por la parte demandante persigue la finalidad de que esa honorable corporación case totalmente la sentencia recurrida la cual confirmó en todas sus partes la sentencia pronunciada por el Juez de primera instancia, mediante la cual se absolvió a la parte demandada de todas y cada una de las súplicas demandadas. Que como Tribunal de instancia, una vez producida la casación, revoque en todas sus partes la sentencia pronunciada por el Juez de primera instancia y en su reemplazo, condene a la compañía Singer Sewing Machine Company, con domicilio en Bogotá, al pago de las sumas de dinero por los siguientes conceptos: al valor de los salarios o sueldos insolutos, a la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) moneda corriente, valor de las prestaciones sociales descontadas o retenidas por la empresa sin mediar la autorización escrita y expresa del trabajador, el valor de las sumas correspondientes al reajuste de la cesantía y de las vacaciones, al valor de la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo y al pago de la indemnización moratoria (salarios caídos), por no cancelársele al trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, la totalidad de los salarios adeudados y las prestaciones sociales indebidamente descontadas, retenidas y por consiguiente adeudadas".

Para conseguir este fin propone cuatro cargos, los que, con la réplica del opositor, se estudiarán en el orden en que están presentados.

El primero lo formula así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser indirectamente violatoria de los artículos 55, 57, ord. 4º; 59, ord. 1º; 65, 127, 132, 149 y 150 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 1º y 3º de la Ley 38 de 1969, por aplicación indebida a causa de errores de hecho manifiestos en los autos, y originados en la errónea apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras. Lo anterior condujo al honorable Tribunal Superior de Bogotá, a absolver a la demandada de la súplica de la condena al pago de los salarios o sueldos insolutos y de la sanción moratoria, según se precisará en el desarrollo del cargo".

Los errores de hecho que imputa al fallo impugnado son éstos:

"*Primero*. En dar por establecido, sin estarlo, que la retención en la fuente de los impuestos, correspondientes al ingreso salarial del trabajador, como obligación legal del patrono, hubiera sido materia de súplica demandada, y por consiguiente, materia del presente proceso.

"*Segundo*. En no haber dado por establecido, estándolo, que entre el actor y la demandada existió el pacto salarial según el cual, el sueldo del trabajador, era la cantidad de catorce mil pesos ($ 14.000.00) mensuales netos, esto es, libres de impuestos sobre la renta.

"*Tercero*. En no haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa no cumplió el pacto salarial a que se contrae el hecho inmediatamente anterior.

"*Cuarto*. En no haber dado por demostrado, estándolo, que el aumento del sueldo mensual del

trabajador a la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) mensuales, a partir del primero de julio de 1971, no solucionó la obligación de la empresa en cuanto a que, el sueldo mensual del trabajador debía ser de catorce mil pesos ($ 14.000.00) mensuales, libres de impuestos sobre la renta.

"*Quinto*. En no haber dado por demostrado, estándolo, que la demandada, no obstante el aumento salarial a que se contrae el hecho inmediatamente anterior, no pagó al trabajador durante el año de mil novecientos setenta y uno (1971), la cantidad de catorce mil pesos ($ 14.000.00) mensuales netos, libres de impuestos.

"*Sexto*. En no haber dado por demostrado, estándolo, que en razón del contrato, el trabajador debió percibir, por concepto de sueldos netos, por el año de mil novecientos setenta y uno (1971), la cantidad de ciento noventa y tres mil doscientos sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 193.266.67). Pero que, por razón de la retención de los impuestos en cuantía de treinta y seis mil setecientos veintiún pesos ($ 36.721.00) moneda corriente, el salario neto del actor durante los doce (12) meses del año de mil novecientos setenta y uno (1971), fue la cantidad de trece mil cuarenta y cinco pesos ($ 13.045.00) mensuales.

"*Séptimo*. En no haber dado por demostrado, estándolo, que al trabajador durante el año de mil novecientos setenta y uno (1971), no recibió sueldos mensuales netos de catorce mil pesos ($ 14.000) ni de diez y ocho mil pesos ($ 18.000) mensuales, en el segundo semestre del mismo año.

"*Octavo*. En no haber dado por demostrado, estándolo, que la demandada debe al trabajador demandante, el valor de los sueldos insolutos y la indemnización moratoria".

Las pruebas respecto de las cuales se cometieron los errores dichos son las siguientes:

"La prueba erróneamente apreciada fue la demanda principal, en cuanto contiene confesión (folios 2 a 13 del cuaderno número 1 del expediente).

"Las pruebas no apreciadas, fueron:

"a) El documento que en idioma inglés y en traducción oficial al castellano, suscrito por el gerente general regional de la compañía, señor N. E. Marshall, corre a folios 95 y 96 del cuaderno número 1 del expediente;

"b) El documento de folio 49 del cuaderno número 1 relativo al valor de los impuestos de renta retenidos en la fuente, sobre la base de los sueldos correspondientes al año de mil novecientos setenta y uno (1971);

"c) Documento de folio 50 del cuaderno número 1, relativo a los ingresos salariales del trabajador, por el año de mil novecientos setenta y uno (1971);

"d) Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa demandada, visible a folios 80 a 90 del cuaderno número 1;

"e) Testimonios de los señores Luis E. Arévalo Mora y Manuel Rencoret, de folios 102 a 104 y de 107 a 115, respectivamente.

"Se indican pruebas testimoniales como no apreciadas, por cuanto éstos tienen directa relación con la prueba documental que corre a folios 95 y 96 del cuaderno número 1, señalada como no apreciada y cuyo entendimiento y valoración, está supeditado al conocimiento y apreciación de los testimonios señalados como no apreciados. Por tales circunstancias, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, en casos como el presente, la prueba testimonial es materia de estudio en casación, cuandoquiera que por su olvido se deje de apreciar, como en el caso presente, la señalada prueba documental de folios 95 y 96 del cuaderno número 1 del expediente".

Para demostrar el cargo, sostiene, en primer término, que el *ad quem* apreció equivocadamente la demanda, porque la súplica sobre pago de salarios insolutos y la correspondiente indemnización moratoria, no se hizo "por cuanto la empresa hubiese retenido en la fuente el valor de los impuestos originados en el ingreso salarial, sino en cuanto, a que, sin la debida devolución de los mismos al trabajador, ésta no recibió los sueldos mensuales de catorce mil pesos ($ 14.000.00) netos, es decir, libres de impuestos sobre la renta que, como se afirmó en los hechos II a XI de la demanda, era el pacto salarial convenido por las partes".

Y por lo que hace a este pacto, como el *ad quem* en la sentencia acusada afirma que "el demandante no probó que hubiera pactado con la demandada un salario libre de retención o un salario con retención y mayor del que realmente devengó", procede a analizar las pruebas que indica como dejadas de apreciar, a fin de mostrar error de hecho manifiesto a ese respecto.

La Sala analizará puntualmente cada una de esas probanzas de acuerdo con el extenso escrito del recurrente.

El opositor replica con un pormenorizado alegato en el que sostiene enfáticamente que "es absolutamente inexacto que existiera el supuesto

compromiso de pagarle (al actor) un salario libre de impuestos''. Y agrega: ''Sin entrar a analizar la validez legal de una cláusula semejante, y consecuentemente su estabilidad institucional, precisa observarse que el acervo probatorio por ninguna parte reconoce esa situación que vino a invocar el ex-trabajador tiempo después de haber solicitado la terminación del vínculo jurídico''. Y aduce como pruebas de su negación, el contrato de trabajo suscrito entre las partes, las mismas declaraciones de testigos invocados por el impugnante, el memorando de folio 95 y su traducción de folio 96, del que sostiene, que ''sin cuestionar la calidad del señor Marshall o de las atribuciones que tenía para comprometer a la Singer, debe observarse que ese documento en ninguna parte manifiesta que el compromiso entre el trabajador y la empleadora lo fue sobre la base de un salario neto'', y hace al respecto varias consideraciones para establecer este aserto.

Para resolver, la Sala considera:

Es preciso, ante todo, advertir lo siguiente:

La jurisprudencia de la Sala, contenida en la sentencia de casación de 6 de octubre de 1972 (Luis Alberto Ramírez Quijano contra Industria Electro Sonora, S. A., Sonolux), no expresa, según afirma el censor, que cuando se han dejado de apreciar un documento y declaraciones relacionadas con él, pueda entrarse directamente a examinar éstas, junto con el documento, pues ello sería quebrantar el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que restringió el error de hecho en casación laboral y la estimación equivocada o a la falta de apreciación de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular. La interpretación que efectuó la Sala de dicho precepto es la de que, hallado yerro manifiesto en una de esas tres pruebas calificadas, es factible analizar las no calificadas por la ley como aptas para el recurso. En consecuencia, solo podrán estudiarse los testimonios invocados tanto por el recurrente como por el opositor, si surge error ostensible de los documentos señalados como dejados de estimar.

En segundo lugar, como el recurrente, según puede verse de lo que se transcribió del cargo, sostiene que la demanda inicial del proceso fue mal apreciada por el *ad quem* por cuanto entró a ''estudiar y dilucidar el fenómeno de la retención de los impuestos en la fuente desde el ángulo de la protección al salario y de la prohibición del patrono en materia de retención salarial'', cuando ''en la petición como en los hechos que la sustentaron... se planteó el problema de la retención en la fuente, no como acto prohibido al patrono... sino en cuanto a que, por razón de la retención de los impuestos sobre el ingreso salarial, sin que éstos le hubiesen sido reconocidos o devueltos al trabajador, éste, no percibió como se afirmó en la demanda, que era el pacto salarial, la cantidad de $ 14.000.00, libres de impuestos'', lo que corresponde analizar a la Sala es si en verdad ese pacto salarial está probado y al no haberlo hallado así el sentenciador constituye yerro con carácter de manifiesto.

A efectuar este análisis entra la Sala:

''...los documentos de folios 49 y 50 y el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa (respuesta a la 6ª pregunta del interrogatorio), tampoco fueron apreciados por el *ad quem* en la sentencia recurrida. En efecto, los documentos de folios 49 y 50 del cuaderno número 1, demuestran el valor de los sueldos que el trabajador debía recibir por el año de mil novecientos setenta y uno (1971) (folio 50), o sea, la cantidad de ciento noventa y tres mil doscientos sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 193.266.67) moneda corriente. Con el documento de folio 49 se establece el valor de la retención en la fuente, que descontado del ingreso y dividido por los doce (12) meses del año, establecen que el trabajador, durante el año de mil novecientos setenta y uno (1971), no recibió el sueldo de catorce mil pesos ($ 14.000.00) libres de impuestos. La prueba documental de folio 49, es ratificada en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la empresa, al absolver la pregunta 6ª del interrogatorio que corre a folio 84 del expediente''.

El tenor de esos documentos y la respuesta a la pregunta 6ª del interrogatorio absuelto por la demandada, es el siguiente:

Los documentos.

''Singer Sewing Machine Company. Bogotá, D. E., número 3. Colombia. Calle 13 número 68-C-78, conmutador número 603077, cables Singer. Apartado aéreo 11046. NIT. 60.005.212. Bogotá, enero 29 de 1972. Con destino a la Administración de Hacienda Nacional certificamos: Que durante el año de 1971, según Decreto 2385 de 1970, se dedujo y retuvo del salario del señor Christian Acevedo López, con cédula de ciudadanía número 4970239 de Santa Marta, la suma de treinta y seis mil setecientos veintiún pesos ($ 36.271), los cuales fueron consignados oportunamente en la Administración de Impuestos Nacionales. División Administrativa. Administración de Salarios (firmado), *Luis E. Arévalo M.*, Jefe Departamento''.

"Doctor Christian Acevedo L., Director Administrativo. Administración de Salarios. Informe devengado, febrero 15 de 1972. Nos permitimos informarle que durante el año de 1971 esta compañía pagó a usted la suma de doscientos diez mil doscientos cincuenta y cinco pesos con diez y seis centavos ($ 210.255.16) moneda legal, que se discrimina así:

"Sueldos ....$	193.266.67
"Prima de servicios	16.988.49
"Total ....$	210.255.16

"Así mismo se le descontó, con destino al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la suma de dos mil ciento ochenta y ocho pesos con setenta y un centavos ($ 2.188.71) moneda corriente. Atentamente (firmado), *Luis E. Arévalo M.*, Jefe Departamento".

La respuesta al interrogatorio.

"*A la sexta pregunta que dice.* Diga el interrogado a sabiendas de la responsabilidad de carácter penal que con el juramento ha contraído, sí o no, y yo lo afirmo que la empresa pagó a título de salarios al doctor Christian Acevedo, durante los seis primeros meses del año de 1971, la cantidad de $ 14.000.00 mensuales y que sobre dichas sumas hizo la correspondiente retención en la fuente?

"Contestó. Sí, es verdad, que durante los primeros seis meses del año de 1971 la empresa pagó al doctor Christian Acevedo López, como remuneración pactada la suma de $ 14.000.00 mensuales de los cuales fueron deducidos para retención en la fuente del impuesto a la renta, las sumas correspondientes a los valores sobre tributación y que en el 29 de enero de 1972 se emitió un certificado destinado a la Administración de Hacienda Nacional que certifica que la suma de $ 36.721.00 fueron consignados en la Administración de Impuestos Nacionales, en concepto de retención en la fuente por el año completo de 1971. Leída la aprobó".

Salta a la vista que aquellos instrumentos y esta respuesta establecen de modo fehaciente el monto de los sueldos pagados al actor y el de la respectiva retención en la fuente por impuestos; pero no establecen el pacto de que el sueldo debería cubrírsele libre de ellos o reembolsándole su importe.

Queda entonces por examinar el memorando de folio 96, traducción oficial del que en idioma inglés se halla al 95. Reza en esta forma:

"Singer. Memorandum. Bogotá, Colombia. Al señor Christian Acevedo L., Director de Relaciones Públicas e Industriales. Del señor N. E. Marshall —Gerente Regional General.— 1º de julio de 1971. Asunto: Aumento de sueldo. Me es grato informarle que su sueldo de Director de Relaciones Públicas e Industriales será aumentado a $ 18.000.00 mensuales, con efectividad a partir del 1º de julio de 1971. Se toma esta medida, porque tengo entendido que usted se comprometió a vincularse a la compañía por un sueldo de $ 14.000.00 netos de impuestos sobre la renta, pero usted está recibiendo corrientemente $ 14.000.00 brutos. De usted, atento y seguro servidor (firmado), firma ilegible (N. E. Marshall). Copia al carbón al señor H. Edelman, N. Y.".

En verdad este documento contiene la afirmación hecha por el señor Marshall de que "tengo entendido que usted se comprometió a vincularse a la compañía por un sueldo de $ 14.000.00 netos de impuestos sobre la renta, pero usted está recibiendo corrientemente 14.000 pesos brutos". Sin embargo, este pasaje es conclusión o consecuencia del que lo antecede inmediatamente y que a la letra asienta:

"*Asunto: Aumento de sueldo.* Me es grato informarle *que su sueldo... será aumentado a 18.000 pesos mensuales* con efectividad al 1º de julio de 1971" (subraya la Sala). Lo que viene en seguida es el motivo de este aumento: "*Se toma esta medida* (subraya la Sala), porque tengo entendido que usted se comprometió a vincularse a la compañía por un sueldo de 14.000 pesos netos, pero usted está recibiendo 14.000 pesos brutos". Luego, lo que el referido documento ostenta es que se acrecentó la remuneración a la citada suma, en vista de que está recibiendo 14.000 pesos brutos, en vez de netos.

Y que fue esta la intención del mencionado memorando, lo reconoce el propio demandante en el suyo confidencial, que obra al folio 45, dirigido el 25 de enero de 1972 al "señor P. Andrade Marín, Gerente General", en el que le dice lo que se copia:

"Al tratar este asunto (el sueldo libre de impuestos) en junio del año pasado con el señor N. E. Marshall, *yo le propuse que la compañía mé restituyera la diferencia,* pero él me dijo que como yo trabajo en mi país de origen, *tal restitución no era posible,* que más bien se estudiaría la cantidad de dinero que yo debería recibir mensualmente para que una vez deducido el impuesto total me quedara libre el total ofrecido" (subrayados de la Sala).

Nótese, pues, de qué manera el señor Marshall no aceptó la propuesta del demandante de que la

compañía le restituyera la diferencia entre el sueldo bruto y el recibido efectivamente por el descuento del impuesto.

De la no aceptación de tal propuesta, surgió el memorando de 1º de julio sobre aumento del sueldo, según lo reconoce el mismo actor en lo siguiente, escrito a renglón seguido del pasaje antes copiado: "Simultáneamente me envió una carta suya, cuya fotocopia adjunto, elevando mi salario a $ 18.000.00, suma que él creyó en ese momento cubriría el total de mis impuestos. Pero como ocurre que en Colombia a mayor salario el porcentaje de impuestos es más alto, en cifras reales no resultó de acuerdo a lo calculado por el señor Marshall".

Resulta entonces que lo expresado en el multirreferido documento del señor Marshall fue un aumento de salario a $ 18.000.00 para que le quedara al actor un sueldo neto de $ 14.000.00. En él no consta de ninguna manera la estipulación de que recibiría este nuevo sueldo libre de impuestos, cuyo importe debería reintegrársele, como se pretende en el cargo.

Ahora bien. Si "en cifras reales" según lo manifiesta el demandante en el memorando confidencial copiado, no resultó tal aumento bien calculado para que disfrutara de $ 14.000.00 netos, a él le correspondía probar las cantidades efectivamente cubiertas por impuestos, a fin de establecer el eventual menor valor neto recibido de dicho sueldo, con la liquidación oficial correspondiente, pues el comprobante de folio 49, que invoca, solo demuestra, como se indicó, el monto de lo retenido en la fuente, que es solo un anticipo sobre el cálculo aproximado de lo que deberá pagarse por impuestos y que está sujeto a reajustes en más o en menos al efectuarse la liquidación definitiva.

La falta de la mencionada prueba impide a la Sala saber si el actor percibió o no los $ 14.000 netos y, por ende, si el *ad quem* incurrió en error manifiesto de hecho al respecto.

No prospera, por lo tanto, el cargo y obviamente, tampoco la petición sobre indemnización moratoria, consecuencia obligada de su prosperidad.

El segundo está planteado de esta manera:

"Acuso la sentencia recurrida de ser indirectamente violatoria de los artículos 55, 57, ordinal 9º; 59, ordinal 1º; 65, 149 y 150 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida a causa de errores de hecho manifiestos en los autos, y originados en la errónea apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras. Además, se violaron como infracción de medio los artículos 187, 194, 195, 252, 277 del C. de Procedimiento Civil y el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral. Tales violaciones condujeron al honorable Tribunal Superior de Bogotá a absolver a la demandada al pago de las prestaciones sociales indebidamente deducidas y retenidas de la correspondiente liquidación y, de la sanción moratoria, según se precisará en el desarrollo del cargo.

"Los ostensibles errores de hecho, consistieron:

"*Primero.* En dar por establecido, sin estarlo, que el trabajador hubiera autorizado a la empresa para que, del valor de las prestaciones sociales que debían liquidársele y pagarle, le descontaron valores correspondientes a la acción en el Club San Andrés Golf, por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda corriente y la partida de ocho mil pesos ($ 8.000.00) como anticipo de la liquidación de prestaciones sociales.

"*Segundo.* En dar por establecido, sin estarlo, que el actor hubiera recibido a cuenta de sus prestaciones sociales, la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente.

"*Tercero.* En no dar por establecido, estándolo, que el actor solo autorizó el descuento de la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) moneda corriente, de sus prestaciones sociales, para la cancelación del precio de un automóvil marca Dodge Coronet, placas número D-38770, negociado entre las partes.

"*Cuarto.* En no dar por establecido, estándolo, que la empresa, sin mediar autorización escrita del trabajador, descontó del valor de sus prestaciones sociales, la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) moneda corriente, y que, por lo consiguiente le adeuda esa suma y la correspondiente indemnización moratoria.

"*Quinto.* En no dar por establecida, estándola, la mala fe patronal.

"Las pruebas erróneamente apreciadas fueron:

"a) Documento de folio 69 del cuaderno número 1 del expediente, copia al carbón de la liquidación de prestaciones sociales;

"b) Documento de folio 70 del cuaderno número 1 del expediente, referente a un comprobante de gastos, suscrito por un tercero;

"c) Documento de folio 72 del cuaderno número 1 del expediente, suscrito por el representante de la demandada, Patricio Andrade Marín, con el cual pretendió 'certificar' hechos materia del pleito;

"d) Documento de folio 71 del cuaderno número 1 del expediente, relativo al comprobante

de pago de la suma que le fue liquidada al trabajador, como saldo de las prestaciones sociales;

"e) Documento de folio 73 del cuaderno número 1 del expediente, referente al contrato de compraventa de un vehículo, celebrado entre las partes y en el cual el doctor Acevedo autorizó a la empresa para que, de sus prestaciones sociales le fuera descontada la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) moneda corriente, con destino al pago del precio del vehículo, materia de la venta.

"Las pruebas no apreciadas, fueron:

"a) Documento de folio 79 del cuaderno número 1 del expediente, suscrito por el Secretario del Club San Andrés Golf, por el cual, a solicitud del señor Juez Décimo del Circuito Laboral de Bogotá, le informó que el doctor Acevedo López tiene el carácter de socio de dicho Club, desde el trece de junio de mil novecientos setenta y dos (1972);

"b) Interrogatorio de parte, absuelto por el señor Patricio Andrade Marín, representante legal de la demandada, visible a folios 81 a 89 del cuaderno número 1 del expediente".

En la demostración del cargo y en el error tercero que imputa a la sentencia el recurrente, admite que el descuento de $ 60.000.00, 'destinados a la cancelación del valor del automóvil Dodge Coronet', fue autorizado por el trabajador, 'no en la misma liquidación de prestaciones sociales, sino en el documento independiente que milita a folio 73 del informativo', por lo cual este aspecto no es dable considerarlo, aun cuando el sentenciador se hubiese equivocado en la prueba de la cual dedujo tal autorización, pues el resultado es el mismo.

Por lo consiguiente, el estudio del cargo se concretará a los otros descuentos: el de $ 10.000, correspondientes a una acción del Club San Andrés y el de $ 8.000.00, imputados a cuenta de prestaciones sociales, según lo afirma el impugnante en el segundo error atribuido al fallo acusado.

Sobre estos dos puntos sostiene el censor:

"En cuanto a la solicitud de condena al pago del valor de las prestaciones sociales del actor, descontadas por la empresa para aplicarlas al valor de la acción en el Club San Andrés Golf, por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda corriente, y la partida de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente, descontados como anticipo a buena cuenta de la liquidación de prestaciones sociales, sin mediar la autorización escrita con anterioridad y expresa del trabajador; el *ad quem*, en la sentencia recurrida, llegó a la convicción de la legalidad de los descuentos operados por la empresa, sobre la liquidación de las prestaciones sociales del trabajador, por existir, en su concepto, la debida autorización. En efecto, para el *ad quem* la prueba de la autorización del trabajador, para los descuentos de sumas correspondientes a las prestaciones sociales, es el documento de folio 69 del cuaderno número 1 del expediente, o sea, la liquidación de prestaciones sociales corroborada, en su sentir, por los documentos de folios 70, 71, 72 y 73 del cuaderno número 1 del expediente.

"Con la firma del trabajador en la liquidación de prestaciones sociales, éste declara haber recibido de la empresa demandada, el cheque número 1205567 del Banco Cafetero, Casa Principal, por la cantidad de diez mil quinientos noventa y tres pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 10.593.45) moneda corriente, por prestaciones sociales. Por consiguiente, el honorable Tribunal Superior de Bogotá incurrió en ostensible y grave error al apreciar y valorar como prueba de autorización de descuento de prestaciones, emanada del trabajador, la liquidación de prestaciones sociales por él firmada. Error que lo condujo al quebrantamiento del ordinal 1º del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que la autorización de descuento debe ser anterior, por escrito y exacta para cada caso, calidades que no ostenta ciertamente el documento de folio 69 del cuaderno número 1 (liquidación de prestaciones sociales).

"....

"La valoración que el *ad quem* en la sentencia recurrida le concede al documento de folio 70 del cuaderno número 1 que en su decir, corrobora la prueba de la autorización del trabajador para los descuentos aludidos, en realidad no contiene ninguna clase de autorización. Trátase, pues, de un comprobante de gastos por la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente, que no fue suscrito por el trabajador que, proviene de un tercero sin que tenga, por consiguiente, el carácter de documento auténtico. Por la apreciación de ese documento, como prueba de autorización para el descuento de prestaciones sociales por parte del trabajador, el *ad quem* quebrantó el ordinal 1º del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo y como infracción de medio los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil.

"....

"Pero es que el honorable Tribunal en la sentencia recurrida no apreció ni valoró probatoriamente el documento de folio 79 del cuaderno número 1 del expediente, mediante el cual, se probó que el doctor Acevedo López, era socio del Club

San Andrés Golf, desde el trece (13) de junio de mil novecientos setenta y dos (1972). Por consiguiente, carece de veracidad, no solo el contenido del documento de folio 72, proveniente del representante de la demandada, sino, el dicho del mismo al responder la pregunta 17 del interrogatorio de parte que absolvió bajo la gravedad del juramento y en la que expresó que el descuento de los diez mil pesos ($ 10.000.00) del valor de las prestaciones sociales del actor, se hizo a pedido del doctor Acevedo López, para comprar la acción en el mencionado Club San Andrés Golf, quien entonces y solo entonces firmó la liquidación de sus prestaciones sociales''.

El opositor, de su parte, replica lo siguiente:

''Por lo demás, es absolutamente inexacto que la compañía, sin mediar autorización del trabajador, descontó del valor de las prestaciones sociales $ 18.000.00 para adjudicarlos a diferentes conceptos (escrito de casación, folio 8). Lo absolutamente evidente, tal como se expresó en la contestación a la demanda, fue que el ingeniero Acevedo solicitó encarecidamente que se le cediera una acción en el Club San Andrés, por un valor inferior al real, deducible de la cantidad mencionada en la forma F-6006-R. La empresa no le había 'regalado' ese título como afirma el libelo. ¿Cómo se explica que al presentársele al ingeniero Acevedo el comprobante de pago que aparece al folio 25, no hubiese protestado por el abuso de cobrársele algo que se le había donado?

''Los otros $ 8.000.00, que según el actor abusivamente le fueron deducidos de su liquidación prestacional, tienen un origen muy especial como lo manifiesto en el escrito de argumentaciones (folio 123 del cuaderno número uno) así: 'Por la época en que terminó el vínculo (el señor Acevedo), se encontraba recluido en una clínica de la ciudad, sin recursos económicos ni disponibilidades. Su señora esposa se hizo presente a la empresa, suplicando que se le avanzara alguna cantidad de dinero de la debida al señor Christian Acevedo, para atender a los gastos más apremiantes del hogar. Como es natural y apenas humano, sin reserva ni malicia alguna, la empresa accedió a la petición formulada por la esposa de su ex-trabajador y procedió a entregarle una cantidad de dinero 'equivalente a $ 8.000.00 como consta en el comprobante incorporado al proceso' (folio 70 del cuaderno número uno). Jamás nada ha dicho el ex-trabajador ingeniero Acevedo de ese pago, como se esperaba de quien obra de buena fe, diferente a considerarlo como indebidamente hecho e ilegalmente retenido.

''Hoy cabe preguntarse si la firma estampada sin reserva alguna al comprobante que forma el folio 69 no constituye una expresa autorización escrita de deducir las sumas allí consignadas. En efecto, sin manifestación de inconformidad, el ex trabajador admitió que se le dedujera del valor total detallado en ese comprobante el valor de una acción en el Club San Andrés, el precio de un automotor y, finalmente, un anticipo ¿No es esa conducta indicativa de aceptación?

''Pero, como lo he manifestado en reiteradas oportunidades, aun admitiendo en gracia de discusión que la empresa, sin mediar autorización alguna, dedujo ciertos valores, nada, absolutamente nada se lo impedía ni norma alguna se lo prohibía, pues simultáneamente, con la liquidación precisa de sus acreencias laborales, incuestionablemente efectuada, le incluia 'bonificación especial (...) por mera liberalidad', equivalente a la no despreciable cantidad de $ 54.000.00. ¿Qué le impedía a Singer concederle esa bonificación y luego deducirla para pagarse una acción y un avance? No hay razón jurídica valedera para considerar que las deducciones lo fueron de las prestaciones y no de la prima o bonificación liberal''.

La Sala considera.

Sobre estos puntos expresó el fallador de segundo grado:

''Petición tercera.

''El libelista la formula así:

'' 'Que la empresa demandada debe al actor, la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) moneda corriente, por concepto de prestaciones sociales indebidamente retenidas por la empresa, sin mediar autorización escrita del trabajador'.

''Examinado el acervo probatorio a folio 69, aparece la copia al carbón autografiada y en la cual figura la firma del demandante autorizando descuentos por los siguientes conceptos: Acción Club San Andrés, $ 10.000.00; anticipo pagado en moneda corriente, presente liquidación $ 8.000.00 y automóvil Dodge Coronet, placas D-38770, $ 60.000.00. Por tanto, para la Sala esta forma de autorización escrita del trabajador es válida y tiene el mismo valor liberatorio de la que se hubiere hecho en forma separada; además, con los documentales de folios 70 a 73 se corrobora la legalidad del proceder de la demandada sobre este aspecto de las deudas del trabajador. En estas circunstancias es preciso absolver a la demandada de la petición consiguiente y confirmar la decisión también absolutoria del fallador de la primera instancia sobre este pedimento''.

Por razón de método, examinará la Sala separadamente los dos descuentos mencionados.

En la liquidación final de prestaciones sociales del trabajador folios 25 y 69, aparecen descontados $ 10.000.00 correspondientes a: "Valor acción Club San Andrés". En la demanda se afirma que dicha acción la empresa la había regalado al actor, hecho que aquélla niega y arguye que si fuera cierto, el trabajador habría manifestado su inconformidad al suscribir el documento de liquidación de prestaciones sociales en el que se le descontaba su importe, lo que no efectuó.

Y es esta falta de disentimiento con la citada liquidación, la que el Tribunal toma como autorización del descuento respectivo. Pero el artículo 59, numeral 1º, del C. S. del T. prohíbe a los patronos "deducir, retener o compensar suma alguna del monto de salarios y prestaciones en dinero que corresponda, a los trabajadores, *sin autorización previa escrita* (subraya la Sala), de éstos, para cada caso, o sin mandamiento judicial...". Por lo tanto, la autorización para deducir, retener o compensar cualquier suma de las prestaciones o salarios debidos al trabajador, debe ser *previa y por escrito* para cada caso. De aquí, que no pueda admitirse que la firma puesta sin reservas por éste en la liquidación final de su contrato de trabajo, equivalga a la mencionada autorización previa exigida por la norma transcrita. Es evidente, pues, el error de hecho en que incurrió el *ad quem* al efectuar la referida equivalente y la aplicación indebida del citado precepto.

Respecto del descuento de los $ 8.000.00 m/cte., también en la misma liquidación aparece efectuado, como "anticipo pagado a buena cuenta presente liquidación". Y tampoco consta la autorización previa escrita del trabajador para ello. El documento de folio 70 es un comprobante de contabilidad, de 3 de agosto de 1972, por "concepto de: anticipo a cuenta corriente de doctor Christian Acevedo L. (girar cheque a nombre de la señora Gloria Cuéllar de Acevedo)", el que se halla firmado por ésta. Obviamente, de este comprobante no puede desprenderse la indebida autorización escrita previa del demandante, que ni siquiera lo suscribe. La explicación de la empresa sobre la razón por la cual se entregó esa suma a la señora de aquél, puede ser cierta; pero no reemplaza tal autorización.

Y ya se vio que el finiquito dado por el actor al suscribir la liquidación final de sus prestaciones, no equivale a la facultad previa para retener o compensar, prevista en el artículo 59, 1º del estatuto laboral. Desde este punto de vista, por lo tanto, apreció, igualmente, con yerro manifiesto el sentenciador los documentos de folios 25 y 69.

Resta por examinar entonces el argumento de la empresa, según el cual, por mera liberalidad, concedió al trabajador una bonificación de $ 54.000.00 y las mencionadas deducciones han de imputarse a dicha bonificación y no a las prestaciones sociales.

En la referida liquidación, aparece el valor del auxilio de cesantía debido por $ 11.184.27, compensación de vacaciones en dinero por $ 18.000, prima de servicios por $ 6.000.00 y "bonificación especial que le concede la compañía por mera liberalidad, por $ 54.000.00". Se suman a renglón seguido estas cantidades, que arrojan un total de $ 89.184.27.

A continuación, y del total anterior, se efectúan las deducciones, una de las cuales es la de $ 60.000.00 por la venta al actor del automóvil Dodge Coronet y que, según lo acepta el propio recurrente, fue expresa y previamente autorizada por aquél. Y como las prestaciones liquidadas, excluyendo la bonificación dicha, suman $ 35.184.27, es claro, que este valor quedó absorbido por el descuento del precio del automóvil, quedando todavía parte insoluta del mismo. Luego ésta parte y las otras deducciones tienen que imputarse forzosamente a la bonificación por mera liberalidad.

En estas circunstancias, la deducción de los $ 18.000.00 de la acción del Club San Andrés y del anticipo mencionado, por no haberse deducido de las prestaciones sociales del actor, no requerían la autorización previa que el censor hecha de menos y que es el fundamento del cargo. Y aun cuando el *ad quem* haya apreciado con error ostensible el documento contentivo de la liquidación final de dichas prestaciones y aplicado indebidamente el artículo 59, 1º, del estatuto laboral, no es el caso de invalidar la sentencia, ya que al efectuar la Sala las consideraciones de instancia, por la razón inmediatamente antes consignada, hubiera llegado a la misma conclusión absolutoria.

El cargo, pues, no prospera.

El tercero se halla formulado así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser indirectamente violatoria de los artículos 55, 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo y de los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptados como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, por aplicación indebida a causa de errores de hecho manifiestos en los autos y, originados en la errónea apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras, lo cual, condujo al honorable Tribunal Superior de

Bogotá a absolver a la demandada de la súplica de la condena al pago de la indemnización por el despido indirecto del trabajador, sin mediar justa causa.

"Los errores de hecho, consistieron:

"*Primero.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que el patrono por el incumplimiento del contrato de trabajo, dio lugar a la terminación del mismo.

"*Segundo.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa adeuda al trabajador, el valor correspondiente a la indemnización por la terminación del contrato de trabajo, al no haber dado lugar para que el trabajador presentara el documento de folio 20 sobre la manifestación de dejación del cargo.

"*Tercero.* En dar por demostrado, sin estarlo, que la aceptación de la 'renuncia' del trabajador a la empresa, determinó la finalización del vínculo laboral por el mutuo consentimiento.

"Las pruebas erróneamente apreciadas, fueron:

"a) Documento de folio 20 del cuaderno número 1 del expediente, referente a la dejación del cargo, suscrita por el trabajador;

"b) Documento de folio 21 del cuaderno número 1, referente a la aceptación de la 'renuncia', por parte de la empresa.

"c) Documento de folio 24, relativo a la carta que, con destino al doctor David Puerta Zuluaga, suscribió el señor Patricio Andrade Marín, en su carácter de representante de la demandada.

"d) Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa, visible a folios 81 a 89 del cuaderno número 1 del expediente.

"Las pruebas no apreciadas fueron:

"a) Documento que en idioma inglés y su traducción oficial al castellano, corre a folios 95 y 96 del expediente.

"b) Documento de folios 18 a 19 del expediente, referente a una de las reclamaciones escritas del trabajador a la empresa, respecto, a la petición del cumplimiento de las condiciones salariales pactadas entre él y la empresa".

Realiza luego el impugnante el análisis de estas pruebas, análisis que se tendrá en cuenta al estudiar el ataque.

El opositor redarguye:

"No deja de ser profundamente ingenuo afirmar que el señor ingeniero Acevedo fue forzado u obligado a renunciar al cargo que desempeñaba en Singer. Basta detenerse momentáneamente en la carta por virtud de la cual da por terminado el contrato de trabajo, para concluir que sus términos no están concebidos por alguien 'presionado' a retirarse. El simple agradecimiento final no lo suscribe quien se ve violentado a tomar tan grave determinación (folio 20 del cuaderno número uno)".

La Sala considera:

Los documentos fundamentales sobre el punto controvertido, que son: la renuncia y su aceptación, expresan:

"Agosto 1º, 1972. Señor doctor Patricio Andrade Marín, Gerente General Singer Sewing Machine Company. E. S. D. Estimador doctor: La presente tiene por objeto informarle a usted que después de nuestro último mes de conversaciones, he llegado a la conclusión de que haré dejación del cargo de Director Administrativo que he venido ejerciendo en esta empresa, a partir de la fecha. Debo agradecer a usted la permanente colaboración que supo siempre dispensarme y el estímulo que tanto me brindó. Atentamente: (firmado), *Christian Acevedo López,* Director Administrativo".

"Singer Sewing Machine Company. Colombia, 129/72. Bogotá, D. E., agosto 1º de 1972. Señor doctor Christian Acevedo López. La ciudad. Apreciado doctor Acevedo. Acuso recibo de su carta con fecha de hoy por medio de la cual presenta usted renuncia del cargo que como Director Administrativo de la Singer Sewing Machine Company venía desempeñando hace más de un año y medio. En vista de su decisión, procedo a aceptar su renuncia a partir de la fecha expresándole al mismo tiempo mi reconocimiento personal por la continua dedicación a los intereses de esta empresa demostrada durante su asociación con la misma. Su actuación frente a la negociación de un complejo convenio laboral colectivo así como el manejo profesional de problemas inherentes al ramo de relaciones industriales son apenas ejemplos del esfuerzo aplicado por usted en las actividades de su cargo. Reiterando su decisión, solicitamos se sirva pasar por las oficinas de personal para recibir, su certificado de tiempo de servicio, orden de examen médico de retiro, y las prestaciones sociales y demás derechos que conforme a la ley le correspondan. En nombre de la empresa que dirijo le deseo continuos éxitos en sus nuevas actividades. De usted, atentamente (firmado), *P. Andrade Marín,* Gerente General".

De los documentos transcritos surge con claridad una terminación por mutuo consentimiento del contrato de trabajo que vinculaba a las partes de este proceso y así lo entendió el Tribunal; pero el recurrente sostiene en contra lo siguiente:

"Mediante el documento de folio 20, el trabajador le comunicó a la empresa que, a partir de la fecha, agosto primero (1º) de mil novecientos setenta y dos (1972), haría dejación del cargo de Director Administrativo que había venido ejerciendo en esa empresa. El aludido documento no contiene la 'renuncia' al cargo, entendiéndo por tal, la propuesta del trabajador a la empresa o patrono para la terminación del contrato de trabajo, por el mutuo consentimiento, ya que, el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, no señala la 'renuncia' entre las formas de terminación del contrato de trabajo.

"Este documento, fue apreciado por el honorable Tribunal de Bogotá en la sentencia recurrida en relación con el documento de folio 21 que, contiene la aceptación de una renuncia no presentada, como se ha visto. Por lo consiguiente, el honorable Tribunal, al apreciar el documento de folio 21, como la aceptación de la renuncia no contenida en el documento de folio 20, equivocadamente concluyó en que la terminación del contrato de trabajo hubo de producirse en consecuencia, por el mutuo consentimiento de las partes (renuncia y aceptación), con la consiguiente violación del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965".

La Sala observa que, aun cuando el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 no indique "la renuncia" entre los modos de terminación del contrato laboral, la jurisprudencia ha entendido siempre que ella, seguida de su aceptación por el patrono, constituyen el mutuo consentimiento señalado por el citado precepto como uno de los modos de dicha terminación. Y el hecho de que el trabajador, en lugar de usar el vocablo: "renuncia", hubiese empleado la locución: "haré dejación del cargo", no cambia la sustancia del acto voluntario de retirarse de la empresa. Es inaceptable por lo tanto, la aseveración del recurrente inmediatamente antes transcrita, *según la cual "el Tribunal, al apreciar el documento de folio 21, como la aceptación de la renuncia no contenida en el documento del folio 20, equivocadamente concluyó que la terminación del contrato de trabajo hubo de producirse en consecuencia, por el mutuo consentimiento de las partes (renuncia y aceptación), con la consiguiente violación del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965".*

No existió, pues, error manifiesto del sentenciador en la estimación de aquellas dos probanzas.

Y en cuanto a la tesis de que el actor fue forzado a hacer dejación de su cargo, o sea, a renunciar, arguye el impugnante:

"Frente a la convicción del *ad quem* contenida en la sentencia acusada, en cuanto expresa que nada se puede establecer como actos de la empresa demandada determinantes directa o indirectamente de la renuncia del trabajador, militan el interrogatorio de parte absuelto por el representante de la demandada donde en la respuesta a la pregunta decimatercera del cuestionario, confiesa que el doctor Acevedo, en más de una ocasión reclamó a la empresa el cumplimiento del contrato de trabajo respecto a las condiciones salariales pactadas, que tales 'apelos' siempre le fueron negados no obstante el conocimiento de que dichas condiciones salariales por estar contenidas en el documento que en idioma inglés y en traducción oficial al castellano corre a folios 95 y 96 del expediente, no apreciadas por el honorable Tribunal y que, junto con el documento de folios 18 y 19 igualmente no apreciados, demuestran que entre el trabajador y la empresa, existieron contradicciones respecto a uno de los extremos más importantes de la relación laboral, cual es, el aspecto salarial que el trabajador reclamó y la empresa negó, originándose así las bases para que el trabajador terminara como en efecto lo hizo, el contrato de trabajo".

Es cierto que entre el demandante y la compañía "existieron contradicciones respecto de uno de los extremos más importantes de la relación laboral, cual es, el aspecto salarial que el trabajador reclamó y la empresa negó"; pero también lo es, según se explicó al estudiar el primer cargo, que la solución dada al asunto en los memorandos del señor Marshall de folios 95 y 96, en que se basa el censor, fue la de aumentar el sueldo del demandante a $ 18.000.00. Y si de las discusiones al respecto no se llegó entre las partes a un acuerdo distinto, no puede deducirse de allí presiones indebidas del patrono para obligar al trabajador a terminar el contrato.

La otra prueba en la que el recurrente fundamenta la indebida presión del patrono para forzar el retiro del actor es una carta del folio 24 en que el representante de la empresa da al Gerente de Contratistas de Ingeniería Limitada malas referencias del mismo, respecto de su comportamiento moral y personal. Pero esta carta, escrita diez meses después del retiro de aquél, y que contradice la de aceptación de su renuncia, altamente elogiosa de su conducta, no es prueba

de hechos anteriores a la presentación de la misma, de los que aparezcan actuaciones capaces de obligar a un profesional a retirarse del cargo, contra su voluntad.

Lo evidente es que, de una parte, el demandante manifiesta simple y llanamente al Gerente de la Compañía que "haré dejación del cargo de Director Administrativo que he venido ejerciendo en esa empresa, a partir de la fecha", agregándole: "Debo agradecer a usted, la permanente colaboración que supo siempre dispensarme y el estímulo que tanto me brindó", y, de otra, dicho Gerente aceptó el mismo día esa renuncia y le expresa "mi reconocimiento personal por la continua dedicación a los intereses de esta empresa demostrada durante su asociación con la misma. Su actuación frente a la negociación de un complejo convenio laboral colectivo, así como el manejo profesional de problemas inherentes al ramo de relaciones industriales son apenas ejemplos del esfuerzo aplicado por usted en las actividades de su cargo".

Desvirtuar el valor probatorio de estas cartas, que muestran con claridad acuerdo de voluntades para terminar el contrato que ligaba a las partes, solo hubiera sido factible con hechos fehacientes, anteriores a las mismas, que establecieran ostensiblemente presiones de tal naturaleza que forzaran al trabajador a separarse de la empresa. Y los que el censor presenta no alcanzan esa categoría. Pero si ellos suscitaran una situación de duda, tampoco constituirían error manifiesto del fallador, ya que es sabido que cuando ésta existe, prima la autonomía que le otorga al artículo 61 del C. de P. L. para valorar las pruebas del proceso.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El último, está concebido así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser indirectamente violatoria de los artículos 186, 249 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptados como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, por aplicación indebida a causa de errores de hecho manifiestos en los autos, y, originados en la falta de apreciación de unas pruebas, lo cual, condujo al honorable Tribunal Superior de Bogotá, a la absolución de la súplica de condena al pago del reajuste del valor del auxilio de cesantía y de las vacaciones, lo mismo que a la absolución de la súplica de condena al pago de la indemnización moratoria al no habérsele cancelado al trabajador la totalidad de las prestaciones debidas a la terminación del contrato de trabajo.

"Los errores de hecho, consistieron:

"*Primero.* En dar por demostrado, sin estarlo, que la base para la liquidación de las prestaciones sociales, debía ser la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) como último sueldo del trabajador.

"*Segundo.* En no haber dado por demostrado, estándolo, que dadas las condiciones salariales pactadas, la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) mensuales no corresponde al valor del último sueldo neto, esto es, libre de impuestos.

"*Tercero.* En no haber dado por establecido, estándolo, que la base aritmética para que el trabajador hubiera podido tener como sueldo mensual la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) netos, libres de impuestos, es la cantidad de veintiún mil pesos ($ 21.000.00) mensuales.

"*Cuarto.* En no haber dado por establecido, estándolo, que la empresa no liquidó las prestaciones sociales sobre la base real de los veintiún mil pesos ($ 21.000.00) mensuales que, es el valor del sueldo pactado teniendo en cuenta que con dicha cantidad resulta neto esto es, libre de impuestos.

"*Quinto.* En no haber dado por establecido, estándolo, que la empresa adeuda al actor el reajuste del valor del auxilio de cesantía y de las vacaciones al habérsele liquidado estas prestaciones, sobre la base de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00) como valor del último sueldo del trabajador, lo mismo que la indemnización moratoria al no habérsele pagado al actor a la terminación del contrato de trabajo la totalidad de sus prestaciones sociales.

"Los documentos no apreciados, fueron:

"a) Documento de folio 18 del cuaderno número 1 del expediente, referente a la petición explicativa del trabajador a la empresa en cuanto a que, la suma de dinero que como sueldo debía corresponderle en forma neta esto es, libre de impuestos sobre la renta.

"b) La liquidación de prestaciones sociales, visible a folio 25 del cuaderno número 1 del expediente.

"c) Documento que en idioma inglés y en traducción oficial al castellano corre a folios 95 y 96 del cuaderno número 1 del expediente y,

"d) El interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa visible a folios 80 a 90 del cuaderno número 1 del expediente".

La Sala considera:

Al estudiar el primer cargo se analizaron los documentos citados en éste por el impugnador y especialmente el memorando de folios 95 y 96 del N. E. Marshall, y se llegó a la conclusión de que la solución dada por el mismo señor Marshall fue la de subirle el salario al actor a $ 18.000.00 y que ésta la base sobre la cual liquidó la empresa las prestaciones sociales del mismo.

Huelga, por tanto, volver sobre el particular, ya que el recurrente no aduce en este ataque ningún argumento nuevo. En estas circunstancias, no habiendo tenido éxito el primero, tampoco está llamado a prosperar el que ahora se considera.

En consecuencia, se desecha el cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Sin costas (artículo 375, in fine, C. de P. C.).

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

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



REQUISITO INDISPENSABLE PARA GOZAR DE UNA PRESTACION SOCIAL

Es verdad evidente que para tener derecho a recibir una prestación social establecida por el legislador en beneficio de los trabajadores se debe tener esa calidad en el momento en que empiece a regir el precepto que consagre la prestación de que se trate.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos setenta y cinco.

Referencia: Expediente número 4829.

Acta número 41.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

"Aerovías Nacionales de Colombia S. A., Avianca" fue demandada ante el Juez Cuarto Laboral de Bogotá por el señor Eduardo de las Casas Casas para reclamarle el pago de pensión especial de jubilación derivada de haber sido despedido injustamente después de diez años de servicio y a partir de la fecha en que cumplió sesenta años de edad. Ello conforme a lo previsto por la Ley 171 de 1961.

Aseveró haber trabajado en la compañía desde el 26 de agosto de 1946 hasta el 19 de septiembre de 1960, cuando se le despidió sin causa legítima y encontrándose en tratamiento médico en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Avianca aceptó que el señor de las Casas fue su empleado pero dijo no estar obligada a satisfacer la pensión que se le demanda porque los servicios de dicho señor duraron menos de los quince años que en su época tenía previstos el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, que entonces regía, para que procediera el pago de la llamada pensión sanción y porque el nuevo régimen pensional establecido por la Ley 171 de 1961 entró en vigencia mucho después de haber fenecido el contrato de trabajo que la ligaba con el actor. Propuso también las excepciones de prescripción, pago, inexistencia de la obligación, carencia de acción y de título para pedir.

El Juez, en sentencia de 25 de agosto de 1973, absolvió a la empresa demandada y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que conoció del asunto por apelación del demandante, en fallo del 16 de abril de 1974, mantuvo la decisión del Juzgado. Ambos sentenciadores encontraron que el señor de las Casas no tiene derecho a la pensión por cuanto Avianca lo despojó de su empleo el 19 de septiembre de 1960, o sea, con mucha anterioridad a la vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en que funda su aspiración a disfrutarla.

Recurrió en casación el actor para impetrar que se deje sin efecto lo dispuesto por el Tribunal y después la Corte, en función de instancia, revoque el fallo del Juez y reconozca en cambio a su favor la pensión reclamada y los aumentos pensionales previstos por leyes posteriores al año de 1970, desde el cual dice que es pagadera esa pensión. Así se lee en la demanda respectiva, que obra de folios 5 a 11 de este cuaderno y que fue replicada por Avianca, según aparece de folios 14 a 21 del mismo cuaderno.

El recurrente invoca la causal primera de casación e impugna la sentencia del Tribunal mediante tres cargos cuyo examen procede hacer ahora:

Primer cargo. Dice así: "Violó la sentencia recurrida, por interpretación errónea, los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, concordantes con los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 11 del Decreto reglamentario número 1611 de junio 19 de 1962, y en relación con el inciso primero del artículo 27 del Código Civil y con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

"*Demostración del cargo.* La norma quebrantada directamente, por interpretación errónea, es del siguiente tenor, en lo pertinente:

"Ley 171 de 1961, artículo 8º El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), después de ha-

ber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (6) (sic) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

"....

"La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios".

"En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación".

"La ley fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante Decreto número 1611 de 19 de junio de 1962, por cuyo artículo 11 se repite lo mismo dispuesto en la ley, pero agregando a la frase 'continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley', o mejor, cambiando a la frase 'a la vigencia de la presente ley', por la 'al primero de febrero de 1962', que fue la fecha de vigencia de la Ley 171 de 1961. Es decir, lo mismo pero en otros términos.

"Como fácilmente puede deducirse de la norma anterior y así lo ha expresado la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 14 de 1972, Sala Laboral, ponencia del honorable Magistrado doctor Miguel Angel García B., para que se configure el derecho pensional limitado, son necesarios los siguientes requisitos:

"a) Que el trabajador haya laborado para una empresa de capital no inferior a $ 800.000.00;

"b) Que la relación laboral entre el trabajador y la empresa de capital no inferior a $ 800.000.00, sea de más de 10 años y menos de quince;

"c) Que los más de 10 años de servicio y menos de quince en la empresa o en sus sucursales o subsidiarias, sean continuos o discontinuos, *anteriores* o *posteriores* al 1º de enero de 1962, fecha en que la ley entró a regir;

"d) Que el trabajador tenga cumplidos 60 años de edad en el momento de la relación laboral o los cumpla con posterioridad a la terminación de esa relación, y

"e) Que el trabajador sea despedido de la empresa sin justa causa.

"En el caso *sub júdice* está demostrado plenamente con medios probatorios idóneos y procedentes o conducentes o con la aceptación de la empresa demanda (sic), todos y cada uno de esos elementos fácticos que determinan el derecho pensional, pero se ha alegado por el señor apoderado de aquélla, y el argumento ha sido aceptado o compartido por el Tribunal de instancia, que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no es aplicable a mi representado, por tratarse de una relación jurídico laboral que se inició y feneció antes de su vigencia, es decir de una relación jurídica consumada o agotada.

"Ante el texto expreso y claro de la ley y de su decreto reglamentario que determina que los años de servicio, superiores a 10 e inferiores a 15, pueden ser posteriores o *anteriores* a su vigencia, es decir, al 1º de enero de 1962, considero que el Tribunal de instancia ha incurrido en una mala o errónea interpretación de la norma indicada.

"En efecto, siendo la norma suficientemente clara en el sentido de que los años de servicio, superiores a 10 e inferiores a 15, pueden ser posteriores o anteriores al 1º de enero de 1962, y no siendo dable a las partes y mucho menos al juzgador entrar en consideraciones o silogismos jurídicos para llegar a una conclusión, como se hace en la sentencia impugnada, pues es bien conocido el principio general de derecho de que 'donde la ley no distingue no es dado al intérprete distinguir', expresamente consagrado en el artículo 27 del Código Civil cuando dice: 'Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu', no se ve clara la razón para que el honorable Tribunal de Bogotá acuda a otras normas como el artículo 16 del C. S. del T. para consultar su espíritu, es decir, para determinar su campo de aplicación.

"Las palabras de la ley —dice el artículo 28 del C.— se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. En tales condiciones, si las palabras empleadas por el legislador en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, según su sentido natural y obvio, y el uso general de las mismas, no pueden interpretarse en el sentido de que se tendrán como valederos los más de 10 años de servicio y menos de 15, siempre y cuando en 1º de enero de 1962 subsistiera el vínculo jurídico-laboral, ya que la ley no lo dice, o mejor no establece la condición, es necesario llegar a la indubitable conclusión de que la norma indicada como violada fue mal o erróneamente interpretada, ya que se pretende hacerle decir lo que no dice, ni se puede deducir de una interpretación correcta de las palabras empleadas por ella.

"En consecuencia, por ser la norma expresa y clara, y estar vigente en su totalidad ya que no ha sido derogada ni declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia, debe interpretarse y aplicarse según su sentido natural y obvio.

"Otra cosa, es que la norma invocada como fundamento del derecho, pudiera ser considerada como inconstitucional por haberle dado el legislador carácter retroactivo, es decir, por gobernar situaciones fenecidas antes de su vigencia. Empero, mientras ella no sea declarada inexequible por la honorable Corte Suprema debe ser aplicada en su totalidad.

"Es pues, equivocado el planteamiento del Tribunal en cuanto hace relación a la interpretación de la norma que consagra el derecho reclamado y, en consecuencia, debe casarse en su totalidad la sentencia impugnada, para en su lugar, entrar a reconocer el derecho pensional de mi representado conforme a lo que aparece probado en juicio, es decir, decretar la prestación social en cuantía del 52.5% (porcentaje equivalente a 14 años de servicio) del sueldo promedio mensual del último año de servicio ($ 993.86 que resulta de estar demostrado que el trabajador devengó durante 6 meses 11 días un salario de $ 900.00 y durante 5 meses, 19 días, un sueldo de $ 1.100.00), o sea, la cantidad de $ 521.77, a partir de la fecha en que cumplió los 60 años de edad (11 de octubre de 1970), reajustada en los términos del Decreto 435 de 1971, a partir del 1º de abril de dicho año, y de la Ley 10 de 1972, a partir del 1º de enero de 1973".

Se considera:

Es verdad evidente que para tener derecho a recibir una prestación social establecida por el legislador en beneficio de los trabajadores se debe tener esa calidad en el momento en que empiece a regir el precepto que consagre la prestación de que se trate.

Si en ese entonces ya se hubiere dejado de ser trabajador, sea por causas legítimas o ilegítimas, el antiguo patrono, que había dejado de serlo por la desvinculación laboral de quien fue su servidor, no queda en el deber de pagarle a este último las nuevas prestaciones que establezca un régimen legal distinto, que entró en vigencia después de haber expirado el vínculo laboral que antaño los ligó. La ley laboral no puede tener efecto retroactivo, es decir, aplicarse a situaciones que ya quedaron definidas o consumadas dentro de la vigencia de regímenes anteriores a su imperio, según lo enseña el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es así como la Ley 171 de 1961, cuyo artículo 8º invoca el recurrente como fuente de su derecho, entró a regir el 1º de febrero de 1962, según él mismo lo reconoce. Luego el entender, como lo hizo el Tribunal ad quem, *que su régimen no era aplicable a situaciones definitivamente consumadas antes de entrar en vigencia el dicho artículo 8º no significa interpretación errónea de esa norma, sino, por el contrario un acertado entendimiento de ella conforme al principio que sienta a ese respecto el aludido artículo 16 del Código Sustantivo.*

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Segundo cargo. Se plantea así: "Violó la sentencia recurrida, por aplicación indebida, el ordinal 1º del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, con los incisos 1º, 3º y 4º del Decreto reglamentario número 1611 de junio 19 de 1962 y los artículos 27 —inciso primero— y 28 del Código Civil y artículo 45 de la Ley 57 de 1887.

"*Demostración del cargo.* Si como quedó demostrado anteriormente, los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y el 11 del Decreto reglamentario 1611 de 1962, por expreso mandato de las reglas de interpretación de la ley consagradas en los artículos 27 y 28 del Código Civil, no pueden tener una interpretación diferente a la que surge del sentido natural y obvio de las palabras que emplea el legislador, y el uso general de las mismas conforme a la gramática, o sea, que el requisito de los más de 10 años de servicio y menos de 15 a una misma empresa de patrimonio de $ 800.000.00 o más, continuos o discontinuos, *anteriores o posteriores a su vigencia el 1º de enero de 1962,* aunado al otro presupuesto o requisito de la terminación injusta del contrato de trabajo, es lo que determina el derecho pensional y ellos están plenamente establecidos en autos, no podía entrar el juzgador de instancia a aplicar el artículo 16 del C. S. del T. indebidamente, para fijar los alcances de la Ley 171 de 1961, y, como consecuencia, llegar a la conclusión de que, conforme al precitado artículo 16 del C. S. del T., a la situación fáctica del actor no se le podía aplicar la norma que precisamente regula esa situación.

"Como así se hizo por el Tribunal de instancia, a sabiendas de que la ley que regula una situación o caso especial, así pueda ser ésta contraria a otra norma de la misma categoría e incluso a la misma Constitución siempre y cuando no haya sido declarada su inconstitucionalidad, debe ser aplicada de preferencia a la norma de carácter general, es ineluctable llegar a la con-

clusión de que en la sentencia impugnada se incurrió en el típico caso de violación de la ley sustantiva por aplicación indebida de ella a un caso regulado especialmente por otra norma.

"Los honorables Magistrados bien saben, que conforme a los principios generales de interpretación consagrados en el artículo 45 de la Ley 57 de 1887, subrogatorio del artículo 10 del C. C., 'la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general' y, que, en el caso presente, la Ley 171 de 1961 y su decreto reglamentario, en esta materia de pensión sanción con más de 10 años de servicio y menos de 15, tiene ese carácter de especialidad, en relación con la consagrada en el artículo 16 del C. S. del T. que tiene carácter general.

"De manera, que si se llegare a la conclusión de que existe una incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 por hacer extensiva sus regulaciones a situaciones fenecidas con anterioridad a su vigencia y lo preceptuado por el artículo 16 del C. S. T., no quedaba otra solución que la de dar aplicación íntegra a aquella por tener el carácter de norma especial, aun cuando se encuentren las dos disposiciones en el mismo Código o formando parte de él y el legislador hubiera establecido una excepción al principio de la irretroactividad de la ley consagrado igualmente en otra ley, es decir, en normas de igual categoría a la que establece la excepción.

"Una ley, es bien sabido, podrá ser contraria a la Constitución Política del país, pero nunca podrá violar o quebrantar otra ley, según la escala de las normas jurídicas de que habla el profesor Hans Kelsen.

"Creo, pues, que está suficientemente demostrado el cargo de violación de la ley sustantiva por aplicación indebida de ella a un caso expresamente regulado por otra de manera diferente y, en tales condiciones debe casarse la sentencia impugnada en su totalidad, para en su lugar, hacer las declaraciones que se le impetran a esa honorable Sala como Tribunal de instancia".

La Sala considera:

El artículo 16 inciso 1º, del Código Sustantivo del Trabajo dice así: "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores".

A este principio se acomoda evidentemente lo estatuido por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, transcrito en lo esencial por la demanda en el cargo primero, porque concede la pensión especial que consagra "al trabajador que sin justa causa sea despedido", es decir, a quien no haya perdido la calidad de tal, aun por despido injusto, antes de la vigencia del dicho precepto conforme a su sentido natural y obvio.

Claro está que para quien fuere despedido sin justa causa dentro del régimen del artículo 8º, se le tiene en cuenta, para saber si tiene o no derecho a la pensión que éste consagra, los servicios prestados a la empresa antes o después de su vigencia. Pero de todos modos el despido ha de ocurrir después de dicha vigencia para que pueda tener aplicación en un caso concreto el aludido artículo que, entre otras cosas, habla de quien "sea despedido" y no de quien "hubiera sido despedido" o "haya sido despedido", expresión que literalmente indica un propósito evidente del legislador de que el nuevo precepto rija hacia el futuro y no hacia el pasado, como hubiera podido entenderse si hubiese empleado cualquiera de las dos últimas formas verbales que, a modo de ejemplo hipotético, acaban de mencionarse.

No se configuran pues los quebrantos de ley sustantiva que menciona el cargo y, por ende, éste no puede prosperar.

Tercer cargo. Reza así: "Violó la sentencia recurrida directamente, por contravención de su texto expreso, los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, concordantes con los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 11 del Decreto reglamentario número 1611 de junio 19 de 1962, en relación con los artículos 27 —inciso primero— y 28 del Código Civil, y el artículo 45 de la Ley 57 de 1887.

"Demostración del cargo. Ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia que 'la hermenéutica legal no permite al juez establecer limitaciones a un principio que la ley formula de un modo general, comprensivo de todos los objetos de un mismo orden', y que, 'cualquiera limitación de parte del Juez es arbitraria'.

"Pues bien: en el caso presente el Tribunal de instancia al invocar el artículo 16 del C. S. del T., para determinar si el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 era o no aplicable a la situación fáctica de mi representado y llegar a la conclusión de que no lo era en razón de que, si bien las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones

definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, incurrió en violación directa del precitado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por contravención de su texto expreso.

"En efecto: hemos repetido en varias ocasiones en el curso de esta demanda que ante lo expreso, claro y terminante de la ley de establecer que hay el derecho pensional restringido cuando el tiempo de servicio a la empresa de capital superior a $ 800.000.00, es de más de diez años y de menos de 15, continuos o discontinuos, *anteriores o posteriores a la vigencia de ella,* es decir, anteriores o posteriores al 1º de enero de 1962, y la terminación de la relación jurídico-laboral se produce sin que medie justa causa, no le quedaba otra alternativa al juzgador de instancia que aplicarla en su integridad, sin acudir a otras normas o a principios generales de derecho laboral consagrados en otras disposiciones para fijar el alcance de la ley, porque esto le está vedado por mandato legal de los artículos 27 y 28 del Código Civil que terminantemente preceptúan que 'cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu', debiendo en consecuencia, en este evento entender las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.

"Empero: aceptando en gracia de discusión que existe antinomia entre lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y lo consagrado en el artículo 16 del C. S. del T., tampoco podía el juez de instancia desechar la aplicación de aquélla al caso concreto sometido a su consideración, para darle aplicación o cabida al precitado artículo 16 del C. S. del T., porque, igualmente, ello le estaba vedado por mandato expreso del artículo 45 de la Ley 57 de 1887 que establece las fórmulas legales para solucionar los casos de incompatibilidad entre las normas constitucionales y las legales o entre éstas: Si en los Códigos se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, concordante con el otro principio de interpretación por vía de doctrina establecido en el artículo 1º de la ley 153 de 1887, que establece que cuando ocurra oposición entre la ley anterior y la ley posterior, la ley posterior prevalece sobre la anterior (artículo 2º, ib.).

"Ello, porque como lo he dicho, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 es disposición no solo posterior al Código Sustantivo del Trabajo, aun cuando lo adiciona, modifica o reforma, sino que es norma de carácter especial en materia de pensiones restringidas o sanciones, en relación con el artículo 16 del citado Código que es un principio general de derecho, es decir, norma de carácter general.

"Repito que podría aceptarse en gracia de discusión que el legislador al redactar la Ley 171 de 1961 en los términos en que lo hizo, es decir, al ordenar tener en cuenta para los efectos legales previstos en ella, los servicios anteriores a su vigencia en su totalidad o en forma parcial, ya que la ley no distingue, le dio a la norma carácter retroactivo y que, con ello, se quebrantó otra ley que establece la irretroactividad de la misma, e incluso, la misma Constitución Nacional. Empero, como también lo he dicho, una ley debe ser cumplida mientras no sea declarada inexequible por el más alto Tribunal de Justicia del país a quien se le ha confiado la guarda de la Constitución.

"De manera que el juez de instancia debió de aplicar en su integridad y en toda su extensión el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y no hace (sic) caso omiso de sus ordenamientos por razón de lo dispuesto en el artículo 16 del C. S. del T., para en consecuencia negar el derecho reclamado por el actor.

"Como lo hizo, incurrió en el típico caso de violación directa de la ley sustantiva por contravención de su texto expreso y debe casarse en su totalidad la sentencia impugnada, para en su lugar, como Tribunal de instancia, proceder la honorable Sala Laboral de la Corte a hacer los pronunciamientos solicitados en este libelo".

Se considera:

Como los planteamientos de este cargo son simple repetición de lo expuesto en los cargos anteriores, basta lo dicho al examinarlos para encontrar que tampoco el presente está llamado a la prosperidad, máxime aún si ahora se observa también que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ni por su texto ni por su espíritu, da a entender en forma alguna la intención del legislador de darle el efecto retroactivo que le atribuye hipotéticamente el recurrente.

Al no prosperar ninguno de los cargos formulados, según queda visto, es forzoso condenar en costas al recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, 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. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte por providencia de 31 de octubre de 1975, procede a resolver el recurso extraordinario de homologación que tanto la Flota Mercante Grancolombiana, S. A., como la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar", interpusieron contra el laudo arbitral de fecha 13 de junio de 1975, proferido por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que estudiara y definiera el diferendo laboral colectivo existente entre las partes mencionadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 50.

(Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez Suárez).

Se procede a resolver con la presente providencia, el recurso extraordinario de homologación que tanto la Flota Mercante Grancolombiana S. A. como la Unión de Marinos Mercantes de Colombia, "UNIMAR", interpusieron contra el laudo arbitral de fecha 13 de junio de 1975, proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución número 00312 de febrero 13 de 1975 para que estudiara y definiera el diferendo laboral colectivo existente entre las partes mencionadas.

Antecedentes.

La empresa mediante comunicaciones de junio 25 en Bogotá y junio 27 en la Inspección de Trabajo de Buenaventura denunció varias cláusulas de los laudos arbitrales de 1971 y 1973 y puntos del pacto suscrito en New York el 13 de agosto de 1965, las cuales se relacionan con los literales a) hasta k) (folios 5 y vuelto, cuaderno 1).

La Unión de Marinos hizo entrega en Buenaventura a la Flota Mercante Grancolombiana, por intermedio del Inspector de Trabajo el 1º de julio de 1975 del pliego de peticiones contenido en 38 puntos, previamente aprobado por la Asamblea General de Delegatarios el 15 de febrero del año en cita en la misma ciudad; en el pliego se consignaron las pretensiones para modificar y mejorar las condiciones de trabajo, que habían sido señaladas en el laudo arbitral proferido el 28 de marzo de 1973. (Folios 1 a 2, 5 a 11, cuaderno 1).

La etapa de arreglo directo se desarrolló en el despacho del Viceministro de Trabajo entre el 12 de noviembre de 1974 y el 13 de enero de 1975, sin que los negociadores y asesores de las partes hubiesen logrado definir ni resolver ningún punto de los contenidos en el pliego de peticiones de los trabajadores y en la denuncia de la empresa.

La segunda etapa legal de conciliación, en la cual intervinieron en representación de la empresa el Capitán Juan A. Morales y por la Unión de Marinos el doctor Jorge Enrique Sánchez, tuvo cumplimiento entre el 17 y el 19 de enero de 1975 con resultados negativos, al no haber logrado disponer ninguna fórmula conciliatoria, como así lo comunicaron los conciliadores conjuntamente a las partes en fecha 30 de enero de 1975 (folios 173 a 175, cuaderno 1).

Ya que no se lograra acuerdo parcial ni totalmente en las etapas de arreglo directo y de conciliación, respecto de las pretensiones contenidas en el pliego de peticiones del sindicato como en la denuncia de la empresa, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la resolución referida al comienzo, convocó un Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, el cual debidamente posesionado, integrado e instalado, por medio del laudo arbitral de junio 13 de 1975 resolvió:

"Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado e integrado por medio de las Resoluciones números 00312 de febrero 13 de 1975, 00435 de marzo 3 de 1975 y 00576 de marzo 17 de 1975, emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, administrando justicia a nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley,

"*Falla*

"*Primero.* Con retroactividad al tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), la Flota Mercante Grancolombiana S. A. procederá a reajustar los salarios de todos los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración, en la siguiente forma:

"a) El salario básico mensual en un veinticinco por ciento (25%);

"b) Las sobre-remuneraciones fijas mensuales de los Capitanes, Jefes Ingenieros, Contadores y Enfermeros, con un veinticinco por ciento (25%);

"c) El valor de los trabajos especiales y de ayuda operacional, de cargue y descargue y movilización de mercaderías con la Pluma Mayor Stulken, las operaciones de aseo y limpieza de los tanques de transporte de carga líquida estipulados en el laudo arbitral de mil novecientos setenta y uno (1971), serán también aumentados en un veinticinco por ciento (25%).

"*Segundo.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. aumentará el valor de los viáticos y el del auxilio para las comisiones sindicales, así:

"a) Los que se causen en Colombia, en un quince por ciento (15%) en moneda nacional;

"b) Los causados en el exterior, en un diez por ciento (10%), en dólares.

"*Tercero.* La remuneración de los días domingos y festivos laborados a bordo de las unidades marítimas de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y de las que estén bajo su administración, será pagada a los trabajadores con un ciento por ciento (100%) de recargo sobre el valor de un día ordinario de trabajo, computando también para el efecto el valor doble de la partida de alimentación que recibe el trabajador. Lo anterior será sin perjuicio del descanso compensatorio remunerado por cada día dominical o festivo laborados, de los cuales disfrutará el trabajador a continuación de las vacaciones.

"*Cuarto.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. pagará a cada uno de los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración, una prima especial de vacaciones equivalente a quince (15) días de salarios ordinarios, que será liquidada y pagada al empezar a disfrutar de tal prestación. El período total de vacaciones que actualmente rige, deberá ser integrado tanto por los días que corresponde legalmente por concepto de vacaciones, como por los días compensatorios de los dominicales y festivos laborados a bordo, de acuerdo con lo establecido en el punto tercero (3º) de este fallo.

"*Quinto.* Las vacaciones y descansos a que se refiere el punto anterior, serán concedidas por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha en que el trabajador las hubiere solicitado por conducto del Capitán, salvo en los casos de calamidad familiar, debidamente comprobada, en cuyo evento la empresa concederá las vacaciones y descansos al arribo del buque al respectivo puerto colombiano.

"*Sexto.* Para la liquidación de las prestaciones sociales y de cualquier otro factor que constituya salario y que implique retribución de servicios, la empresa computará el valor de la alimentación que se le suministra al trabajador, aplicando para cada caso las normas pertinentes del C. S. T.

"*Séptimo.* Con el objeto de que los radio-operadores mantengan actualizados sus conocimientos, la Flota Mercante Grancolombiana S. A., establecerá y costeará cursos especiales de capacitación técnica. Lo mismo deberá hacer con respecto a los enfermeros.

"*Octavo.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. destinará la suma de tres millones de pesos ($ 3.000.000.00) durante el año de mil novecientos setenta y cinco (1975), y de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00) en el año de mil novecientos setenta y seis (1976), para el Fondo de Préstamos del Plan de Vivienda, con el objeto de hacer préstamos a los trabajadores destinados a la adquisición, construcción, reparación, ampliación y liberación de la vivienda, o del lote para construcción de la misma, con un interés del seis por ciento (6%) anual.

"Así mismo aumentará la cuantía de los préstamos en la siguiente proporción:

"a) Los préstamos de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) serán aumentados a ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00);

"b) Los préstamos de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) serán aumentados a ciento sesenta mil pesos ($ 160.000,00);

"c) Los préstamos de noventa mil pesos ($ 90.000.00) serán aumentados a ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00);

"d) Los préstamos de cien mil pesos ($ 100.000.00) serán aumentados a doscientos mil pesos ($ 200.000.00).

"La empresa suministrará a la Unión de Marinos Mercantes de Colombia, 'UNIMAR' una lista o relación mensual del movimiento del Fondo de Préstamos, con el objeto de mantener a los trabajadores debidamente informados sobre el estado financiero del Fondo.

"*Noveno.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. reconocerá a los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración las siguientes indemnizaciones:

"a) Cuando se configura una gran invalidez. al tenor de la regla segunda (2ª) literal 'd' del artículo 204 del C. S. T. la indemnización será de sesenta (60) meses de salario;

"b) Cuando se configure una incapacidad permanente total, conforme lo establece el artículo 204 del C. S. T. regla segunda (2ª) literal 'c', la indemnización será de treinta y seis (36) meses de salario.

"*Décimo.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. pagará a sus trabajadores la cantidad de seiscientos pesos ($ 600.00) en caso de enfermedad del padre, la madre, de la esposa o compañera permanente, debidamente registrada o de cualesquiera de los hijos que dependan de aquél, la cual deberá ser debidamente comprobada por el médico de la empresa. La misma suma reconocerá la empresa a los trabajadores en caso de muerte de cualquiera de dichos familiares.

"A más de los gastos de entierro del trabajador, la empresa quedará obligada a pagar el costo del traslado del féretro al lugar del domicilio del trabajador así como el valor del terreno para su inhumación.

"*Decimoprimero.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. auxiliará con la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) a los trabajadores de sus unidades marítimas, o de las que estén bajo su administración por cada uno de sus hijos que cursen estudios primarios y secundarios. La suma indicada será cubierta así: El cincuenta por ciento (50%) mediante la presentación de la respectiva constancia de matrícula, y el cincuenta por ciento (50%) restante mediante la comprobación de que el alumno ha aprobado el curso correspondiente.

"*Décimosegundo.* La Flota Mercante Grancolombiana S. A. suministrará pasajes, sin costo alguno a bordo de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración, a los trabajadores que en uso de vacaciones o de licencia, viajaren al exterior. En tal caso el trabajador no tendrá derecho a percibir en dinero la partida de alimentación, por recibirla en especie.

"*Decimotercero.* Los pasajes para los familiares de los trabajadores, establecidos en los laudos arbitrales de mil novecientos setenta y uno (1971) y mil novecientos setenta y tres (1973), serán suministrados semestralmente por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. sin más requisito que el tener dos (2) años de antigüedad en el trabajo.

"Para los tripulantes de segunda (2ª) y tercera (3ª) categorías no se requerirá evaluación alguna por parte de la empresa. En lo demás, queda vigente la cláusula trigesimatercera (33) del laudo arbitral de mil novecientos setenta y uno (1971).

"*Decimocuarto.* El escalafón que rige actualmente en la Flota Mercante Grancolombiana S. A. quedará modificado así:

"a) El artículo sexto (6º) se adiciona con el siguiente literal: 'g) Normas convencionales vigentes entre la empresa y 'Unimar'. La línea de ascenso de los suboficiales rasos de que trata el aparte c) del artículo 43 será: Grumete, marinero, marinero timonel, carpintero y contramaestre'. Por consiguiente, queda derogado el parágrafo del artículo 43 de dicho escalafón;

"b) El artículo 51 de dicho escalafón quedará así: 'transcurridos dos (2) meses de haberse efectuado el ascenso interino, el tripulante quedará definitivamente ascendido al cargo superior que estuviere desempeñando, con el solo requisito de poseer la licencia o permiso correspondiente de la Dirección General Marítima y Portuaria'.

"En esta forma se deroga el artículo 83 del escalafón.

"*Decimoquinto.* Si como consecuencia de abordaje, colición, naufragio, encallamiento, inundación total o parcial del buque, o cualquiera otro accidente, la Flota Mercante Grancolombiana S. A. diere por terminados los contratos de trabajo, del personal al servicio de la unidad accidentada, el tripulante recibirá, además de los salarios y prestaciones correspondientes, una indemnización equivalente al valor de un (1) mes de salario.

"En caso de que los tripulantes de una nave perdieren sus pertenencias o sufrieren algún daño por los mismos motivos arriba relacionados, la empresa les pagará como indemnización las siguientes sumas: A los Capitanes y Oficiales,

un mil dólares (US$ 1.000.00); y a los demás tripulantes quinientos dólares (US$ 500.00).

"*Decimosexto.* Niéganse los demás puntos del pliego de peticiones.

"*Decimoséptimo.* El presente laudo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir del día tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), en lo referente al cumplimiento del punto primero (1º) de este fallo, sobre 'reajuste de salarios'. Las demás cláusulas tendrán efecto a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

"*Decimoctavo.* Quedan vigentes todas aquellas normas contenidas en convenciones, fallos arbitrales, pactos, actas y acuerdos cuyas disposiciones y ordenamientos no se opongan a lo establecido en este laudo.

"*Notifíquese, cúmplase y envíese el original del presente fallo junto con el expediente respectivo al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para su custodia y archivo*".

El árbitro designado por la empresa, doctor Germán Escobar Ballestas, hizo salvamento de voto el 16 de junio de 1975 frente a los puntos 2º y 38 del pliego de peticiones presentado por el sindicato, concernientes al aumento de salarios y a la vigencia del laudo (folios 1627 a 1628, cuaderno 4).

Como una y otra de las partes solicitare aclaración del laudo arbitral cuya resolutiva se ha transcrito, el Tribunal la resolvió en junio 20 y 24 de 1975 respectivamente según el contenido que se transcribe:

"*Primero.* Aclárase la parte resolutiva del laudo arbitral proferido por el Tribunal con fecha 13 de junio del corriente año, en la siguiente forma:

"a) La frase utilizada por el Tribunal en los puntos 1º, 3º, 9º, 11 y 12 del fallo, según la cual tales disposiciones son aplicables no solo a los trabajadores de sus unidades marítimas, sino a aquellos que laboren en barcos 'que estén bajo su administración', deberá entenderse —en cuanto hace relación a esta última— en el sentido de que ella se refiere a aquellos barcos que no son de propiedad de la empresa y que ésta tome en arrendamiento o que reciba en administración mediante el sistema denominado de 'casco desnudo' a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

"b) El vocablo 'pertenencias', empleado por el Tribunal en el punto decimoquinto (15) del laudo deberá entenderse como equivalente a 'efectos personales del tripulante'.

"c) La frase incluida en el punto decimoquinto (15) del laudo 'o sufrieren algún daño' deberá entenderse en el sentido de que la palabra 'daño' se refiere al que pudieren sufrir las pertenencias (o efectos personales) del tripulante y no al trabajador mismo.

"d) La retroactividad en materia de salarios ordenada por el Tribunal en el punto primero (1º) del laudo y confirmada en el punto decimoséptimo (17), será aplicable a todos los trabajadores tripulantes de los barcos de la Flota que hubieren laborado parcial o íntegramente, durante el período a que se refiere dicha retroactividad.

"e) La intervención del médico de la empresa, a fin de comprobar las enfermedades a que se refiere el punto décimo (10) del laudo deberá ser en forma gratuita para los trabajadores.

"*Segundo.* Adiciónase el punto segundo (2º) del laudo proferido por este Tribunal con fecha 13 de junio del presente año, en el sentido de que el aumento allí ordenado no solo se refiere al valor de los viáticos y al del auxilio para comisiones sindicales, sino que comprende también el suplemento al auxilio por enfermedad.

"*Tercero.* Concédese el recurso de homologación propuesto por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia.

"Cópiese, notifíquese y cúmplase".

Notificado el laudo arbitral en su oportunidad, las partes interpusieron recurso de homologación que les fue concedido en fecha 26 de junio de 1975 para ante esta Sala de la Corte y enviado el expediente por el Tribunal al Ministerio de Trabajo, lo remitió con oficio número 021931 de agosto 4 de 1975, recibido al día siguiente, correspondiendo a esta Sección de la Sala de Casación Laboral, por reparto de agosto 13 del año en curso.

El recurso de la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

El apoderado de la empresa reconocido en auto de septiembre 24 de 1975 por la Sala, formuló el alegato sustentatorio del recurso en escrito de folios 8 a 26, cuaderno 5 en cuyo Capítulo I relacionó los hechos y antecedentes del conflicto, analizó la competencia que corresponde a la Sala Laboral de la Corte por las actividades de la Flota Mercante, dedicada a las operaciones del transporte que la caracteriza de servicio público, conforme al Decreto 753, 1º de 1956, y presentó el alcance del recurso así:

"1º Que, de conformidad con el inciso 2º del artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, en armonía con los artículos 37 de la Constitución Nacional, 478 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 del Decreto 616 de 1954, es el caso de devolver el expediente a los árbitros, por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el objeto de que se pronuncien sobre todas y cada una de las cláusulas de los laudos arbitrales de 1971 y 1973 y del pacto colectivo suscrito en New York del 13 de agosto de 1965, que oportunamente y con los requisitos legales denunció la Flota Mercante Grancolombiana S. A. por considerarlas gravosas para la economía de la empresa e inequitativas o inconvenientes en orden a la agilidad necesaria en el manejo del personal de mar, y

"2º Que son inexequibles los artículos de la parte resolutiva del laudo recurrido, que adelante señalaré por cuanto los árbitros excedieron el límite que a sus poderes impone la parte final del artículo 458 del C. S. T.". (Folio 14, cuaderno 5).

CAPÍTULO I

Cargo único. La denuncia de la empresa.

En desarrollo de la impugnación, para sustentar el presente cargo, se registra que la empresa denunció las disposiciones de los laudos arbitrales de 1971 y 1973 y de pacto colectivo firmado en New York el 13 de agosto de 1965, las que dejó reseñadas el recurrente en los hechos y antecedentes de alegato que se analiza y en el cual se refiere al oficio número 116196 del 26 de junio de 1975 dirigido a la Unión de Marinos Mercantes de Colombia, para concretar las peticiones relacionadas de los literales a) hasta k) y frente a ellas la pertinente evaluación en miras a la supresión, aclaración o abolición de su contenido. Se invocaron como fundamentos legales de aquella denuncia, los artículos 37 de la Constitución Nacional, 478 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 del Decreto 616 de 1954 (folios 9 a 12 y 15, cuaderno 5).

Del laudo arbitral se copian los siguientes párráfos de la parte motiva:

"Se desprende de las actas de arreglo directo que las partes discutieron si había o no lugar a que se estudiara la denuncia del laudo arbitral de veintiocho (28) de marzo de mil novecientos setenta y tres (1973), producida por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. en algunas de sus cláusulas.

"El Tribunal deliberó sobre el mismo aspecto y consideró que por el principio de equidad que debe prevalecer en las decisiones de los árbitros deberían considerarse las cláusulas denunciadas por la empresa. Por lo tanto, así lo decidió, teniendo como base la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, especialmente la proferida en el recurso de homologación del 27 de marzo de 1969 (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Almacenes Generales de Depósitos de Café S. A. y estas empresas)". (Folios 1578 a 1579, cuaderno 4).

Observa el recurrente que en el Capítulo III del laudo en cita, el Tribunal se refiere en términos generales a la denuncia en mención y transcribe del laudo el aparte relativo a que la Flota Grancolombiana no probó los perjuicios económicos que sufriera con las cláusulas denunciadas, ni sobre las graves repercusiones que pudiera recibir en el futuro. Que solo exceptuó la cláusula 31 del laudo arbitral de 1971, "Préstamos para vivienda", al pronunciarse sobre la rata de interés anual de tales préstamos; que, en cambio, en el Capítulo II, estudia el petitum del sindicato cláusula por cláusula, transcribiéndolas, comentándolas y decidiendo sobre ellas, siendo obvio que las mismas se hubieran cumplido con lo denunciado por la empresa, conforme al criterio en que se informó, de la sentencia de la Sala Laboral de la Corte en el recurso de homologación que arriba se citó.

Transcribe en su texto los pasajes 8 y 9 de la sentencia de homologación de la Sala Laboral de la Corte (27 de marzo de 1969). Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y Almacenes Generales de Depósitos de Café S. A. y estas empresas atinentes a la procedibilidad de la denuncia patronal de las convenciones, con la argumentación de los efectos que se generaron sobre el tema antes y después de la vigencia del Decreto 616 de 1954 que, en su artículo 14 modificó el artículo 479 del C. S. T.

Por último, a más de la doctrina transcrita invoca los mandatos de los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, para recabar la obligación en que estaba el Tribunal Arbitral, de analizar las cláusulas denunciadas por la empresa conforme lo hizo con lo pedido por el sindicato, subrayando sobre el oneroso régimen de salarios y prestaciones establecido especialmente en los laudos arbitrales de 1971 y 1973 por lo cual, no satisfaciendo el contenido del numeral 18 de la parte resolutiva que enmarca la vigencia de todas las normas convencionales, arbitrales, de pacto, actas y acuerdos, no contrarias al pre-

sente laudo, manifiesta que se impone "la devolución del expediente a los árbitros", para los fines previstos de este único cargo, que se examina (folios 15 a 18, cuaderno 5).

Réplica de "UNIMAR" al recurso de la empresa. La denuncia.

En primer lugar el apoderado de Unión de Marinos replica el cargo único sobre denuncia de la empresa, de la cual ha de sustraerse a las consideraciones por su presentación "oportuna" y "con el lleno de los requisitos legales"; advierte que el Tribunal Arbitral estudió la denuncia presentada y que dedicó capítulo independiente a las peticiones; que además es evidente que el laudo acoge varios puntos de los contenidos en la denuncia mencionada.

Observa el opositor que en el acta número 7 (folio 817 cuaderno 2), consta que los árbitros, en virtud del principio de equidad y con criterio amplio, "simple", acordaron hacer el estudio de los puntos del "contrapliego".

Que en el acta número 5, se dejó la manifestación por el Secretario General y tercer Gerente, de mantener la propuesta que la empresa hizo durante la etapa de arreglo directo por conducto del Viceministro (folio 626 idem. cuaderno 2); que en el acta número 9 se acogieron puntos denunciados por la empresa y de la fórmula por ella presentada sobre "mecánicos, torneros y soldadores" y de la época de vacaciones, pudiendo decirse lo mismo del acta número 8, punto 8º, sobre "trabajos especiales y de ayuda operacional" (folio 861, cuaderno 2).

Del acta número 10, continúa el opositor, que se estudiaron los puntos 16 y 17 de la denuncia de la empresa (folio 864 cuaderno 2); en el acta número 11 el punto 19 sobre seguridad industrial y la cláusula 25 del laudo arbitral de 1973 (folios 5 vuelto 321 cuaderno 1 y 1454 cuaderno 3). Que en el acta número 12 el Tribunal acogió la posición de la empresa sobre prima de antigüedad (folio 875, cuaderno 2); en la número 13, la fórmula que presentó en relación con el punto 24 del pliego de peticiones; en la número 16 que acogió la propuesta en lo relativo a la petición contenida en el punto 29 del pliego de peticiones.

Por último del acta número 21 del 26 de mayo de 1975, transcribe que: "En seguida el Tribunal hizo un estudio de las disposiciones denunciadas por la empresa, de los puntos 28, 31, 35, 36, 37, 38 y 40 del laudo arbitral del 30 de julio de 1971 puntos 10, 12, 25, 27, 30 y 31 del laudo arbitral de 28 de mayo de 1973 y del pacto colectivo suscrito en New York el día 13 de agosto de 1965 entre la empresa y el sindicato Unimar. Hecho el anterior estudio, el Tribunal no vio razones suficientes y justificadas para abolir las cláusulas que se hayan acordado en pactos colectivos, convenciones o laudos arbitrales (folios 49 a 51 cuaderno 5 y cuaderno 4, folios 1568, infrac).

Luego de las anteriores apreciaciones el impugnante reitera que sí fue considerado y estudiado por el Tribunal el "pliego petitorio" de la empresa y que de él se acogieron en el laudo varios puntos, como lo dejó reseñado; que por ello, "el cargo no puede prosperar porque los árbitros sujetaron su conducta a los principios legales y de equidad que ordena el procedimiento". Agrega por último que la empresa no se allanó al cumplimiento de las disposiciones legales sobre denuncia y presentación de pliego, según las constancias que del Ministerio de Trabajo acompañan; que el pliego de los puntos denunciados por la misma empresa no le ha sido entregado a la organización sindical, y que con todo "los árbitros, por equidad, estudiaron la denuncia como quedó visto".

Se considera:

Como se desprende del punto 1º que del alegato del apoderado de la empresa se dejó transcrito, la solicitud frente a la denuncia de la empresa es para que se devuelva el expediente a los árbitros y con fundamento legal en el inciso 2º del artículo 143 del Código de Procedimiento del Trabajo.

Con especial atención la Sala ha revisado los 5 cuadernos que integran el expediente comparando las determinaciones que hubiesen tomado los árbitros frente a cada una de las cláusulas que la empresa denunció, encontrando que en muchas de las actas en que se recogen las deliberaciones del Tribunal de Arbitramento aparecen referencias al estudio que aplicó sobre lo denunciado por la Flota Mercante Grancolombiana en el presente conflicto y que muy concretamente en el acta número 21, el Tribunal precisó su estudio a las disposiciones denunciadas y que son las mismas que aparecen en la comunicación del 26 de junio de 1974, dirigida a Unimar por conducto de la Inspección de Trabajo de Buenaventura y las que con igual texto enumeró el recurrente en el escrito que se ha venido analizando por todo lo cual concluyó el Tribunal que "no vio razones suficientes y justificadas para abolir las cláusulas que se hayan acordado en pactos colectivos, convenciones o en laudos arbitrales". (Cuaderno 4, folio 1568).

Como consecuencia del estudio que el Tribunal de Arbitramento aplicó en varias deliberaciones, a las disposiciones denunciadas por la

empresa, en la parte motiva del laudo arbitral incluyó el Capítulo III con el rubro "Denuncia presentada por la Flota Mercante Grancolombiana S. A.", en cuyo texto considerativo se refiere primero al objeto de las convenciones colectivas de trabajo en punto al equilibrio que con ellas se busca entre el trabajador y el empleador, por su debilidad económica para buscar colocarlo en pie de equidad, al menos en las condiciones de trabajo; que por otra parte la denuncia del empleador busca liberar de las cargas que en un momento dado pueden atentar contra la estabilidad de la empresa, pero que en ningún caso "la denuncia pueda ser hecha con el solo objeto de abolir aquellas cláusulas normativas, o de carácter económico, cuya evidente injusticia no se haya demostrado suficientemente o acerca de las cuales no aparezca demostrado que por su excesiva carga puedan llevar a la quiebra o la desaparición de la empresa que las pactó".

Concrete esta parte considerativa en examen, que "no hubo prueba alguna sobre los perjuicios de carácter económico que estuviera sufriendo la Flota Mercante Grancolombiana S. A. por razón de tales cláusulas ni tampoco acerca de las graves repercusiones que se pudieren presentar en el futuro... La sola excepción consiste en la cláusula trigesimaprimera (31) del laudo arbitral de mil novecientos setenta y uno (1971), 'Préstamos para vivienda', en lo que se refiere a la rata del interés del cinco por ciento (5%) anual para préstamos de vivienda que se modificó en los términos expresados por la misma empresa en la fórmula que presentó el señor Viceministro de Trabajo y Seguridad Social. Se proponía allí un interés del seis por ciento (6%) anual para los préstamos de vivienda, cosa que fue aceptada por el Tribunal... En consecuencia previo un detenido estudio de tales puntos, y teniendo en cuenta los antecedentes y apreciaciones que se han hecho, no accede el Tribunal a las pretensiones contenidas en la denuncia de la Flota Mercante Grancolombiana S. A.". (Folios 1619 y 1620, cuaderno 4).

Con fundamento en lo anterior el Tribunal de Arbitramento concretó en el punto decimoctavo del fallo arbitral la siguiente decisión: "Quedan vigentes todas aquellas normas contenidas en convenciones, fallos arbitrales, pactos, actas y acuerdos, cuyas disposiciones y ordenamientos no se opongan a lo establecido en este laudo".

En consecuencia y ante la realidad fáctica que se adecúa, con el contenido de los documentos y actas del expediente y verificado como fue el estudio por el Tribunal de Arbitramento, de las disposiciones denunciadas por la empresa, no procede devolver el expediente, así lo declarará la Sala.

Regularidad del laudo arbitral y la competencia de la Corte para su revisión.

En la relación que al principio se cumplió como historia del presente conflicto colectivo, se dejó establecido que fueron observadas las etapas de arreglo directo y de conciliación —previa la presentación del pliego de peticiones de la Unión de Marinos Mercantes "UNIMAR", con sus ritualidades propias, para denunciar el laudo arbitral vigente, de marzo 28 de 1973 y la denuncia de la empresa de las disposiciones ya enumeradas, etapas en las cuales no se decidió ninguna de las peticiones de las partes y por ello, en tratándose de ser el patrono una empresa de servicio público, por medio de la Resolución número 00312 de 13 de febrero de 1975, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal especial de Arbitramento obligatorio para que "estudiara y decidiera" el conflicto, el cual debidamente integrado, dentro del término legal de su funcionamiento con ampliaciones autorizadas por las partes, profirió el laudo arbitral de junio 13 de 1975 que recurrido por la empresa y por "UNIMAR", es materia de revisión por esta Sala de la Corte.

"I) Acerca del recurso de homologación tiene definido la jurisprudencia laboral, desde sus primeras expresiones, que se concreta a los aspectos jurídicos del laudo objeto del mismo, pues los de orden económico corresponden exclusivamente a los árbitros, en sus decisiones de equidad. Sin embargo, algún desarrollo posterior asumió el examen económico del pronunciamiento arbitral, aunque solamente en caso de inequidad manifiesta. La variante se ha mantenido en el criterio de la Sala, seguramente porque, reservada para el supuesto indicado, de violación manifiesta de la equidad, ella implica también un juicio jurídico, del ámbito que en todo tiempo se ha señalado como propio del control de este recurso extraordinario". (Sentencia de homologación en el conflicto: Fundación Shaio y su sindicato, noviembre 12 de 1974. Sin publicar en la *Gaceta Judicial).*

La inexequibilidad del laudo. Introducción.

El punto 2º en que la empresa demanda la inexequibilidad, los artículos de la parte resolutiva del fallo arbitral están señalados en el Capítulo II, con base en cinco cargos para sustentar esta impugnación y un final comentario a la *"fórmula de arreglo global propuesta por la comisión negociadora de la empresa".* (Folios 151 a 178, cuaderno 1 y 626, cuaderno 2); concluye

el escrito con relación de *documentos anexos,* como un cuadro de factores a las implicaciones del costo de las peticiones acogidas en el laudo arbitral y numerosas certificaciones de los 12 Juzgados Laborales de Bogotá, sobre procesos que cursan en tales despachos por reclamaciones de los trabajadores al "pago del valor de la alimentación en días domingos, festivos y horas extras" y copias fotostáticas de las respectivas demandas y respuestas dadas por la empresa (folios 18 a 26, cuaderno 5).

Contra la anterior acusación "UNIMAR", en escrito independiente, replica uno a uno los cargos y respecto de ellos pide desestimar el pertinente recurso (folios 49 a 74, cuaderno 5).

Igualmente el apoderado de la Unión de Marinos previa historia de los antecedentes del conflicto observa que transcurrieron 12 meses, sin culpa de los trabajadores para la solución del conflicto y propone: "...separadamente... los reparos contra el laudo especificando en cada uno el alcance de la impugnación para una más clara exposición". Enumera *cuatro cargos* contra los artículos de la parte resolutiva del laudo arbitral, comparando su texto con el contenido de los puntos del pliego de peticiones, para concluir en el objeto de su inconformidad.

CAPÍTULO II

Primer cargo. Reajuste de salarios.

Transcribe el recurrente de la empresa el artículo primero de lo resuelto en el laudo arbitral en los literales a), b) y c) con el cual se decidió el punto 2º del pliego del sindicato y manifiesta que el "reajuste de salarios", con incidencia en las prestaciones sociales, implica para la empresa un mayor costo y compara los guarismos en dólares y en pesos colombianos en el primero y en el segundo año.

Cita el salvamento de voto del árbitro de la empresa y señala que el Tribunal al imponer tan onerosa carga económica, "no tuvo en cuenta la fase negativa del último balance ni otros aspectos que destacó el árbitro disidente, como que '...los salarios de los marinos son invertidos en su mayor parte en nuestro país..., y solo una mínima parte... en el exterior' ".

En los siguientes argumentos se concreta el cargo, frente a la "retroactividad" del reajuste:

"Pero independientemente de este aspecto económico, ocurre que en la disposición que se examina, el laudo arbitral, expedido el 13 de junio de 1975, impone el aumento de salarios 'con retroactividad al tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974)', contrariando abiertamente la jurisprudencia acogida por esa Sala en la sentencia de homologación del 12 de noviembre de 1974, que decidió el conflicto colectivo de trabajo surgido entre la Fundación Shaio y su sindicato de trabajadores. En dicha sentencia se dijo:

" '...al disponer el Tribunal de Arbitramento, en cinco (5) de junio de 1974, que los aumentos de salarios rigieran a partir del primero (1º) de enero del dicho año dieron retroactividad a su sentencia arbitral, lo cual contraría el carácter futuro de esta clase de regulaciones, conforme al artículo 467 en relación con los ordenamientos 461/1 y 16 del C. S. T., viola además el artículo 479/2 de la misma obra, sobre continuidad de la vigencia de la convención anterior que gobernó la celebrada por la Fundación con su sindicato en 1972 y conforme a la cual debieron cubrirse los salarios en 1974 anteriores al laudo recurrido, pagos que hoy no pueden ser objeto de modificación como situaciones consumadas que son, con sujeción, además, a ordenamiento de ley' ".

Agrega el acusador de la empresa que como en el presente caso, "...se dio retroactividad a la sentencia arbitral, retroactividad que abarca el lapso comprendido entre el 3 de julio de 1974 y el 13 de junio de 1975, durante el cual, en materia de salarios, se prolongó según la doctrina citada, la vigencia del laudo anterior, o sea el de fecha 28 de marzo de 1973", con fundamento en lo transcrito de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, pide el recurrente "que se declare inexequible la disposición acusada en cuanto al efecto retroactivo que ella ordena y que, en su lugar, se disponga que el reajuste de salarios solo regirá desde el 13 de junio de 1975 y hasta el día en que se celebre entre las partes una convención colectiva o se profiera nuevo laudo" (folios 19 y 20, cuaderno 5).

Segundo cargo. Vigencia del laudo.

Aduce el acusador que con el "numeral 17 (sic) decimoséptimo" de la parte resolutiva del laudo, se decidió el punto 38 del pliego de peticiones del sindicato y le transcribe.

A continuación y por identidad en las razones con el cargo primero afirma que "...resulta inexequible este numeral en cuanto ordena dar cumplimiento al punto 1º (sic) de la parte resolutiva del mismo, sobre reajuste de salarios, con retroactividad al 3 de julio de 1974..." (folio 20, cuaderno 5).

Réplica de la Unión de Marinos.

Por la misma identidad que en la impugnación de la empresa revisten los dos cargos examinados sobre "reajuste de salarios" y "vigencia del laudo", según el propio criterio de su apoderado y que realmente resultan de su contenido en efectos concomitantes, la Sala de igual manera procede a relacionar simultáneamente la réplica a esos mismos cargos por parte del apoderado de la Unión de Marinos Mercantes, "UNIMAR".

Luego de entender que la empresa no "... ataca la decisión sobre aumento sino simplemente la llamada 'retroactividad', se detiene en una serie de consideraciones sobre esta institución y sus implicaciones en el Derecho del Trabajo, ubicándola como concepción que corresponde a un hecho jurídico complejo, que surgida del derecho patrimonial privado, 'se ha modificado en vista de relaciones sociales nuevas tanto en el campo laboral como en el penal...' ". (Folios 52 a 68, cuaderno 5).

Con variada cita de doctrinantes extranjeros sobre el tema, expresa que en Colombia se tienen muchos ejemplos de aplicación inmediata de la ley a situaciones jurídicas anteriores y así como la que fija indemnizaciones por despido injusto, que corresponden al trabajador, la que regula las pensiones de jubilación, la que sobre este mismo derecho determina el tiempo servido con anterioridad o con posterioridad a su vigencia; las leyes que han decretado aumento de salarios para el Poder Judicial, para los maestros y para los empleados públicos en general, previendo la retroactividad a la promulgación de la ley o del decreto de igual categoría, según el caso.

Prosigue el opositor que: "La jurisprudencia colombiana también ha aceptado la retrospectividad de la ley". Luego examina la teoría al respecto entre "retroactividad" y "retrospectividad". Cita apartes de la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como de la posterior de esta Sala, en cuanto a que en materia de prestaciones o cargos sociales la ley puede disponer, "sin ser retroactiva", que se tenga en cuenta el tiempo de servicio anterior a su vigencia. Invoca los apartes que el propio laudo en revisión transcribe de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (folios 56 a 58, cuaderno 1 y 1612 a 1614, cuaderno 4) en la homologación entre la Flota Mercante Grancolombiana y sindicato de sus empleados de tierra ANEGRAN, de 12 de marzo de 1973, en la cual tuvo recibo la vigencia de las normas convencionales existentes desde el vencimiento del término de la convención anterior, por lo cual la correspondiente a la transcripción en "el laudo de que aquí se trata, desde el 8 de julio de 1972 está bien determinada".

Por último reproduce todo el texto del salvamento de voto de la Sección Segunda de esta Sala, igualmente acogido por el Tribunal de Arbitramento en el diferendo laboral de la Clínica Shaio y su sindicato, al producirse una variante en la jurisprudencia respecto de la "retroactividad" de los laudos arbitrales, de fecha noviembre 12 de 1974 en lo relativo al "aumento de salarios" y a la "vigencia" del laudo acusado. (Folios 58 a 62, cuaderno 5 y 1614 a 1618, cuaderno 4).

Concluye esta réplica el opositor: "el cargo formulado por la empresa no puede prosperar", además de que frente a la costumbre como fuente de derecho: "...entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y sus trabajadores del mar, representados por 'UNIMAR', se ha acostumbrado a reconocer los salarios, desde la expiración de la convención anterior. Así que los árbitros al hacer este reconocimiento, no solamente lo hicieron con fundamento en la equidad, como tantas veces se ha dicho, sino respetando la costumbre consagrada en los laudos y convenciones que han regulado a través de décadas las relaciones obrero patronales".

La siguiente réplica de UNIMAR al segundo cargo de la empresa por la "vigencia del laudo", debido a la identidad que se dejó prevista, la compendia así:

"Busca este cargo, lo mismo que el anterior, conseguir que el aumento salarial no se reconozca desde la expiración de la anterior convención y no da razones distintas de las presentadas para sustentar el anterior.

Debe, por idénticas consideraciones desecharse el cargo y mantener la decisión arbitral" (folio 68, cuaderno 5).

Prosigue la réplica de la organización sindical con el rubro sobre *"Situación financiera de la empresa"*, para considerar que el libelo de ataque al laudo "sé refiere ligeramente a la situación económica de la empresa, con lo cual se limita a repetir el contenido del salvamento de voto y transcribe la parte glosada y afirma: 'No se sabe cuáles son los factores negativos...'; adiciona a sus críticas la falta de demostración en las afirmaciones del árbitro disidente. Como aspecto importante transcribe del informe del Gerente General de la empresa, analiza el total del activo en diciembre 31 de 1973, el efectivo en Caja y Bancos, en los años de 1971 y 1973, las cuentas por cobrar en el último año citado a corto plazo lo cual fue suministrado por los representantes de la empresa al Tribunal de Arbi-

tramento, y que por ello, 'el Tribunal concluyó con criterio de equidad, que la situación financiera de la empresa está en condiciones económicas óptimas, con magnífica posibilidad de desarrollo en el futuro... Lo cual los trabajadores registran con complacencia patriótica ya que contribuyen con su esfuerzo al ensanchamiento de la empresa...' ''. (Folios 68 a 70, cuaderno 5).

Se considera:

El punto segundo del pliego de peticiones ''Reajuste de salarios'', presentado por ''UNIMAR'' es del siguiente tenor:

''A partir del primero (1º) de julio de 1974, 'la empresa' procederá a reajustar los salarios de todos 'los trabajadores' de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración, en la siguiente forma:

''a) El salario básico mensual, en un cincuenta por ciento (50%).

''b) Las sobrerremuneraciones fijas mensuales de los Capitanes, Jefes Ingenieros, Contadores y Enfermeros en un ciento por ciento (100%).

''*Parágrafo.* El valor de los trabajos especiales y de ayuda operacional, de cargue y descargue o movilización de mercaderías con la Pluma Mayor 'Stulken', las operaciones de aseo y limpieza de los tanques de transporte de carga líquida estipuladas en el laudo arbitral de 1971, serán reajustados en la misma proporción en que fueron incrementados los salarios por el laudo arbitral de 1973, más la cuantía del aumento salarial establecido en la presente convención. Con el mismo valor, serán también remunerados los demás trabajos especiales y de ayuda operacional que se acordare en este estatuto''.

Para resolver este punto petitorio en el laudo arbitral se dispuso en el artículo primero:

''Con retroactividad al tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), la Flota Mercante Grancolombiana S. A. procederá a reajustar los salarios de todos los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración, en la siguiente forma:

''a) El salario básico mensual en un veinticinco por ciento (25%).

''b) Las sobre-remuneraciones fijas mensuales de los Capitanes, Jefes Ingenieros, Contadores y Enfermeros, con un veinticinco por ciento (25%).

''c) El valor de los trabajos especiales y de ayuda operacional, de cargue y descargue y movilización de mercanderías con la Pluma Mayor Stulken, las operaciones de aseo y limpieza de los tanques de transporte de carga líquida estipulada en el laudo arbitral de mil novecientos sententa y uno (1971), serán también aumentados en un veinticinco por ciento (25%)''.

El punto trigesimoctavo ''Vigencia de la convención'' del pliego de peticiones de ''UNIMAR'' dice:

''La vigencia de la presente convención será de dos (2) años contados a partir del tres (3) de julio de 1974, fecha inmediatamente posterior al vencimiento del término legal del laudo arbitral proferido el 28 de marzo de 1973, y homologado por la honorable Corte Suprema de Justicia el 16 de agosto del mismo año.

''*Parágrafo.* Continuarán vigentes todas las disposiciones contenidas en las convenciones colectivas, laudos arbitrales, pactos, actas y acuerdos firmados entre los representantes de la empresa y de 'UNIMAR' que no hubieren sido derogados por esta convención. Los que hubieren sido modificados o adicionados continuarán vigentes, obviamente con las modificaciones y adiciones que le hubieren sido introducidas por el presente estatuto. Las disposiciones que se opongan a él carecerán de valor''.

Para resolver este punto petitorio el laudo arbitral dispuso en el artículo decimoséptimo:

''El presente laudo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir del día tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), en lo referente al cumplimiento del punto primero (1º) de este fallo, sobre 'Reajuste de salarios'. Las demás cláusulas tendrán efecto a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia''.

Se considera:

Aunque en el ataque al artículo primero del laudo, sobre ''Reajuste de salarios'' y las implicaciones económicas, comprendida la incidencia por prestaciones sociales, se examinaron comparando los aumentos del costo mayor para la empresa, en el primero y segundo años, por la duración del reajuste decretado, para un lapso de 2 años en el artículo decimoséptimo hasta el punto de que en el primero sería de US$ 3.274.801 más $ 17.160.00 en moneda colombiana y en el segundo año alcanzaría a US$ 1.450.187.00 y a $ 412.609.00 en pesos colombianos, es lo cierto que esos costos mayores estimados durante los años en mención, se los acusa de ''imponer tan onerosa carga económica a la empresa'', solo con base en el salvamento de voto como soporte, del que, al efecto, extracta el recurrente:

"...por último, cabe observar que si se tuvieron en cuenta los aspectos positivos del último balance de la Flota Mercante Grancolombiana, *tratamiento diferente se le dio a la parte negativa que contiene ese mismo documento* (subraya la Sala). Y en el recurso se reitera el contenido de esta última proposición en el sentido de que el Tribunal de Arbitramento "no tuvo en cuenta la fase negativa de su último balance".

De la atenta revisión que la Sala verificó sobre los *cinco* cuadernos que integran el expediente para el estudio de este conflicto (folios 1 a 1665 cuadernos 1 a 4 y 1 a 75, cuaderno 5) por el Tribunal de Arbitramento, no se comprobó, que en las sesiones por éste realizadas y que constan en actas de la número 1 a la 25, especialmente entre la 7ª de abril 14 de 1975 cuando se inició el estudio sobre el reajuste de salarios del punto *segundo* del pliego de peticiones y la número 21 de mayo 26 del mismo año, el Tribunal "decidió por mayoría" el "reajuste de salarios" y sobre la "vigencia de la convención" en contenido que se conoce, la existencia de constancia alguna de parte de ninguno de los árbitros que decidieron "por mayoría" los puntos acusados, nada referente a "la fase negativa de su último balance", como tampoco otros aspectos que destacó el árbitro disidente, relativos a que: "...los salarios de los marinos son invertidos en su mayor parte en nuestro país... y solo una mínima parte... en el exterior".

Y como además el Tribunal de Arbitramento al decidir, mediante el examen de la situación financiera y patrimonial de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., dentro de los postulados rectores de la equidad y de la justicia porque "la situación financiera de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. es satisfactoria, que en consecuencia puede absorber los aumentos de salarios y de prestaciones extralegales...", sin que la conducta de los trabajadores al invertir sus salarios en la forma "censurada", también carente de prueba afecte la facultad de los árbitros, habrá que estimar que no hay prueba de la manifiesta inequidad que se alega en este aparte de la impugnación.

En cuanto a la acusación de inexequibilidad por la retroactividad que le dieron los árbitros al artículo *primero* de la parte resolutiva del laudo, sobre "reajuste de salarios" la mayoría de la Sala mantiene su jurisprudencia expuesta en el fallo que decidió el recurso de homologación invocado por el apoderado de la empresa.

"Por otra parte al disponer el Tribunal de Arbitramento en 5 de junio de 1974, que los aumentos de salarios, rigieran a partir del 1º de enero del dicho año, dieron retroactividad a su sentencia arbitral, lo cual contraría el carácter futuro de esta clase de regulaciones, conforme al artículo 467 en relación con los ordenamientos 461-1 y 16 del C. S. T., viola además el artículo 479-2 de la misma obra, sobre continuidad de la vigencia de la convención anterior, que gobernó la celebrada por la Fundación con su sindicato en 1972 y conforme a lo cual debieron cubrirse los salarios de 1974 anteriores al laudo recurrido, pagos que hoy no pueden ser objeto de modificación como situaciones consumadas que son con sujeción además, a ordenamiento de ley". (Sentencia de homologación en el conflicto de la Fundación Shaio y su sindicato. Noviembre 12 de 1974).

De conformidad con esta tesis jurisprudencial, tiene razón el acusador y prospera el cargo en cuanto el ordenamiento primero mencionado hizo retroactivo el "reajuste de salarios" al tres de julio de 1974.

Cuanto el cargo *segundo* "Vigencia del laudo", que el recurrente acusa como inexequible "por las idénticas razones a las que se adujeron en el cargo anterior", se impone su prosperidad con base en la misma tesis jurisprudencial. Hay que precisar, con todo, que la inexequibilidad se refiere al reajuste de los salarios por tiempo anterior a la vigencia del laudo, pero su duración se mantiene hasta el dos (2) de julio de 1976, ordenamiento que no solo se ajusta a la ley sino que es necesario para varios de los efectos de duración de las convenciones y laudos.

.....

Como el ponente no comparte la tesis jurisprudencial que ha definido los dos asuntos anteriores, expone sus razones en salvamento de voto sobre esta materia.

Tercer cargo. Valor doble de la partida de alimentación.

Se firma por el recurrente que las peticiones 5ª y 14 del pliego del sindicato sobre "cómputo del valor doble de la partida de alimentación para la remuneración del trabajo a bordo, de los días domingos y festivos y para la liquidación y pago de todos los factores salariales y prestacionales, fue decidida por el Tribunal de Arbitramento en los numerales 3º y 6º (sic) de la parte resolutiva del laudo y copia, en su orden los respectivos textos (folios 20, cuaderno 5 y cuaderno 4-1585, 1594, 1621 y 1622).

Arguye que las referidas peticiones del sindicato entrañan un típico conflicto jurídico cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción del trabajo, en los términos del artículos 2º del C. S. T. (Decreto-ley 2158 de 1948) y que "...por tanto los árbitros... excedieron sus facultades legales, con violación del artículo 458 del C. S.

T.''. Agrega que se trata de la interpretación de normas legales como son los artículos 127, 173 y 174 del C. S. T., función judicial por excelencia lo cual es bien sabido por los trabajadores afiliados a UNIMAR interesados en la controversia y que... han presentado demandas ante los 12 Jueces Laborales del Circuito de Bogotá, como se comprueba con las certificaciones expedidas por éstos y con las copias auténticas de los respectivos libelos iniciales y de sus respuestas...''. Que en relación con ''la oportunidad en que hayan de disfrutarse los descansos compensatorios'', se observa que lo dispuesto en el artículo *tercero* del laudo no armoniza con el artículo 184 del C. S. T. y que, por último, ''los numerales 3º y 6º (sic) del laudo arbitral deben declararse inexequibles, por cuanto implican la decisión de un conflicto jurídico, ajeno a las facultades de los árbitros''. (Folios 20 y 21, cuaderno 5).

Replica a este cargo el apoderado de UNIMAR, sobre la inexequibilidad que de los numerales *tercero* y *sexto* acusa la empresa, como violatorios de los artículos 2º del C. P. L. y 458 del C. S. T., manifestando que no se ve cómo haya podido la decisión arbitral transgredir la última norma en cita, cuando el punto está en el pliego, no se produjo acuerdo entre las partes en las dos etapas previas y el sindicato, representa los intereses económicos generales de sus afiliados por virtud del artículo 373, ordinales 2 y 5 del C. S. T.

Que la petición entraña una cuestión económica de hecho y que por último los árbitros no podían desconocer ese derecho a los trabajadores que: ''Tiende a lograr el cumplimiento de lo acordado en el arreglo directo'', en acta número 28 de octubre 14 de 1970, en cumplimiento del artículo 127 y concordantes del C. S. T. (Folios 70 y 71, cuaderno 5 y folio 211, cuaderno 1) y que por todo lo anterior, el cargo no puede prosperar.

Se considera

En el pliego de peticiones de UNIMAR, el punto 5º se contiene así:

''La remuneración de los días dominicales y festivos laborados a bordo de las unidades marítimas de 'la empresa' y de las que estén bajo su administración, será pagada a 'los trabajadores' incluyendo los Capitanes, Jefes Ingenieros, Contadores y Enfermeros, con un ciento por ciento de recargo sobre el valor de un día ordinario de trabajo, computando también para el efecto el valor doble de la partida de alimentación estipulada en esta misma convención, sin perjuicio del descanso compensatorio remunerado por cada día dominical o festivo laborado o pasado en navegación, el cual deberá disfrutar el trabajador a continuación de las vacaciones estipuladas en este estatuto.

''*Parágrafo*. En las sobre-remuneraciones fijas mensuales de los Capitanes, los Jefes Ingenieros, los Contadores y los Enfermeros no queda comprendido el valor de la remuneración doble de los días dominicales y festivos laborados de que trata la presente cláusula. Por tanto, la remuneración doble de estos días, deberá pagarse a dichos trabajadores en la misma forma establecida para los demás miembros de las tripulaciones de los buques de 'la empresa' y también de los que estén bajo su administración''.

En el laudo arbitral se resolvió en el artículo *tercero* como sigue:

''La remuneración de los días domingos y festivos laborados a bordo de las unidades marítimas de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y de las que estén bajo su administración, será pagada a los trabajadores, con un ciento por ciento (100%) de recargo sobre el valor de un día ordinario de trabajo, computando también para el efecto el valor doble de la partida de alimentación que recibe el trabajador. Lo anterior será sin perjuicio del descanso compensatorio remunerado por cada día dominical o festivo laborados, de los cuales disfrutará el trabajador a continuación de las vacaciones''.

Como aparece de la parte motiva del laudo los árbitros entendieron que la petición formulada en el pliego de ''UNIMAR'' se ajusta a los artículos 12 y 13 del D. L. 2351 de 1965, y que por consecuencia ''debe computarse para tal efecto el valor doble de la partida de alimentación que corresponde a cada trabajador''. En respaldo invocó un pasaje jurisprudencial de la Corte, relativo a la retribución del trabajo en domingo o día de fiesta, tomando como factor el salario de un día que es la unidad de medida, integrado de todos sus valores con lo que se pague en especie, inclusive. De otro lado consideró el Tribunal para darle fuerza a su decisión, que tal petición estaba consagrada desde 1970 e incorporada al laudo de 1973. Concretamente citó el acta número 28 suscrita entre las mismas partes el 14 de octubre de 1970.

Como en el uno y otro entendimiento que tuvo el Tribunal para la decisión acusada, ella no se enmarca dentro de la competencia que la ley le ha fijado, al rebasar el ámbito del artículo 458 del C. S. T. prospera el cargo, por lo cual el artículo *tercero* se declarará inexequible.

Por la importancia de la materia y para prospectar con mayor claridad al futuro, la anterior interpretación decisoria, se transcribe la jurisprudencia de esta misma Sala en lo pertinente: (Rec. homologación de marzo 23 de 1973).

"En razón de la naturaleza de los conflictos de trabajo entre patronos y trabajadores, ellos se dividen en jurídicos y económicos. Los conflictos jurídicos se relacionan con la aplicación de una norma preexistente, de cualquier categoría que ella sea, bien sobre su existencia o vigencia, o sobre su cumplimiento o extensión. Los conflictos económicos no se refieren a normas preexistentes, sino que por razón de un interés económico buscan la creación de norma nueva o la modificación de una existente.

"En consideración a los sujetos que actúan en el conflicto, éste puede ser individual o colectivo. Es individual cuando una o varias personas actúan en defensa de sus intereses o de sus derechos.

"Es colectivo cuando los sujetos que actúan forman un grupo de interés común, ordinariamente profesional.

"Existe conflicto jurídico individual cuando se reclama por uno o varios individuos la aplicación de norma preexistente, o sea la reparación de la violación sobre los derechos individuales de los reclamantes. Existe conflicto jurídico colectivo cuando la aplicación de norma preexistente se reclama por grupos que no obran en razón de cada individuo sino de la colectividad. Existe conflicto económico colectivo cuando se pretende una normación no existente sobre salarios o condiciones de trabajo, para grupos que conforman una entidad como el sindicato. La doctrina no reconoce propiamente la existencia de conflictos individuales de intereses y la legislación no establece medios para dar solución a las pretensiones individuales no amparadas por disposiciones existentes.

"Por lo anterior, es frecuente hablar de conflictos colectivos para referirse a los económicos, ya que no se contemplan en éstos los individuales.

"El artículo 2º del Código Procesal del Trabajo dice que la Jurisdicción del Trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.

"El artículo 2º del mismo estatuto dice que la tramitación de los conflictos económicos entre patronos y trabajadores se continuará adelantando de acuerdo con las leyes especiales sobre la materia.

"Es clara la diferencia que hace la legislación procesal entre los conflictos jurídicos y los económicos, para que los primeros sean conocidos por la Jurisdicción laboral y los segundos mediante los trámites de arreglo directo, conciliación y arbitramento o huelga.

"No puede entenderse que el artículo 2º se refiere únicamente a los conflictos jurídicos individuales, puesto que en tal caso la diferencia entre las partes provendría directamente del contrato de trabajo, en el cual se encuentran incorporadas no solamente las leyes protectoras del trabajo, sino también las de convención o reglamento, luego los conflictos jurídicos colectivos provienen indirectamente del contrato de trabajo en cuanto la aplicación de las convenciones existentes se refieren a los efectos que ellas pueden tener en cada uno de los contratos de trabajo. No se pueden entender los conflictos jurídicos con prescindencia de los contratos de trabajo.

"El artículo 18 del laudo acusado se refiere expresamente a la aplicación de una convención colectiva y de un fallo arbitral, luego resuelve un conflicto jurídico, según lo admite el mismo Tribunal Arbitral que pronunció la providencia acusada. Por lo tanto, la decisión sobre aplicación de esas normas corresponde a la Jurisdicción del Trabajo según el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, ya que es un conflicto jurídico proveniente indirectamente de los contratos de trabajo a los cuales se pretende aplicar las disposiciones.

"Claramente se ve que algunas normas legales se refieren a los conflictos económicos, denominándolos colectivos, porque como ya se vio, no existe para la legislación el conflicto económico individual.

"Esa diferencia precisa que hace la ley procesal entre conflictos jurídicos y económicos corresponde también a la forma en que han de tratarse, pues los jurídicos han de ser decididos por quien tiene la jurisdicción, mientras los económicos han de ser arreglados entre las partes o por fórmulas que les sugieran los conciliadores y acepten las partes, siendo solamente procedente el arbitramento cuando por los otros medios no se logre la solución.

"En los conflictos jurídicos se ha de tomar una decisión, se han de aplicar las normas existentes, en los económicos se ha de resolver una situación mediante fórmula de acuerdo.

"A veces una pretensión económica envuelve o conlleva una cuestión jurídica incidental, por lo cual los árbitros al resolver la primera deben tener en cuenta la segunda, pero nunca puede admitirse que una cuestión jurídica deba ser decidida por el sistema de arreglo directo, conciliación y arbitraje que está previsto para los conflictos económicos".

Se considera

El punto *decimocuarto* del pliego de peticiones expresa:

"El valor de la alimentación será obviamente computado para la liquidación y pago de todos los factores salariales y prestacionales. En consecuencia, el tiempo extra o suplementario, el valor de los días dominicales y festivos laborados, los trabajos especiales y de ayuda operacional y demás factores del salario y de las prestaciones, serán remunerados computando el valor de la alimentación, teniendo en cuenta, que el valor de ésta se pagará también doblemente en dinero efectivo en días dominicales y festivos laborados, de conformidad con la sentencia de casación proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia el 14 de septiembre de 1955 y con el acta número 28 de octubre 14 de 1970 firmada entre los representantes de la empresa y de 'UNIMAR'.

"*Parágrafo.* Además del valor de la alimentación en la forma establecida en esta cláusula, para efecto del pago de las prestaciones sociales a los miembros de 'UNIMAR', se computará el valor de todos los factores salariales, primas y bonificaciones, viáticos, suplementos y permisos remunerados pagados al trabajador".

En el laudo arbitral se resolvió el punto en el artículo *sexto,* del siguiente tenor:

"Para la liquidación de las prestaciones sociales y de cualquier otro factor que constituya salario y que implique retribución de servicios, la empresa computará el valor de la alimentación que se le suministre al trabajador, aplicando para cada caso las normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo".

El apoderado de UNIMAR no hizo réplica independiente en esta parte de la acusación, ya que como antes se examinó y del contenido del libelo (folios 70 a 72) se contrajo el anterior numeral *tercero,* pero acogió la acusación de la empresa de estarse violando también, para el caso, los artículos 2º del C. de P. T. y 458 del C. S. T.

Para decidir con el contenido transcrito el artículo *sexto,* acusado por la empresa, el Tribunal estimó que se ajustaba a normas legales vigentes y ciertamente bajo el mismo rubro, "*Base para la liquidación... de prestaciones sociales*" en los respectivos laudos de 1971 y 1973, los Tribunales intervinientes decidieron, especialmente el de 1973 que: "Las partes deberán someterse a las normas contenidas en la legislación laboral del país y cumplir las decisiones y obligaciones consagradas en las convenciones y laudos vigentes.

Como el Tribunal en el presente laudo tomó una determinación similar a la de sus antecesores, pues que de su decisión, cuando aparece recomendando al futuro que, "...la empresa computará el valor de la alimentación..., aplicando para cada caso las normas pertinentes del C. S. T.", la Sala estima que como tal recomendación, tenía antecedentes convencionales, con su disposición al futuro no rebasó la facultad legal propia y por ello se homologará.

Cuarto cargo. Nuevas prestaciones extralegales.

Expresa el acusador que los puntos 10, 11, 16, 21, 22, 23 y 29 del pliego del sindicato, que versan sobre prima de vacaciones, la calamidad familiar, o urgente necesidad como motivo para concederlas; cursos de capacitación sindical y profesional; primas o bonificaciones de invalidez o antigüedad, caja de seguro familiar, parágrafo 2º (gastos por traslado del féretro y terreno para inhumación); auxilio para estudio de los hijos de los trabajadores e indemnización por causa de abordaje, el Tribunal adoptó las soluciones contenidas en los numerales *(cuarto, quinto, séptimo, noveno, décimo* (inciso 2º), *decimoprimero* y *decimoquinto)* de la parte resolutiva del laudo cuyos textos transcribe. (Folios 21, 22 y 23, cuaderno 5. Cuaderno 4, folios 1621, 1622, 1623, 1624 y 1625).

Reitera el recurrente que ninguna de las prestaciones consagradas en las normas transcritas, tiene regulaciones convencionales o arbitrales que hayan existido entre las partes y que el laudo impugnado de 1975 las ha creado u ordenado por primera vez, "sin que medie la voluntad del sujeto a quien se impone la obligación". A continuación formula pertinentes observaciones de los literales a) hasta g), relativas a la "prima de vacaciones", "calamidad familiar", prevista en el numeral *quinto* como motivo para conceder las vacaciones, a los "cursos especiales de capacitación técnica para radio-operadores y enfermeros", la "indemnización de 60 meses de salario... en caso de gran invalidez" y de 36 meses de salario "cuando se configure una incapacidad permanente total"; la de pagar el costo del traslado del féretro del trabajador a su domicilio y el valor del terreno para su inhumación; el auxilio para estudio de los hijos de los trabajadores y la "indemnización adicional al pago de los salarios y prestaciones... al tripulante cuando su contrato laboral termina por motivo de abordaje, colisión, naufragio, encallamiento, inundación total o parcial del buque...", etc., respecto de los cuales solicita, "que se declaren nulas las disposiciones", a que se ha referido en este cargo. (Folios 23 y 24, cuaderno 5).

El apoderado de UNIMAR replica este cargo sobre la inexequibilidad de todos los artículos del laudo señalados por el impugnador, afirmando que: "Algunas de estas prestaciones tienen antecedentes en regulaciones anteriores".

En cuanto al artículo *cuarto* replica el apoderado de UNIMAR, sobre que es de la consecuencia también de la oferta de la empresa.

Como antecedentes convencionales se ha establecido que en laudo de 1973 en el último aparte para resolver el punto *decimoquinto* - *"Vacaciones"* se remitió al laudo de 1971 el cual no estableció prima alguna sino que concedió descanso remunerado anual de sesenta (60) días calendario para hacer "...efectivas todas las disposiciones legales sobre vacaciones y descansos obligatorios remunerados en domingos y días feriados, literal a)". Como se desprende de lo decidido, en la forma prevista, carece de antecedentes y excedida la facultad del Tribunal se anulará.

Sigue en alegato sustentatorio del apoderado de UNIMAR, en la acusación en relación con este mismo artículo *cuarto. - Vacaciones,* para invalidar la decisión; se formulan consideraciones referentes a que el Tribunal al ordenar que: "El período total de vacaciones que actualmente rige, deberá ser integrado tanto por los días que correspondan legalmente... como por los días compensatorios de los dominicales y festivos laborados a bordo de acuerdo con lo establecido en el punto *tercero* (3º) de este fallo", se violó con tal decisión el artículo 458 del C. S. T. y como realmente, según se desprende de la posterior aclaración que el Tribunal hizo a solicitud de UNIMAR en cuanto expresó que solo se propuso "separar claramente el período de vacaciones de aquel otro correspondiente a los descansos compensatorios... en forma tal que la suma total de ellos obedezca a la realidad laboral y no a una caprichosa estimación de los mismos como ahora sucede..."; pues que para la Sala efectivamente la determinación así concebida desmejora lo que actualmente está considerado a los trabajadores de la empresa, como se dejó decidido en el laudo de 1971, del literal a) antes analizado prospera la acusación de UNIMAR y por consiguiente se anulará de igual manera este aparte del artículo *cuarto,* debiendo conservarse el ordenamiento convencional en el laudo de 1971.

Que en cuanto a las vacaciones y descansos del artículo *quinto* del laudo, es consecuencia de la oferta hecha ante el Viceministro de Trabajo, según el contenido de esta decisión:

"Las vacaciones y descansos a que se refiere el punto anterior serán concedidas por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha en que el trabajador las hubiere solicitado por conducto del Capitán, salvo en los casos de calamidad familiar, debidamente comprobada, en cuyo evento la empresa concederá las vacaciones y descansos al arribo del buque al respectivo puerto colombiano".

La primera parte del artículo *quinto* para conceder las vacaciones en el plazo allí indicado fue prevista en el laudo de 1971, en parágrafo del artículo *quince* sobre "descanso anual", por tanto se homologará.

En cambio la parte final de esta misma determinación del artículo *quinto* en que por excepción las vacaciones deben concederse *"en los casos de calamidad familiar"* (se subraya) carente esta condición de antecedentes convencionales y legales y no pudiendo establecerse sin la voluntad del patrono, por extralimitar facultades legales de los árbitros se anulará.

Así, en el laudo de 1964 la cláusula 20, "la mejor capacitación de su personal técnico", para el artículo *séptimo,* en que la empresa deja constancia de su interés por la mejor capacitación de un personal técnico y por tanto tomará las medidas para que por lo menos dos de ellos, durante cada año reciban cursos en escuelas técnicas".

Porque la Sala ha comprobado que esta decisión tiene antecedentes en el laudo de 1964 en la cláusula *vigésima,* letra a), se homologará.

Al proseguir la réplica el apoderado de UNIMAR concluye refiriéndose en forma global a que: "Las peticiones contenidas en todos los puntos citados en este cargo, contienen soluciones de tipo económico y tienen fundamentos humanos y de equidad inocultable. Son además de poca ocurrencia como suceda una calamidad que determinen la invalidez o el entierro y son prestaciones adicionales en lo económico, no en razón de creación arbitral". (Folio 73, C. 5).

Se considera.

Sobre el artículo *noveno* por el cual se dispuso que la empresa reconocerá indemnización por "gran invalidez" con sesenta meses de salario y por "incapacidad permanente total 36 meses", careciendo de antecedentes convencionales y no consultada la voluntad de la empresa, se rebasa la facultad legal y por ello se anulará.

Otro tanto se dispone en relación a los artículos *décimo...* inciso 2º, sobre "los gastos de entierro" y demás secuelas en él previstas; respecto del artículo *decimoprimero* sobre *auxilios para estudio de los hijos de los trabajadores,* lo cual fue resuelto negativamente en la cláusula

29 del laudo de 1973 y de igual calidad el artículo *decimoquinto,* sobre el cual el Tribunal ordenó, además del pago de salarios y prestaciones una indemnización equivalente también a un mes de salario, al no tener antecedentes convencionales debe *anularse.*

En cambio la "indemnización por pérdida o daños de pertenencias" con antecedentes en el laudo de 1964, cláusula 22, se *homologará.*

Quinto cargo. Pasajes para trabajadores en uso de licencia.

Se contiene en el recurso que el punto 24 del pliego del sindicato pide a la empresa suministre "pasajes sin costo alguno a bordo de sus unidades marítimas y también de las que están bajo su administración, a los trabajadores que en uso de vacaciones o licencia viajaren al exterior"; precisa el impugnador que el Tribunal de Arbitramento resolvió en el numeral *doce* de la parte resolutiva del laudo y transcribe su texto.

Se indica que el artículo 51 del C. S. T. enumera las causas del contrato y entre ellas menciona la "licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador *(cuarto)*". Que el artículo 53 del mismo Código prescribe sobre las consecuencias para las partes respecto de las suspensiones contempladas en el artículo 51 ibídem. Que siendo así que aunque la relación contractual subsista, "no hay razón valedera para que a un servidor, se le concedan pasajes gratuitos a bordo de las unidades marítimas propias de la empresa o administradas por ésta"; por ello solicita se declare inexequible el numeral *decimosegundo,* "en cuanto ordena suministrar pasajes marítimos sin costo alguno, a los trabajadores que en uso de la licencia viajaren al exterior". (Folio 25, cuaderno 5).

Se considera.

El punto 24 se contiene en el pliego de peticiones de UNIMAR y dice:

"La empresa suministrará pasajes sin costo alguno a bordo de sus unidades marítimas y también de las que estén bajo su administración a los trabajadores que en uso de vacaciones o licencia viajaren al exterior".

El Tribunal en el artículo impugnado dispuso lo que sigue:

"La Flota Mercante Grancolombiana S. A. suministrará pasajes, sin costo alguno a bordo de sus unidades marítimas o de las que estén bajo su administración a los trabajadores que en uso de vacaciones o de licencia viajaren al exterior. En tal caso el trabajador no tendrá derecho a percibir en dinero la partida de alimentación por recibida en especie".

La Unión de Marinos no replicó el cargo que se deja relacionado.

El acusador de la empresa fundamenta la petición de inexequibilidad contra el numeral que se examina, con referencia a las prescripciones concordantes de los artículos 51-4º y 53 del C. S. T. relativas a los períodos de suspensión de los contratos de trabajo.

La Sala en su estudio no estableció antecedentes en ninguna de las convenciones anteriores que han regulado las relaciones a las partes en este conflicto y como la determinación del Tribunal resulta excedida en sus facultades legales, se anulará. Puede agregarse que en la convención de 1966 se consagró un derecho a pasajes al exterior para los oficiales con más de dos (2) años de servicios, mediante el pago que allí se estipuló. Pero que tal estipulación de varias limitaciones no puede considerarse como antecedente convencional de la general a la aquí examinada para todos los trabajadores y sin costo alguno. Desde luego, que lo acordado en la convención de 1966 *queda vigente.*

La impugnación de "UNIMAR" contra el laudo.

En el alegato presentado por el apoderado de la *Unión* se exponen cuatro cargos contra varios de los artículos del laudo arbitral recurrido, los cuales no fueron replicados por la empresa, y que la Sala procede a examinar:

Primero.

Se afirma por el acusador que el Tribunal violó la ley por falta de aplicación, en lo resuelto sobre el parágrafo correspondiente al punto 5º del pliego de peticiones y lo transcribe:

"*Dice el parágrafo:* '...En las sobrerremuneraciones fijas mensuales de los Capitanes, los Jefes Ingenieros, los Contadores y los Enfermeros, no queda comprendido el valor de la remuneración doble de los días dominicales y festivos laborados de que trata la presente cláusula. Por tanto, la remuneración doble de estos días, deberá pagarse a dichos trabajadores en la misma forma establecida para los demás miembros de las tripulaciones de los buques de la empresa y también de los que estén bajo su administración' ".

Observa el impugnante que el Tribunal en los "considerandos", al referirse a este parágrafo dice: "...respecto al parágrafo, no se accede a lo solicitado allí, teniendo en cuenta lo pactado entre la empresa y los trabajadores citados, en los respectivos contratos de trabajo". Que como

no singularizó la decisión debe entenderse implícita en el artículo *decimosexto* del fallo, que establece: "Niéganse los demás puntos del pliego de peticiones...".

Agrega que el laudo viola directamente los artículos 14, 13 y 43 en concordancia con los artículos 172, 179, 177 del C. S. del T., y los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965. Que el error en que incurrió el Tribunal se debe a la falta de aplicación de estas normas citadas. Que de acuerdo con ellas, "...en los contratos de trabajo, no producen *ningún efecto* las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezca la legislación del trabajo", pues que el referido Tribunal no podía dar validez a los contratos de trabajo, para fundamentar el desconocimiento de lo consagrado en la ley, "...en relación con el pago doble del salario para los dominicales y festivos laborados".

Se considera:

El parágrafo cuyo texto analizó el impugnador y se dejó transcrito, corresponde al punto *quinto* del pliego de peticiones de la Asociación sobre *"Remuneración de los días dominicales y festivos laborados"*, del cual el Tribunal dispuso afirmativamente sobre el aparte primero, en el correspondiente artículo *tercero* de la parte resolutiva, el cual ya quedó resuelto en la impugnación de la empresa, habiéndose anulado.

Según se desprende de la sustentación impugnatoria por "UNIMAR", el Tribunal entre las normas violadas tuvo la del artículo 43 del C. S. T., relativa a las *cláusulas ineficaces* que, pretendiéndose, por la Unión, el Tribunal ha debido declarar tales, cuando afirma el acusador que "no podría dar validez a los contratos de trabajo" presupuesto en el cual concretó su determinación negativa el Tribunal y pues si procedió en tal forma, era porque no pudiendo hacer tal declaración con lo cual habría invadido esferas de tipo jurídico en su decisión que no le están atribuidas a los árbitros y en razón de estos fue por lo que negó la petición del pliego, y como su conducta se ajustó a las reglas de competencia para decidir conflictos económicos y no violó la ley, se homologará, en consecuencia su decisión negativa en lo correspondiente del artículo *decimosexto*.

Segundo.

En este cargo afirma el apoderado de la Unión que el Tribunal no dio aplicación al artículo 184 del C. S. T., en concordancia con los artículos 13, 14 y 43 que lo llevó a hacer una equívoca apreciación del punto *sexto* del pliego y a negarlo.

Copia el texto del punto del pliego que es del tenor siguiente: "La empresa remunerará con cincuenta por ciento (50%) de recargo el valor del salario de un día ordinario de trabajo, *los días dominicales y festivos no laborados pasados en navegación,* a cada uno de sus trabajadores de sus unidades marítimas y también de las que están bajo su administración, inclusive los Capitanes, Jefes Ingenieros, Contadores y Enfermeros". (Subraya la Sala).

Copia a la vez, el contenido de la decisión del Tribunal, que, fue negativa, en su texto: *"Aunque realmente la propia naturaleza del trabajo del marino no le permite a éste descansar* (sic) *plenamente, durante los días dominicales y festivos* (se subraya). Sin embargo, el Tribunal encuentra que la finalidad social que dio origen a tales descansos se satisface a bordo del buque y, en consecuencia, no accede a ella".

Luego con variadas premisas sobre si el trabajador del mar en los días domingos y festivos, cuando los labora, está a disposición y en disponibilidad del patrono y tiene que cumplir los reglamentos internos dentro del barco, alerta para acatar las órdenes; se pregunta el acusador, "...¿puede afirmarse que descansa?". Reconoce en seguida que los trabajadores en su petición han renunciado generosamente en forma implícita al concretar un salario por este concepto del cincuenta por ciento (50%) y que por no ser renunciable, "...el Tribunal ha debido suplirla e imponer el imperio de la norma". Que conteniendo el artículo 184 del C. S. T., una presunción a favor del trabajador respecto de los días festivos y dominicales, concreta la acusación, el Tribunal *"no puede dejar de aplicar la norma legal, porque al hacerlo está incurriendo en grave equivocación y negando un derecho a los trabajadores,* consagrado por la legislación social". (Subraya la Sala).

Se considera:

En esta oportunidad, el Tribunal Arbitral, lo mismo que el de 1964 reiteró sus consideraciones sobre las modalidades del descanso del "trabajador del mar", cuando en el artículo 4º de aquel laudo, bajo el título *"Descanso en feriados"*, también dispuso desestimar la misma petición de los trabajadores.

Pero con abstracción de las consideraciones señaladas de tipo humano, la pretensión concreta de la acusación, como se colige de lo que de su criterio se ha destacado, conduciría al Tribunal a una decisión que no es de su competencia, por

serlo de derecho y al haber negado no incurrió en extralimitación de sus facultades, por lo cual no prospera el cargo y se homologará la decisión arbitral.

Tercero. Vacaciones.

Este ataque versa sobre el aparte final del ordenamiento *cuarto* del laudo recurrido. Concretamente, sobre la integración del período total de vacaciones que actualmente rige, tanto por los días que corresponden legalmente por este concepto como por los compensatorios de los dominicales y festivos laborados a bordo. Sobre el particular, al decidir el recurso de la empresa, se resolvió también lo impugnado por UNIMAR, en el sentido de acoger lo sostenido aquí por la organización sindical. No es necesario, por lo tanto, estudiar de nuevo este ataque que ha prosperado en la forma que ya se expuso.

Cuarto. Pensiones de invalidez y de jubilación. Punto decimoquinto del pliego.

Transcribe el impugnador el punto 15 del pliego de peticiones así:

"La empresa procederá a pagar a 'los trabajadores', las pensiones de invalidez y de jubilación en moneda nacional colombiana al tipo vigente el día del pago a partir del 16 de julio de 1966, fecha en que la empresa y UNIMAR pactaron el pago del salario de las prestaciones sociales en dólares de los Estados Unidos de Norte América".

Agrega el acusador que el Tribunal no accede a esta petición, "por cuanto las pensiones de invalidez y de jubilación se causa en Colombia, y por tanto, deberán cubrirse en moneda nacional". Que solicitada la aclaración por "UNIMAR" se dijo: ". . el Tribunal observa que la negativa al punto *decimoquinto* (15) del pliego de peticiones, contenida genéricamente en el punto decimosexto (16) de la parte resolutiva del laudo, se refiere a la retroactividad a que se aspiraba en dicha solicitud. En ningún caso se quiso modificar la ley, como sugiere el sindicato, por tanto no procede hacer aclaración alguna".

En la petición de los trabajadores se invoca la convención de junio 16 de 1966 y se concluye, "que la Empresa" y "UNIMAR pactaron el pago de salario de las prestaciones sociales en dólares de los Estados Unidos de Norte América".

La referida convención al establecer la *"moneda del salario"*, exceptuó las pensiones de jubilación y de invalidez, del pago en dólares de los Estados Unidos de América, y así la determinación en el literal d) del artículo 3º: "Las pensiones de jubilación e invalidez serán pagadas por la empresa en pesos colombianos a razón de $ 17.6497 por cada dólar que corresponda al trabajador por concepto de dicha prestación social liquidada de conformidad con las disposiciones legales pertinentes".

Como se desprende de lo dispuesto por el Tribunal, al no acceder a la petición, "por cuanto las pensiones de invalidez y de jubilación se causan en Colombia, y por tanto, deberán cubrirse en moneda nacional", esta decisión así concebida es consecuente con lo acordado en la convención de 1966 y al seguir vigente conforme con el artículo *decimoctavo* del laudo recurrido: "Quedan vigentes todas aquellas normas contenidas en convenciones, fallos arbitrales, pactos, actas y acuerdos, cuyas disposiciones y ordenamientos no se opongan a lo establecido en este laudo", el Tribunal no violó la citada convención.

El recurrente estima, que hubo violación del artículo 135 del C. S. T. al no acceder los árbitros a la petición formulada por "UNIMAR". En esta posición el asunto es de tipo jurídico y por lo tanto no era competente el Tribunal para definirlo. Carece de fundamento el ataque y el ordenamiento arbitral debe homologarse.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. No procede devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento.

Segundo. Anúlase el artículo *primero* de la parte resolutiva del laudo recurrido en cuanto ordenó el reajuste de salarios con retroactividad al 3 de julio de 1974. En consecuencia los reajustes allí ordenados rigen a partir del 21 de junio de 1975.

Tercero. Anúlase el artículo *decimoséptimo,* de la parte resolutiva del mismo laudo, en cuanto ordenó el reajuste de salarios con retroactividad al 3 de julio de 1974.

Se homologa este ordenamiento *decimoséptimo* respecto a su duración hasta el 2 de julio de 1976 y en cuanto a que: "Las demás cláusulas tendrán efecto a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia".

Cuarto. Se anulan los artículos *tercero, cuarto, sexto, noveno, decimoprimero* y *decimosegundo* del mencionado laudo.

Quinto. Se anula el artículo *quinto* del mismo laudo en la parte que dice: "...salvo en los casos de calamidad familiar, debidamente comprobada, en cuyo evento la empresa concederá las vacaciones y descansos al arribo del buque al respectivo puerto colombiano".

Sexto. Anúlase el inciso segundo del artículo *décimo* y el inciso primero del artículo *decimoquinto* del mismo laudo.

Séptimo. Homológase el laudo recurrido en todo lo demás.

Octavo. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y envíense al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, una copia autenticada de esta sentencia, para su depósito en legal forma, y el expediente, para su archivo.

Luis B. Flórez Suárez, con salvamento de voto; *Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Salvamento de voto.

No comparto lo resuelto por la mayoría de la Sala en cuanto a la vigencia del laudo recurrido, con efectos concomitantes al reajuste de los salarios y al término de vigencia correspondiente para los mismos, por cuanto a que mantienen todo su valor las razones expresadas por ella en sentencia de 21 de abril de 1964 y son las mismas que acogió la Sección Segunda de esta Sala en disentimiento a la misma sentencia de noviembre 12 de 1974 (G. J. T. CVII 2ª parte, número 2272 páginas 674 a 677), que dicen:

"I. La circunstancia de que el artículo 467 del C. S. T., al definir la convención colectiva, le señale como finalidad la de fijar 'las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia', no debe interpretarse rigurosamente en el sentido de que las estipulaciones convencionales solo han de obrar en el futuro, puesto que es obvio que las partes, al poner término al conflicto, mediante la firma de una convención colectiva, tiene la facultad de asignar a ésta una vigencia que fije como punto de partida la fecha anterior a la en que se suscribe el acuerdo considerando el momento en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacía el pasado, no ha sido desconocida hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efecto de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, solo estaría limitada por la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que le conceden las leyes, de acuerdo con el artículo 14 del CST.

"II. Los patronos y trabajadores de una empresa que no sea de servicio público, disponen de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflicto colectivo —arreglo directo, conciliación y huelga—, y los vinculados a una que sí tengan ese carácter, en las dos primeras. Así, pues, trátase o no de un servicio público, a las partes que celebran la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entran en vigencia desde la fecha anterior a la de su firma.

"III. De la misma manera, la nueva convención puede proyectar sus efectos sobre el lapso de prórroga automática de la anterior, pues esta prórroga, de duración indefinida y destinada a regular las relaciones entre las partes, mientras se llega a un acuerdo, tiene carácter provisional, ya que dentro de ella se están negociando nuevas condiciones de trabajo por virtud de un conflicto colectivo en curso, iniciado con pliego de peticiones, que supone la extinción de la vigencia normal de la convención anterior. Por tanto, las medidas que tomen en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, ~~no~~ implica violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituida.

"IV. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de vigencia, ya sea que se trate o no de empresas de servicio público, significa que la definición del artículo 467 del C. S. T. y la norma relativa a la prórroga automática, no impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde la fecha pretérita, naturalmente sin invadir la vigencia de la anterior, acordada expresamente por las partes.

"V. En la tercera etapa, cuando sin resultado positivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, como es sabido desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio públi-

co, pasa entonces al arbitramento obligatorio, lo cual tiende a evitar las consecuencias sociales de la huelga, que indudablemente el constituyente ha estimado más graves en esta esfera que en la de actividades de otra índole.

"Ahora bien: si los trabajadores de una empresa que no está calificada como servicio público, pueden inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con las solas limitaciones que le son propias en virtud del artículo 458 del C. S. T., tanto menos si se considera que el 461 de la misma obra equipara el laudo a la convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, condiciones que son objeto fundamental así de la una como del otro. Esto es, que si la convención puede reflejar hacia atrás sus efectos sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, lógicamente también puede hacerlo. Sería arbitrario restringir hacia el futuro la vigencia de las disposiciones de los laudos arbitrales, con base en una norma legal que se refiere específicamente a las convenciones colectivas y que, como se ha visto, no impide que éstas, en lo que atañe a relaciones ya existentes, tenga efectos retrospectivos.

"VI. No hay de dónde inferir que la ley haya querido colocar a los trabajadores de los servicios públicos en condiciones de inferioridad frente al empeño de conquistar mejores condiciones de trabajo, y si los ha privado del derecho de huelga, ha sido simplemente con el fin de evitar los perjuicios que en algunos casos quizás sobrevendrán a la comunidad con el uso de tal medida de presión por esos trabajadores. En consecuencia, es forzoso admitir que el laudo arbitral, sin perjuicio de la limitación de que trata el artículo 458 del C. S. T., puede otorgarles a ellos las ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores vinculados a un servicio público, o que aun a aquellos mismos les es dado, conseguir cuando la convención se firma en las dos primeras etapas del conflicto colectivo.

"VII. Sobra anotar que en el caso del arbitramento voluntario, sustituyendo los árbitros más directamente a las partes, puede llegar al laudo, sin violar facultades legales o normas constitucionales o situaciones jurídicas consumadas, a señalar las mismas condiciones que una convención colectiva de trabajo.

"VIII. Es obvio que toda carga económica nueva, derivada de las condiciones de trabajo fijadas por convención o laudo, implica una obligación que el patrono no tenía antes. Pero cuando para determinarla cuantitativamente se toma como punto de referencia un hecho anterior, apenas se le está dando un efecto retrospectivo, que no afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o del laudo preexistentes.

"IX. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo.

"X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señalan una fecha de vigencia anterior a la firma de las mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así por ejemplo, la Ley 1ª del 1º de febrero de 1963 dijo en su artículo primero: 'Con retroactividad al 1º de enero de 1963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la Administración Pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el sector privado...'. Y a continuación dispone aumento de salarios.

"XI. En lo que hace a las facultades de los árbitros, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que éstos, tratándose de los aspectos económicos, deciden en equidad. De esta naturaleza económica participan los aumentos de salarios, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se tomen en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto.

"XII. En el caso que se examina los árbitros profirieron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás

y por ello es equitativo su decisión de compensar en lo posible, durante ese lapso, las condiciones económicas de los trabajadores, que ya se vieron afectadas por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

"Para el negocio de autos, en el conflicto de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "UNIMAR" el tiempo compensatorio posible, entre el 1º de julio de 1974 y la fecha de esta providencia equivale a 15 meses aproximadamente, que son el producto también, de la eventualidad de las dilaciones para esta clase de controversias en las cuales la parte afectada es la de la respectiva organización sindical.

"Las razones expuestas llevan a la conclusión de que el artículo decimosexto del laudo acusado, de fecha 26 de junio de 1963, en cuanto dispone que éste tendrá una vigencia de quince meses, contados a partir del 1º de enero del mismo año, y dado el hecho de que la petición respectiva se presentó el 16 de noviembre de 1962, no es contrario, en lo tocante a las decisiones de orden económico, como es la relativa al aumento de salarios, a las normas constitucionales y legales que el recurrente estima infringidas".

Por último es del caso observar que en las relaciones colectivas de las partes en este conflicto, la tradición, a partir del laudo de 1964 ha sido la de acoger en sus consecuencias la retrospectividad en el aumento de los salarios y la vigencia de los laudos con prolongación en el tiempo al inmediatamente anterior.

Fecha ut supra.

Luis B. Flórez Suárez.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SALA DE CASACION DEL TRABAJO

APLICABILIDAD DE LA CONVENCION COLECTIVA

La empresa y sus trabajadores estipularon una indemnización especial a cargo de la empresa y distinta de la que señala por vía general el artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965 para la hipótesis de ruptura injusta del contrato de trabajo imputable a ella. O sea que en el caso sub júdice el monto de la indemnización reclamada por el demandante debía regularse conforme a lo previsto en la cláusula 27 y no de acuerdo con lo estatuido en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, como lo creyó el Tribunal, para aplicar así indebidamente dicho precepto según lo aseverado por el impugnador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos setenta y cinco.

Referencia: Expediente número 4879.

Acta número 42.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

En el juicio propuesto por José María Manjarrés Z. contra la "Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A." y por apelación del demandante contra el fallo de la primera instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia del 1º de agosto de 1974, revocó la del Juez 4º Laboral de esa ciudad y, en su lugar, condenó a la demandada a pagarle al actor $ 47.396.16 como indemnización por despido injusto y $ 25.500.00 por concepto de prima de antigüedad y declaró además que Manjarrés tiene derecho a disfrutar de pensión especial vitalicia de jubilación derivada del despido ilegítimo cuando llegue a los 60 años de edad.

Ambas partes recurrieron en casación pero solo la demandante sustentó el suyo, como se lee a folios 8 a 12 de este cuaderno, sin que hubiera réplica de la demandada.

Corresponde ahora analizar el mérito de dicho recurso que persigue la casación parcial del fallo impugnado en cuanto condena a la empresa al pago de indemnización por despido injusto de acuerdo con el artículo 8º, numeral 5, del Decreto legislativo 2351 de 1965 y no de conformidad con lo pactado en la convención colectiva de trabajo que rige en Marysol para que luego la Sala, en función de instancia, revoque la sentencia del Juez y ordene que la demandada pague por concepto de dicha indemnización $ 65.498.97 y no los $ 47.396.16 que fijó el Tribunal.

Plantea para ello un solo cargo, que denomina primero, así:

"*Primer cargo. Violación indirecta, por aplicación indebida,* a través de errores de hechos (sic) originados en la falta de apreciación de una prueba.

"Disposición sustancial violada artículo 8º, numeral 3, Decreto 2351 de 1965, 1321, 467 C. S. T. - D. L. 2351 de 1965, artículos 37, 38.

"En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

"*Pruebas no apreciadas.* Fue la convención colectiva de trabajo, cláusula 26, número 1, que obra al (folio 16, cuaderno 1).

"*Cláusula 26 contratos de trabajo (duración)* "Los contrato (sic) de trabajo que la empresa celebre serán a término fijo de un año, prorrogables por términos iguales hasta cuando el trabajador cumpla cinco años de servicio en la empresa, en cuyo caso el contrato se prorrogará por términos sucesivos de dos años, y al cumplir nueve años de servicio las prórrogas serán por términos sucesivos a tres años.

"VI. *Consideraciones 'al primer cargo'.*

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, no tuvo en cuenta al condenar

al pago de la indemnización por despido injusto, la convención colectiva de trabajo (folios 7 a 27) que regula los contratos de trabajo entre la empresa y sus trabajadores. Estableciéndose en la cláusula 26, que todos los contratos celebrados serán a término fijo de un año, aquellos trabajadores que tienen nueve años de servicios en la empresa, se consideran celebrados por períodos fijos de tres años. En este caso el trabajador tenía 10 años, 8 meses, 18 días, es decir, que le faltaba 1 año, 3 meses, 12 días para el vencimiento de su contrato. La falta de apreciación de esta prueba condujo a una condena diferente.

"Los principios generales de derecho establecidos en el C. S. del T. en su título preliminar artículo 21 establece que se debe aplicar la norma más favorable al trabajador, es decir siempre prevalece la norma que le sea más conveniente.

"Se establece también que las disposiciones contenidas en el C. S. del T. contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. Los patronos y trabajadores pueden por medio de convención colectiva, otros derechos extralegales .

"El artículo 60 del C. P. T. que reza '*Análisis de las pruebas*. El Juez al proferir su decisión analizará todas las pruebas llegadas en tiempo'.

"Esa infracción por vía indirecta tuvo su origen al no analizar todas las pruebas consignadas en el proceso".

De su parte, el fallo recurrido luego de calificar como ilegítimo el despido de Manjarrés, se limita a declarar que la indemnización respectiva debe liquidarse y pagarse conforme a lo estatuido por el Decreto 2351 de 1965 sin hacer reflexiones de ninguna especie para explicar la aplicabilidad de ese estatuto en el caso *sub júdice*.

Se considera:

La aplicabilidad de una convención colectiva de trabajo a un caso o a una persona determinados no se presume sino que es necesario demostrarla, sea por pertenecer al sindicato que la suscribió, tal como lo prevé el artículo 37 del Decreto legislativo 2351 de 1965, o porque éste afilie a más de la tercera parte del personal de la empresa, conforme al artículo 38 del Decreto y, en uno y otro caso, mediante el pago de las cuotas sindicales que regula el artículo 39 del mismo decreto por los trabajadores no sindicalizados.

Si no se prueba en juicio alguna de tales circunstancias, no puede pretenderse que el sentenciador aplique al litigio que dirime lo estipulado en una convención colectiva por la sola circunstancia de ser norma más favorable al interés del trabajador, ya que esa aplicabilidad no es incondicional y automática sino que legalmente exige la existencia de algunos presupuestos de hecho como los que ya se dejaron anotados.

Es así como en el caso sub júdice *la cláusula 50 de la convención colectiva de trabajo suscrita por la empresa demandada y su sindicato* (folios 8 a 27, cuaderno 1º) *dice textualmente:*

"Esta convención rige para todos los trabajadores de la compañía Industrial Colombiana Marysol S. A. *que al momento de firmarse estén prestando sus servicios a la empresa o ingresen posteriormente durante la vigencia de la Convención, sean o no afiliados al sindicato por agrupar éste más de la tercera parte de dichos trabajadores. La empresa descontará a los trabajadores no afiliados y entregará al sindicato el valor de las cuotas ordinarias que paguen sus socios por el hecho de beneficiarse de la convención".*

Tal convención fue suscrita el 14 de mayo de 1969 (folio 24 ibid), *prorrogada con algunas modificaciones que le introdujeron las partes el 1º de febrero de 1972* (folios 25 a 27 ibid) *y depositada en la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico el 2 de febrero siguiente* (folios 24 vuelto y 25 ibid.). *En esa oportunidad se estipuló que regiría hasta el 1º de febrero de 1974* (folio 27 ibid).

La aplicabilidad de dicha convención en el presente caso resulta pues de lo estipulado en ella misma, circunstancia que pone de manifiesto también el error de hecho que el recurrente le atribuye al Tribunal ad quem *por no haberlo tenido en cuenta cuando resolvió sobre la súplica del actor relacionada con la indemnización por despido injusto que le reclama a la empresa.*

De su parte, la cláusula 26 de la convención, expresa lo siguiente:

"Contratos de trabajo. (Duración). 1º Los contratos de trabajo que la empresa celebre serán a término fijo de un año, prorrogables por términos iguales hasta cuando el trabajador cumpla cinco años de servicio en la empresa, en cuyo caso el contrato se prorrogará por términos sucesivos de dos años, y al cumplir nueve años de servicio, las prórrogas serán por términos sucesivos de tres años.

"2º Si antes de la fecha del vencimiento de los términos estipulados en el inciso primero, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta días, se entenderá renovado el contrato por el término de uno, dos, tres años, según lo establecido en este artículo".

Y la cláusula 27 añade:

"Condición resolutoria. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

"a) En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada por parte de la empresa, ésta deberá pagar al trabajador como lucro cesante el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo estipulado en la cláusula anterior y de acuerdo con el tiempo de servicio del trabajador.

"b) Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato sin justa causa comprobada, deberá pagar a la empresa una indemnización equivalente a treinta días de salario. La empresa depositará ante el Juez Laboral el monto de esta indemnización descontándolo de lo que adeuda al trabajador por prestaciones sociales, mientras la justicia decide".

Queda establecido así que Marysol *y sus trabajadores estipularon una indemnización especial a cargo de la empresa y distinta de la que señala por vía general el artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965 para la hipótesis de ruptura injusta del contrato de trabajo imputable a ella. O sea que en el caso* sub júdice *el monto de la indemnización reclamada por* Manjarrés *debía regularse conforme a lo previsto en la cláusula 27 y no de acuerdo con lo estatuido en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, como lo creyó el Tribunal, para aplicar así indebidamente dicho precepto según lo aseverado por el impugnador.*

Prospera el cargo, en consecuencia, y debe casarse parcialmente el fallo acusado en lo que atañe al monto de la condena hecha contra la empresa por concepto de indemnización de perjuicios derivada del despido injusto de Manjarrés, según lo pidió el recurrente al fijar el alcance de su impugnación.

Debe entonces la Sala proveer en instancia y, para ello, hace las consideraciones siguientes:

1º Aparece de autos que el demandante Manjarrés trabajó al servicio de Marysol desde el 7 de mayo de 1962 hasta el 24 de enero de 1973, o sea durante 10 años, 6 meses y 18 días (folio 4 ibid.) y con un último salario de $ 4.250.00 mensuales, según lo confesó la empresa al contestar el hecho 3º de la demanda (folio 29 ibid.).

2º Aparece también que el Tribunal consideró injusto el despido de Manjarrés sin que este aspecto de su sentencia haya sido impugnado en el recurso extraordinario de casación.

3º Así mismo aparece, tal como quedó visto al estudiar el cargo, que de acuerdo con el tiempo de servicios de Manjarrés y lo estipulado en las cláusulas 26 y 27 de la convención colectiva de trabajo vigente en Marysol cuando el despido se produjo (24 de enero de 1973), su contrato se prorrogó por tres años a partir del día en que cumplió nueve años de labores en la empresa (cláusula 26, folio 16 ibid.) y el monto de la indemnización por despido injusto que le corresponde es el equivalente al valor de los salarios del tiempo no transcurrido de aquella prórroga trienal cuando fue separado del servicio por la compañía [cláusula 27, ordinal a), folio 16 vuelto ibid].

4º Las reflexiones anteriores indican que como la prórroga trienal del contrato de Manjarrés comenzó el 7 de mayo de 1971 y debía extenderse hasta el 6 de mayo de 1974, al tiempo de su despido, que ocurrió el 24 de enero de 1973, faltaban por transcurrir un año tres meses y doce días del dicho plazo que, sobre la base de un salario de $ 4.250.00 mensuales, dan un total de $ 65.449.92 como valor de la indemnización que reclama el actor. Al pago de tal suma debe condenarse a la firma demandada, luego de revocar el fallo de primera instancia en cuanto la absolvió por este concepto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido en lo que atañe al monto de la condena al pago de indemnización por despido hecha contra la demandada, revoca el de primera instancia en cuanto la absolvió de satisfacerla y, en su lugar, dispone:

Condénase a la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A. a pagarle al señor José María Manjarrés Z. la cantidad de sesenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con noventa y dos centavos ($ 65.449.92) por concepto de indemnización por la ruptura injusta de su contrato de trabajo.

No casa en los demás el mencionado fallo.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SOCIO EMPLEADO DE UNA SOCIEDAD LIMITADA

La sociedad es un ente distinto de las personas físicas que hayan intervenido en su formación. — La existencia de la una y de las otras son independientes y aunque el desarrollo de sus actividades se cumple de manera simultánea en el campo jurídico no pueden nunca llegar a confundirse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos setenta y cinco.

Referencia: Expediente número 4977.

Acta número 43.

(Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz).

Don Gilberto Londoño Arango demandó ante el Juzgado Quinto Laboral de Cali a la firma "Peláez y Londoño Limitada" para reclamarle el pago de cesantía, compensación monetaria de vacaciones, remuneración de trabajo dominical y festivo, primas de servicios e indemnizaciones por despido injusto y monetario. Dijo haberle servido a la demandada bajo contrato de trabajo desde el 1º de julio de 1961 hasta el 15 de julio de 1973 como administrador de la compañía y con un último sueldo de $ 4.500.00 mensuales y que se le despidió sin justa causa.

La compañía, de su parte, aceptó que Londoño Arango fue su administrador pero que desde 1961 a 1971 obró como socio de ella y solo a partir de febrero de este último año fue empleado de la empresa hasta que en julio de 1973 Londoño abandonó intempestivamente su trabajo. Presentó además demanda de reconvención contra el actor pero el Juzgado se abstuvo de darle trámite, sin reparo de la frustrada reconveniente.

El Juez, en fallo del 3 de abril de 1974, condenó a la sociedad a pagarle al señor Londoño Arango la suma de $ 133.337.50 por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicios e indemnización por despido injusto, además de las costas del juicio. La absolvió de las demás peticiones del libelo.

Interpuso apelación la demandada y el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, en sentencia del 30 de octubre del mismo año, modificó la del Juez para disminuir las condenas por los conceptos aludidos a la suma de $ 96.887.50.

Contra esta providencia recurre en casación la empresa con el ánimo de que se infirme en cuanto atañe a las condenaciones que se hicieron contra ella, se revoque luego la del Juez y, en su lugar, se la absuelva de todas las peticiones del libelo o, subsidiariamente, se declare probada la exacción de compensación y se declaren extinguidas las deudas que hubiesen resultado a cargo de la compañía.

Plantea para ello un solo cargo, así:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24 y 25 del C. S. T. al aplicarlos a un caso no regido por ellos, a causa de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de las escrituras públicas 3043, de 30 de junio de 1961 y 383, de 8 de febrero de 1971 (folios 25 a 31 del cuaderno número 1), de la contestación de la demanda, del interrogatorio de parte absuelto por el señor Jorge Peláez (56 a 58) y su reconocimiento de la carta de folio 6 y del proyecto de liquidación de folio 8; del acta de inspección judicial (folios 13 y 14, cuaderno III) y del dictamen pericial de folios 15 a 16 ibídem. Infracción de medio que condujo, a su vez, a la violación, por aplicación indebida, de los artículos 186, 254, 187 y 306 del C. S. T. y 8º, 18, 14 y 17 del D. L. 2351 de 1965 adoptado por la Ley 48 de 1968, en relación con los artículos 1625, 1714, 1715 y 1716 del C. C. y 1º y 55 del C. S. T.

Los errores de hecho consistieron en:

"No dar por probado, estándolo, que el actor aportó no solamente capital sino su trabajo per-

sonal a la sociedad, entre junio de 1961 y febrero de 1971; que en ese lapso no debía obediencia a su consocio gerente sino que las decisiones las adoptaban de consuno; que la vinculación laboral no pudo empezar sino el 9 de febrero de 1971; que la nota en que se le acusa de abandono del cargo fue entregada en relación con el contrato de trabajo iniciado en esa fecha, y que el faltante de caja por $ 39.214.60 se produjo por razón de las labores del actor como empleado y el saldo a su cargo en la cuenta corriente fue de $ 126.690.05".

Y al desarrollar el cargo asevera que el Tribunal erró al apreciar la escritura pública de constitución de la firma "Peláez y Londoño" pues en ella está bien claro que hay dos socios capitalistas, el señor Peláez, gerente, y el señor Londoño, administrador, cada uno de ellos con un sueldo de $ 1.500.00 mensuales y el deber para el primero de representar a la compañía y para el segundo de permanecer al frente del negocio y dedicarle todo tiempo, lo cual pena el recurrente, equivale a que ambos socios aportaron a la compañía su actividad personal circunstancia que no tuvo en cuenta el sentenciador *ad quem*.

Asevera, así mismo, que la llamada de atención a que alude el mismo sentenciador como indicio de que Londoño era subordinado de la empresa no tiene tal significado por cuanto fue hecha cuando aquél ya había dejado de ser socio y era un trabajador desde 1971.

Cree así que el fallador al calificar como laboral el contrato de sociedad que rigió de 1961 a 1971 aplicó indebidamente los preceptos que regulan el contrato de trabajo, sus elementos y la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Y al involucrar como tiempo de servicios regido por vínculo laboral el transcurrido entre 1961 y 1971, que lo estuvo por contrato de sociedad, con el comprendido entre 1971 y 1973, donde sí hubo contrato de trabajo, aplicó indebidamente en cuanto al primer período las normas que regulan el derecho a cesantía, a vacaciones, a primas de servicio y a indemnización por despido injusto.

Y en cuanto al lapso comprendido entre 1971 y 1973, en el que el recurrente admite que hubo contrato de trabajo y se causaron cesantía, vacaciones y primas, afirma que ellas se le abonaron en su cuenta a Londoño, en la cual el perito contador que la examinó halló un saldo a cargo del actor de $ 126.000.00 y además un faltante a cargo del mismo Londoño y garantizado por éste con una letra de cambio por la suma de $ 40.000. Cree así que el Tribunal ha debido declarar extinguida por compensación la deuda laboral a cargo de la empresa y que, como no lo hizo, violó los preceptos que regulan la compensación civil en relación con las laborales que establecen el principio de la buena fe y la norma general de interpretación del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice, finalmente, que al no haber tenido en cuenta el pago de un anticipo de cesantía por $ 10.125.00 hecho a Londoño, el fallador aplicó indebidamente los artículos 254 del Código Sustantivo y 18 del Decreto 2351 de 1965 que regulan ese fenómeno.

De su parte, el Tribunal *ad quem* reflexionó así sobre los puntos materia del recurso:

"De tiempo atrás ha sido de recibo en las sociedades de capital la posibilidad de concomitancia de relaciones de tipo social y laboral respecto de una misma persona siempre que se den sus respectivos elementos característicos. No sucedía lo propio con las sociedades de personas en donde la concurrencia de las calidades del socio y de empleado ofrecía alguna dificultad por los supuestos antagónicos de donde parten y los distintos fines que persiguen. Ello se hacía hasta cierto punto explicable si el afectio societatis de la una, que conlleva la vinculación de valores, capitales o efectos en común, consiguiera resultados especulativos a basa (sic) de una supuesta igualdad jurídica entre los contratantes. En cambio la subordinación de la otra implica un servicio dependiente mediante una contraprestación, con interés por unos recaudos para supervivencia, pero ajeno al propio resultado de la gestión empresarial.

"Pero si ello fue así, nuevas tendencias jurídico-laborales han venido incursionando en el plano comercial y mercantil, para lograr no un rechazo pleno a esa concurrencia, sino por el contrario posibilidad para que dentro de determinadas circunstancias el socio de una sociedad de responsabilidad limitada, pueda simultáneamente ser empleado de la misma, cuando con prescindencia del capital o de la gestión aportada, se haya convenido la prestación de servicios en virtud de remuneración directa originada en el sometimiento a las instrucciones y órdenes de mandos superiores en la empresa. De esta suerte, no resulta extraño un nexo laboral cuando la gestión o el servicio se cumplen no como aporte social, en el caso del socio industrial o como facultad inherente de administración de los socios en este tipo de sociedad, sino cuando es distinto y diverso al prometido o ajeno a la facultad administrativa del socio.

"Es apenas obvio que al socio capitalista puro, no se le pueda catalogar como empleado, pero repugna que este socio además de su calida

pueda prestar servicios a la empresa ya no con el carácter inicial sino con el de empleado.

"Es esta precisamente la situación que aflora de los autos en donde Gilberto Londoño si bien incorporó un capital a la sociedad Peláez Hermanos & Londoño Limitada tras la compra de 83 acciones pudo adquirir funciones directivas por la naturaleza misma de la sociedad limitada. Pero esas funciones como reza la misma escritura 3034 —inherentes a la sociedad— las vino a detentar el socio Jorge Peláez Vallejo a través de la gerencia y la representación legal. Si como puede apreciarse el señor Londoño fue socio capitalista y en ningún momento aportó gestión personal, sus servicios de vienen laborales en razón de que marginado del interés social, su actividad estuvo orientada a cumplir con los ordenamientos y mandatos que le diera el gerente de la sociedad señor Jorge Peláez. Díganlo si no el señalamiento de un sueldo mensual de $ 1.500.00 posteriormente incrementado a $ 4.500.00, la llamada de atención por falta de trabajo sin excusa y los deseos de la gerencia para que Londoño siguiera atendiendo su compromiso como empleado en la parte administrativa del almacén con la misma asiduidad y desvelo que lo ha caracterizado (sic).

"Porque ciertamente la calidad simultánea de socio y trabajador se contraponen en dos circunstancias: por razones de la facultad administrativa inherente a los socios en las de responsabilidad limitada; o cuando el servicio se presta en razón de haberlo aportado socialmente, en la modalidad de socio industrial. Pero en el caso de autos parece no darse estas hipótesis, pues respecto de la primera si bien es cierto que por algún tiempo fue socio y por ello le pudo corresponder la administración, esa labor, por medio de la propia escritura social, se le encomendó a Jorge Peláez, en su calidad de gerente y representante legal, viniendo a cumplir Londoño funciones administrativas seguramente, pero dependientes del socio Peláez. En cuanto a la segunda estamos bien distantes de un aporte social concretado en la propia gestión o servicio a realizar por el actor.

"Entonces, como tesis general parece viable sostener que si bien al socio capitalista en sí mismo no le acompasa la calidad de empleado, tampoco lo distancia o polariza para impedir su concurrencia, si además de serlo presta unos servicios a la sociedad desde el punto de vista eminentemente laboral, merced a una remuneración y sometido a una regularizada dependencia.

"Esta es precisamente la impresión que nos dejan los elementos de convicción obrantes, desde los propios documentos, pasando por el interrogatorio de parte y llegando a los testimonios.

"Si lo anterior es evidente a la luz de las pruebas, no lo es menos y quizá con más claridad aún el período final de servicios, pues después de haber cedido su interés social continuó siendo administrador, con idéntico desempeño al que tradicionalmente había cumplido; sin poderse afirmar ya que continuaba vinculado a la sociedad por aporte de su propia capacidad de trabajo.

"De ahí que establecida la premisa de una relación laboral concurrente con la social, por el tiempo corrido desde el 1º de julio de 1961 hasta el despido el 4 de junio de 1973, restaría definir las circunstancias específicas del servicio subordinado que la propia empresa pormenoriza a través de su oficio de folio 44".

Se considera:

La estructura del cargo, que no fue replicado por el demandante, presenta dos aspectos: el primero relativo a la alegada inexistencia de contrato de trabajo entre Londoño y "Peláez y Londoño Limitada" desde 1961 hasta 1971 y el segundo relacionado con la pretendida compensación de deudas entre el actor y la demandada que, por su naturaleza disímil, deben analizarse independientemente.

En cuanto al primer aspecto, se observa:

La sociedad es un ente distinto de las personas físicas que hayan intervenido en su formación. La existencia de la una y de las otras son independientes y aunque el desarrollo de sus actividades se cumplen de manera simultánea en el campo jurídico no pueden nunca llegar a confundirse.

Por ello, es hipótesis posible que quien como socio fundador haya dado su consentimiento para que nazca el ente colectivo a través del contrato de sociedad y haya satisfecho su obligación de aportar dinero o especies para que se forme el haber común o capital social y, de esta manera, tenga opción a cuota de las ganancias o pérdidas derivadas del buen éxito o del infortunio de las operaciones sociales, pueda simultáneamente prestarle servicios personales subordinados a la compañía bajo un vínculo laboral, cuando por el contrato de sociedad no se determina que todos los socios tengan la administración o cuando no se haya obligado de manera expresa e inequívoca a contribuir con sus conocimientos, su industria o su esfuerzo personal como aporte al ente colectivo y en beneficio común, sea como complemento de su cuota de capital o como exclusivo aporte de industria, porque estas últimas eventualidades

sí llegarían a descartar la existencia para ella de contrato de trabajo entre el socio y la compañía a que se halle vinculado.

Al examinar a la luz de las reflexiones anteriores la escritura pública 3034 del 30 de junio de 1961, Notaría Primera de Cali (folios 25 a 28 cuaderno 1º), por la cual se constituyó la firma "Peláez y Londoño Limitada", se observa que el socio Peláez Vallejo se encargó de la gerencia con un sueldo de $ 1.500 mensuales y que el socio Londoño Arango fue designado administrador de los negocios sociales con igual remuneración. Pero no consta que Londoño se hubiese obligado de manera expresa a aportar a la compañía como un complemento del aporte de capital su actividad personal en beneficio común, hecho que dejó vigente la posibilidad de que el actor, llegara a vincularse como empleado del ente colectivo y con derecho a percibir un salario por sus servicios fuera de la cuota de utilidades o de pérdidas que llegaran a caberle como consecuencia del desarrollo de las operaciones sociales.

Y en el caso del demandante Londoño la existencia de ese contrato de trabajo se corrobora con lo que aparece en el proyecto de liquidación de sus prestaciones sociales hecho por la empresa (folio 8 ibid.) y reconocido por el gerente señor Peláez Vallejo (folios 56 y 57 ibid.), que es una de las pruebas que el recurrente tiene como leal apreciadas, pues en él se tiene como tiempo de servicios de Londoño que le da derecho a prestaciones sociales el comprendido entre el 1º de julio de 1961 y el 4 de junio de 1973, o sea el tiempo total que aquél alega estuvo regido por un contrato de trabajo con la sociedad.

Ello desvanece la eficacia de este primer aspecto del cargo que, de consiguiente, no está llamado a prosperar.

Y en lo que atañe a la segunda fase de la impugnación, o sea la compensación de obligaciones entre patrono y antiguo servidor, dijo el Tribunal en su fallo lo siguiente:

"No sobra comentar para concluir que la esgrimida defensa de compensación que con tanta insistencia ha planteado la parte demandada, difícilmente puede hacer carrera dentro de este plenario, pues de una parte y de acuerdo con la propia expresión de la contestación de la demanda ella obraría en conexidad y funcionalidad de la demanda de reconvención y ya hemos apreciado cómo esta eventualidad fue marginada del proceso de tiempo atrás. Como si esto fuese poco, el detalle que trae la pericia sobre cargo y abonos en la cuenta personal del señor Londoño, por la forma de contabilización y las obligaciones que afecta, parece más bien correspondiente al giro de las actividades del demandante como socio y por ello marginadas necesariamente del presente debate".

Estas argumentaciones del sentenciador no aparecen desvirtuadas por el recurrente. Y si a ello se añade que el fundamento esencial de su ataque es una peritación rendida en el juicio, que no es prueba calificada para invocarla en el recurso extraordinario de casación como fuente de errores de hecho según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, fácilmente se comprende que este segundo aspecto del cargo tampoco puede prosperar.

No habrá lugar a condena en costas por cuanto no aparece que se hayan causado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los Magistrados,

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD Y SU OBJETO SOCIAL

Es verdad que la constitución de una sociedad y el establecimiento de su objeto social requieren solemnidades especiales, y que la demostración de la existencia de la compañía y de la determinación de su objeto social exigen pruebas determinadas, pero las actividades que realmente ejerce una sociedad son hechos que admiten cualquier clase de prueba, ya que pueden corresponder o no al objeto social autorizado, y si solamente se pudieran demostrar con la escritura pública, nunca se podría establecer que una sociedad ejerce funciones no comprendidas en su objeto social.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos setenta y cinco.

Radicación número 4979. Acta número 52.

(Magistrado sustanciador, doctor Alejandro Córdoba Medina).

Alcides Gaitán Vásquez, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 3348012 expedida en la misma ciudad, demandó a la sociedad Jaar & Cía. domiciliada en Barranquilla, para que fuera condenada a pagarle pensión plena vitalicia de jubilación y en subsidio, pensión especial por despido injusto, indemnización moratoria y las costas del juicio.

En el libelo se presentaron los siguientes hechos:

"*Primero.* Trabajé al servicio de la firma comercial 'Jaar y Cía.' durante más de 20 años, como agente vendedor.'

"*Segundo.* Con mayor precisión, el servicio personal que yo le presté a esa sociedad, en el carácter mencionado, fue de junio de 1943 a diciembre inclusive de 1963;

"*Tercero.* Al terminar el mes de diciembre del año citado (1963), la sociedad 'Jaar y Cía.' alegando liquidación de la empresa, hecho que no es cierto, dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que con ella tenía celebrado y el cual ejecuté durante todo el tiempo a que me refiero en esta demanda;

"*Cuarto.* Ocurrida mi desvinculación de Jaar y Cía., en las circunstancias anotadas, pasé a trabajar también como agente vendedor, a 'Distribuidora Jaar Limitada', sociedad diferente, pero gerenciada por el mismo Antonio Jaar, donde permanecí hasta el 15 de febrero de 1971, fecha en que voluntariamente hice dejación de mis servicios.

"*Quinto.* El hecho anterior, explica porqué en esa fecha (15 de febrero de 1971) comparecimos ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, el señor Antonio Jaar, por medio de apoderado, y yo, con el fin de verificar una conciliación relativa a algunas prestaciones sociales, entre las cuales no está incluida la pensión de jubilación en ninguna de sus modalidades.

"*Sexto.* Es de advertir que en esa oportunidad de la conciliación y por error que ahora rectifico, hablé de una vinculación a la sociedad Jaar y Cía., a partir del 1º de enero de 1944 y hasta el 12 de diciembre de 1963, cuando la verdad es que la ejecución del contrato se inició en junio de 1943 y terminó el 31 de diciembre de 1963, conforme lo predican documentos que allegaré oportunamente.

"*Séptimo.* Las comisiones por mí devengadas durante el año de 1963 ascienden a la suma de $ 93.687.02, base que servirá para buscar el promedio de la pensión que se demanda.

"*Octavo.* Mi edad actual me da derecho a percibir la prestación demandada, con retroactividad a la fecha en que me desvinculé, ya sea que se condene a la petición principal o a la subsidiaria.

"*Noveno.* Aunque el tiempo por mí servido fue superior a los 20 años, en caso de no lograr demostración de este hecho en su plenitud, se tendrá en cuenta que se me despidió sin que fuera

válida y legal la causal alegada, lo que me daría derecho a gozar de pensión sanción, como lo estatuye la Ley 171 de 1961.

"*Décimo.* Como ya lo manifesté, el contrato de trabajo terminó en diciembre de 1963 y el acta sobre pago de prestaciones sociales, tiene fecha del 15 de febrero de 1971. La jubilación no fue materia de conciliación, ni fue reconocida a la terminación del contrato. Por ello el doctor Pablo Edgar Gómez Gómez, se dirigió en mi nombre a la sociedad solicitando ese reconocimiento, como consta en una carta del 13 de abril de 1971 y en un marconigrama del 13 de mayo del mismo año, sin que dicha sociedad se hubiera tomado siquiera el trabajo de dar respuesta a esas solicitudes".

El apoderado de la sociedad demandada contestó el libelo de la siguiente manera:

Al primer hecho: No es cierto y aclaro: El señor Alcides Gaitán Vásquez, mediante su *Agencia de Representaciones,* hizo pedidos a la firma demandada, de mercancías, por un espacio de tiempo *inferior* a los veinte años.

"Al segundo hecho: No me consta. Me atengo a lo que pruebe.

"Al tercer hecho: No es cierto.

"Al cuarto hecho: No es cierto, porque el señor Alcides Gaitán V. continuó ejerciendo sus funciones de *Agente de Representaciones,* haciendo pedidos a la demandada Jaar & Cía., y no se desvinculó de la demandada en sus relaciones hasta cuando presentó renuncia voluntaria el 15 de febrero de 1971.

"Al quinto hecho: Es cierto que el 15 de febrero de 1971 se le canceló definitivamente, mediante *conciliación* ante funcionario competente, *todas las prestaciones sociales* a que hubiera podido tener derecho el demandante, para evitar pleitos, pero esto no quiere decir que el actor prestara servicios personales, ni bajo la continuada dependencia que exige la ley.

"A esto se agrega, y es muy diciente, que el demandante señor Alcides Gaitán V. tenía y tiene su *Agencia de Representaciones* en la ciudad de Medellín, y por lo tanto, no fue ni podía ser un agente vendedor exclusivo de la firma demandada.

"Además, el actor jamás recibió órdenes como empleado para ejercer sus funciones comerciales de agente de representaciones que eran y son propias de su empresa, y nunca estuvo sujeto a control ni horario alguno.

"Hago hincapié de que nada se dijo en el acta de conciliación sobre jubilación, sencillamente, porque la firma comercial Jaar & Cía., no tenía ni tiene el capital exigido por la ley, artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, elemento éste *indispensable* y esencialísimo para que naciera el derecho a la pensión de jubilación que hoy se pide infundadamente por el señor Alcides Gaitán V.

"Al sexto hecho: Me atengo a lo que reza el acta de conciliación del 15 de febrero de 1971, celebrada ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla.

"Al séptimo hecho: No me consta.

"Al octavo hecho: Puede que sea cierto o no, pero la demandada *no tiene* el capital requerido por la ley para que tenga derecho a la jubilación en caso de que se cumplieran los otros extremos legales para tal prestación.

"Al noveno hecho: No es cierto. Ni hubo despido, ni hubo desvinculación en sus relaciones con la demandada.

"Al décimo hecho: Este hecho se repite en los anteriores hechos que ya fueron contestados suficientemente.

"Las relaciones del demandante con la demandada existieron hasta el 15 de febrero de 1971, y vuelvo a repetir: No hubo despido ni interrupción alguna, porque sencillamente, las relaciones comerciales entre el actor y la demandada siguieron normales, y nada se dijo en cuanto a jubilación, porque la firma Jaar & Cía., *nunca* ha tenido el capital que exige la ley para estos casos.

"*Me opongo* a las pretensiones de la demanda, no sin advertir que la indemnización moratoria que se solicita por el demandante, *es un absurdo;* ya que *nunca* ha habido mora por pago de prestaciones; y si como alega el actor, que sus relaciones con la demandada terminaron el 31 de diciembre de 1963, según los hechos tercero y sexto de su demanda, a la fecha de la demanda que contesto, se ha operado el fenómeno de *la prescripción* la que expresamente alego a favor de mi representada.

"*Niego,* igualmente, los fundamentos de derecho en que se apoya la demanda, y

"*Propongo la excepción de inexistencia de la obligación,* la que apoyo en el hecho de que la demandada *no tiene* el capital o patrimonio suficiente para que le nazca el derecho al demandante".

El apoderado del actor corrigió la demanda en el sentido de dirigirla, además, contra las sociedades Distribuidora Jaar Limitada y Manufacturas Textiles Jaar Limitada, para que fueran condenadas solidariamente al pago de las obligaciones que se demandaron, previa declaración judicial sobre la unidad de empresa.

El apoderado de la parte demandada se opuso a lo solicitado en la corrección de la demanda y negó los fundamentos de la petición.

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en providencia de 14 de mayo de 1974, declaró la unidad de empresa entre las sociedades demandadas, la petición antes de tiempo respecto a la pensión plena de jubilación, absolvió a la parte demandada de las restantes peticiones y no hizo condenación en costas. Ambas partes apelaron del fallo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 22 de octubre de 1974, declaró la unidad de empresa entre las demandadas, las condenó a pagar solidariamente a Alcides Gaitán Vásquez una pensión mensual vitalicia de $ 5.530.84 a partir del 9 de agosto de 1971, declaró no probadas las excepciones propuestas, absolvió a las demandadas de los demás cargos formulados y las condenó en las costas de ambas instancias. Los apoderados de las partes interpusieron contra dicha sentencia, recurso de casación que les fue concedido por el Tribunal y se encuentra admitido por la Corte.

Se estudiará en primer lugar el recurso de la parte demandada por perseguir la casación total del fallo acusado.

El recurso de la parte demandada.

Está presentado en cinco cargos que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Dice el recurrente:

"Aspira el recurso de la parte demandada que la sentencia acusada sea *casada totalmente* y a que la honorable Corte, en función de instancia, *revoque* en todas sus partes la decisión del *a quo* y, en su lugar, se *declare inhibida* para proferir un fallo de fondo o, en *subsidio,* declare la *nulidad* de todo lo actuado a partir de la 'audiencia de conciliación y primera de trámite' celebrada el 22 de septiembre de 1971. *En subsidio,* aspira a que la referida sentencia sea casada *parcialmente,* en sus pronunciamientos 1º, 2º, 3º y 5º, por los cuales se declaró la unidad de empresa respecto de las sociedades demandadas, se condenó a pagar pensión de jubilación, se declararon no probadas las excepciones propuestas y se condenó a la demandada a pagar las costas de ambas instancias, respectivamente, y a que, convertida la honorable Corte en Tribunal de instancia, *revoque* los ordinales 1º, 2º y 4º del fallo de primer grado, y, en su lugar, *absuelva totalmente* a la parte demandada e imponga las costas de ambas instancias y del recurso al actor".

Primer cargo.

Está formulado así:

"La sentencia acusada viola, por infracción directa, los artículos 40 de la Constitución Nacional; 4º, 5º, 18, 19, 22, 24 y 25 del Decreto extraordinario 196 de 12 de febrero de 1971, 25, 28, 33 y 145 del C. P. L.; y 63 y 85,, numeral 5, y 403 del Código de Procedimiento Civil. Y, como consecuencia de esas violaciones medio infringe también, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 98 (3º del D. 3129 de 1956), 127 194 (15 del D. 2351 de 1965) 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo".

El impugnador hace un resumen de lo que disponen las normas citadas primeramente en el cargo y luego afirma que fueron dejadas de aplicar por el fallador, por ignorancia o rebeldía, porque la demanda fue instaurada por el propio actor, sin acreditar que fuera abogado, y aunque aparecen las firmas de otras dos personas, tampoco se acreditó que fueran abogados, ni manifestaron que prohijaran o coadyuvaran la demanda, por lo cual el Juzgado ha debido declarar inadmisible la petición, y como no lo hizo así, falta un presupuesto, el de capacidad para comparecer en juicio que ha debido conducir a la declaratoria de inhibición.

El opositor advierte que el Juez reconoció personería a los apoderados para actuar a nombre del actor, que la firma de éstos al final de la demanda ha de entenderse como manifestación del prohijamiento de ella, que la falta del requisito alegado implica una excepción previa que por no haberse alegado oportunamente impide discutir esa circunstancia como causal de nulidad o como razón para fallo inhibitorio y que la legitimatio ad processum es distinta de la legitimatio ad causam que es la que origina la sentencia inhibitoria.

Se considera.

Al final del escrito en que se consigna la demanda el actor manifestó que otorgaba poder a los doctores Tito Octavio Hernández y Pablo Edgar Gómez, quienes firman también ese libelo. En el auto admisorio de la demanda se reconoce personería a los apoderados para representar al actor, luego el Juez entendió que las firmas de los profesionales indicaban su apoyo a la demanda inicial y con ello aceptaban tácitamente el poder.

El que no se haya hecho constar las presentaciones de las tarjetas profesionales, es una irregularidad que no constituye nulidad (artículo 25 del Decreto 195 de 1971), ni afecta el reconocimiento en firme de la personería.

En la sentencia de primera instancia se lee que el actor presentó la demanda "con la coadyuvancia de mandatario judicial", y en la de segundo grado se dice que Alcides Gaitán Vásquez "por medio de apoderado presentó demanda". Los falladores entendieron la situación fáctica en sentido contrario a como la plantea el recurrente, luego el impugnador ha debido desvirtuar el entendimiento de los sentenciadores, pero ello era imposible en un cargo por infracción directa, que no permite discutir cuestiones de hecho.

Además, los hechos que se alegan en apoyo del cargo, no fueron presentados durante el proceso ni como excepciones previas ni como bases de nulidad. El demandado puede proponer como excepción previa la indebida representación del demandante, según el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, pero los hechos que configuran excepciones previas no pueden ser alegados como causal de nulidad por quienes tuvieron oportunidad de proponer tales excepciones, según el artículo 100 del mismo estatuto, la nulidad por indebida representación cuando se trata de apoderados judiciales, solamente se configura por carencia total de poder, según el artículo 152 de la misma obra, y las irregularidades no contempladas en ese artículo, se tendrán como saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que el Código establece, según el mismo precepto.

El fallador no podía aplicar las normas primeramente señaladas en el cargo, en la forma que aduce el recurrente, porque consideraba que el demandante había estado debidamente representado y que no faltaba ningún presupuesto procesal, por lo cual no podía haber infracción directa de los preceptos referidos.

Por lo dicho, no prospera la primera acusación.

Segundo cargo.

Se hace consistir en:

"Infracción directa, los artículos 26 de la Constitución Nacional; 28, 77, 78, 79 y 145 del C. P. L.; y 152, numeral 4, y 157 del Código de Procedimiento Civil; y, como consecuencia de esas violaciones, infringe también, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 98 (3º del Decreto 3129 de 1956), 127, 194 (15 del Decreto 2351 de 1965), 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo".

El recurrente relata que por auto de 30 de agosto de 1971 se señaló fecha para la audiencia de conciliación y primera de trámite, que en el acta de dicha audiencia, sin que se hubiese intentado la conciliación y ni siquiera mencionado ésta, el apoderado del actor procedió a modificar la demanda y el Juez admitió la corrección y ordenó el traslado.

Considera el impugnador que se dejaron de aplicar varios artículos del Código de Procedimiento Laboral: el 28 porque se aceptó corrección de la demanda en audiencia de conciliación, cuando la norma la autoriza solamente en la primera de trámite; el 77 y el 78 porque hacen imperativa la audiencia de conciliación; y el 79 porque exige que la audiencia de trámite solo puede celebrarse después de fracasada la de conciliación y de que se haya declarado clausurada ésta.

El acusador anota que después de contestada la corrección de la demanda se celebró nueva audiencia de conciliación y primera de trámite, se expresó que era continuación de la de 22 de septiembre que había sido cerrada, se declaró terminada la etapa de conciliación por ausencia de una de las partes y se abrió la de trámite en la cual se decretaron las pruebas.

De lo anterior concluye el atacante que es inexacto que fuera continuación de audiencia anterior, que se dio validez a la audiencia de 22 de septiembre como primera de trámite y que por ello resultaron dos audiencias primeras de trámite una anterior y otra posterior a la de conciliación lo cual es contrario al procedimiento laboral.

Concluye el recurrente que el sentenciador de segundo grado infringió las normas señaladas en el cargo, porque si hubiera observado que no se aplicó el procedimiento propio del juicio, habría declarado la nulidad de todo lo actuado.

El opositor manifiesta que se acataron las normas procedimentales, que si no se procuró el avenimiento de las partes, fue por falta de asistencia de la demandada, que la corrección se hizo en audiencia de trámite, que era lógico señalar nueva audiencia de conciliación porque había nuevas personas comprometidas en el debate, que el procedimiento observado es correcto, y que si no lo fuera, ello implicaría un error "in procedendo" que no jugaría en el recurso extraordinario.

Se considera.

La primera parte de la argumentación es contradictoria, pues dice que la corrección se hizo en audiencia de conciliación y luego afirma que no se hizo la audiencia de conciliación.

Cuando el artículo 79 del Código de Procedimiento Laboral dice que si las partes manifiestan que el acuerdo no es posible o el Juez así lo con-

sidera, debe declararse clausurada la conciliación, ha de entenderse que por asistencia de las partes se ha entrado en la etapa conciliatoria, ya que no se podría clausurar lo que no se haya abierto. Pero si una de las partes no asiste a la audiencia que se ha señalado para conciliar, no es posible abrir ni cerrar el proceso de avenimiento, que supone la concurrencia de ambas partes. Las disposiciones del artículo 78 del Código mencionado no tienen operancia sino cuando ambas partes concurren a la audiencia.

Cuando una de las partes no concurre a la audiencia de conciliación suelen algunos jueces declarar fracasado el intento de conciliación, tomando las palabras con que se denomina el artículo 79 citado, pero esa declaratoria no constituye en tal caso un rito procesal consagrado por las normas indicadas en el cargo, ya que la cláusula de la etapa solamente ocurre cuando han asistido ambas partes, como ya se vio. Es lógico que si solamente se presenta una parte dentro de la hora judicial, se entre inmediatamente en la audiencia de trámite ya que entonces se presume legalmente que no hay ánimo conciliatorio.

Es claro que en casos como el presente cuando la corrección de la demanda implica la modificación de una de las partes, es necesario intentar nuevamente la conciliación, porque de otra manera no se cumpliría con dicha parte debidamente integrada, la etapa previa obligatoria, y si bien es cierto que hubo error en denominar como continuación la audiencia que se señaló para intentar el acuerdo, ello no cambia el procedimiento como lo pretende el recurrente, ni se incurre en nulidad por tal denominación equivocada.

En resumen, las modalidades del caso hicieron que se hubiera de aplicar el procedimiento en la forma en que lo hizo el Juez a quo, y no aparece el vicio de nulidad alegado como violación medio.

No prospera la segunda acusación.

Tercer cargo.

Dice el impugnador:

"El fallo acusado es violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 28, 50, 77, 78, 79 y 145 del C. P. L. y 305 del C. J.; como consecuencia de estas violaciones medio, infringe también, en la misma modalidad de aplicación indebida, los artículos 22, 23, 98 (3º del Decreto 3129 de 1956), 127, 194 (15 del Decreto 2351 de 1965), 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo".

El acusador después de transcribir el artículo 79 del Código de Procedimiento Laboral, afirma que no hay duda acerca de que la primera audiencia de trámite en el juicio es la que se surte inmediatamente después de la audiencia de conciliación y una vez que el juez ha declarado clausurada ésta, advierte que el procedimiento se cumplió cabalmente en las audiencias celebradas el 26 de enero de 1972, de las cuales da cuenta el acta del folio 48, pero que en tal oportunidad no se corrigió la demanda, sino que tal derecho se ejercitó con anterioridad, en forma extemporánea e ilegal, no obstante lo cual el Tribunal dio plena validez a la enmienda y con base en ella falló el pleito, cuando ha debido desestimarla y como consecuencia, no declarar la unidad de empresa ni condenar a las tres sociedades, sino absolver a Jaar y Cía. por no encontrar demostrado el tiempo de servicios y el capital necesario para la pensión de jubilación.

El opositor contesta el ataque de la siguiente manera:

"En este cargo tampoco se perciben razones que fundamenten su prosperidad. La audiencia cuya naturaleza el acusador no ha podido averiguar, es la de conciliación y primera de trámite señalada por auto del 30 de agosto de 1971, visible a folios 32, en la cual si no se intentó el avenimiento de las partes fue, como ya se dijo respondiendo un ataque anterior, por ausencia de la demandada. Cerrada esa etapa, en audiencia de trámite, se hizo la corrección de la demanda que inicialmente se había dirigido contra 'Jaar y Cía.', en el sentido de encaminarla, además, contra las sociedades 'Distribuidora Jaar Limitada' y 'Manufacturas Textiles Jaar Limitada', lo que explica que el Juez hubiera determinado nuevas oportunidades procesales para conciliar y decretar la práctica de pruebas, pues esa enmienda implicaba la vinculación de nuevas personas al proceso. La demanda fue corregida, pues, de acuerdo con las normas que regulan el ejercio (sic) de esa facultad y, por tanto, el ad quem, al reconocerle validez, no incurrió en las violaciones que se le imputan".

Se considera:

Al estudiar el cargo anterior se vio cómo la demanda dirigida inicialmente contra Jaar y Cía. fue corregida para dirigirla también contra las sociedades Jaar Limitada y Manufacturas Textiles Jaar Limitada, lo cual tuvo lugar en la audiencia celebrada el 22 de septiembre de 1971, y que posteriormente hubo de celebrarse audiencia de conciliación y primera de trámite el 25 de enero de 1972, porque la parte demandada quedó integrada en forma distinta y era preciso realizar con ella todo el trámite del juicio.

Lo anterior quiere decir que la corrección de la demanda podía hacerse en la primera audiencia de trámite del juicio que se inició contra Jaar y Cía., que tuvo lugar el 22 de septiembre de 1971, y en ella precisamente se hizo la corrección. De otro lado, cuando ya estuvo integrada la parte demandada con las tres sociedades de las cuales se pidió mediante la corrección, la declaración solidaria, no se hizo modificación alguna ni era necesario hacerla en esa primera audiencia de trámite el 26 de enero de 1972, puesto que ya se había ejercitado oportunamente el derecho de corrección y se había logrado que concurrieran las tres sociedades demandadas al juicio.

Lo anterior explica por qué la tercera acusación no puede prosperar.

Cuarto cargo.

Está presentado así:

"La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 194, 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y los artículos 465, 466, 467, 488 y 472 del Código de Comercio vigente hasta el 31 de diciembre de 1971, en relación con los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 124 de 1937, a consecuencia de los siguientes errores de derecho en que incurrió el fallador:

"a) Haber dado por establecido, con medios probatorios no autorizados por la ley, que los objetos sociales son actividades de 'Jaar y Cía.', 'Distribuidora Jaar Limitada' y 'Manufacturas Textiles Jaar Limitada', eran similares, conexos o complementarios; y

"b) En haber tenido como probado, con medios probatorios, no autorizados por la ley, que existe predominio económico de la sociedad 'Manufacturas Textiles Jaar Limitada', como principal, sobre la sociedad 'Distribuidora Jaar Limitada', como filial o subsidiaria".

En la demostración, el atacante reproduce el inciso segundo del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, advierte que según lo acepta el Tribunal y lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, en el caso de las personas jurídicas solamente hay lugar a declarar la unidad de empresa cuando existe una sociedad principal y filiales o subsidiarias, predominio económico de la primera sobre las segundas y actividades similares, conexas o complementarias; alega que conforme a los artículos 466 del Código de Comercio anterior y 2º de la Ley 124 de 1937, las sociedades se forman y prueban por medio de escrituras públicas, en las cuales debe expresarse el capital que aporta cada socio y la clase de negociaciones que constituyen el objeto social, y que los artículos 468 y 474 del Código y 4º de la ley expresan que no se admitirá prueba distinta y sancionan la inobservación de esas formalidades, con nulidad absoluta, lo que hace que esas pruebas tengan el carácter de "ad substantiam actus", arguye que el sentenciador encontró demostrados la existencia de las sociedades, la calidad de principal y subsidiarias, el predominio económico de una sobre las otras, con pruebas distintas de las exigidas por la ley; y transcribe los fundamentos de la sentencia de segunda instancia sobre este punto, para concluir que se aceptaron pruebas inadecuadas, por lo cual se configuraron los errores de derecho alegados.

El opositor transcribe los fundamentos de la sentencia acusada, sobre la unidad de empresa y concluye así:

"Los apartes copiados desvirtúan el motivo del ataque, porque ahí se ve, y con suficiente claridad, que el ad quem tomó en cuenta las diferentes escrituras sobre constitución de las sociedades demandadas y mediante el análisis de esos documentos, de la inspección judicial practicada en la empresa 'Manufacturas Textiles Jaar Limitada', de la declaración de renta de esta sociedad correspondiente al año de 1970 y, de la prueba testimonial, decidió acerca de la unidad de empresa de esas tres sociedades de familia formadas por tres hermanos: Antonio J., Roberto y Bichara A. Jaar".

Se considera.

Es verdad que la constitución de una sociedad y el establecimiento de su objeto social requieren solemnidades especiales, y que la demostración de la existencia de la compañía y de la determinación de su objeto social exigen pruebas determinadas, pero las actividades que realmente ejerce una sociedad son hechos que admiten cualquier clase de prueba, ya que pueden corresponder o no al objeto social autorizado, y si solamente se pudieran demostrar con la escritura pública, nunca se podría establecer que una sociedad ejerce funciones no comprendidas en su objeto social. De la misma manera, es distinto el establecimiento de filiales o sucursales y el que en el hecho una sociedad obre como filial o subsidiaria de otra, por lo cual en el segundo caso la prueba de ese hecho puede ser cualquiera de las admitidas por la ley. El predominio económico de una sociedad sobre otra puede resultar de factores que deben constar en escritura pública o de fenómenos puramente económicos no previstos jurídicamente, que por ello admiten cualquier clase de prueba.

En el presente caso, el sentenciador encontró demostrada la existencia de las demandadas, en los certificados de la Cámara de Comercio como lo autoriza la ley, tuvo como similares, conexas o complementarias las actividades de tales sociedades, que encontró demostradas por diversos medios, de lo cual infirió que tenían objetivos semejantes, y halló demostrado el predominio económico de una de ellas sobre las otras, por medio que determinan esa influencia.

No habiéndose referido el examen del sentenciador al establecimiento del objeto social sino a las actividades desarrolladas, no a la creación de filiales sino a la situación dependiente de unas sociedades respecto a otras, y no a las sociedades de una compañía en las otras sino a la relación que resulte de las actividades económicas desarrolladas, no se configuran los errores de derecho presentados en el cargo, lo que hace que no prospere la cuarta acusación.

Quinto cargo.

Está formulado así:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 194 (15 del Decreto 2351 de 1965), 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de manifiestos u ostensibles errores de hecho, provenientes de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

"Los certificados de la Cámara de Comercio de Barranquilla que obran a folios 60, 132, 133, 134 y 140 a 146; la confesión contenida en la respuesta a la corrección de la demanda (folios 35 y 36); la inspección judicial (folios 126 y 127); la declaración de renta de 'Manufacturas Jaar Limitada', por el año de 1970; los testimonios de Hernán Siegert, Enrique Giraldo, Leonidas Monsalve, Jesús Conrado Ruiz y Roberto Owen Lapeira; y el legajo de correspondencia cruzada entre las partes y que aparece, en 467 folios, en cuaderno separado.

"Los errores de hecho fueron:

"a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el objeto social, giro de negocios o actividades de las sociedades 'Jaar y Cía', 'Distribuidora Jaar Limitada' y 'Manufacturas Textiles Jaar Limitada', eran similares, conexos o complementarios.

"b) Haber tenido como probado, no estándolo, que 'Manufacturas Textiles Jaar Limitada' tenía 'la calidad de directriz y de amplio predominio económico' sobre las otras dos sociedades, o sea que éstas dependían económicamente de aquélla, y

"c) Haber dado por demostrado, no estándolo, que entre las tres sociedades demandadas existía unidad de empresa".

El recurrente compara los certificados de la Cámara de Comercio sobre los objetos sociales de las compañías Jaar y Cía. y Distribuidora Jaar Limitada, para concluir que las actividades de ellas son diferentes, sin conexidad o similitud; advierte que la expresión de la contestación a la corrección de la demanda, según la cual Manufacturas Textiles Jaar Limitada se dedica a la fabricación y venta de productos de su manufactura, no precisa objeto social alguno ni proporciona bases para concluir que sus actividades son semejantes, conexas o complementarias de las demás; anota que tal frase está unida a otras que niegan la comunidad de intereses entre las sociedades, y que esos conceptos no pueden separarse si la frase inicial se toma como confesión; alega que la inspección judicial fue mal apreciada en cuanto el sentenciador dedujo de la venta de Manufacturas Textiles Jaar Limitada a varios clientes entre ellos a Distribuidora Jaar Limitada, y de las deudas de ésta a aquélla, que el objeto social de las tres sociedades ha sido en parte el mismo; estima equivocada la misma conclusión derivada de los certificados de la Cámara de Comercio en cuanto indican que el señor Antonio J. Jaar ha sido socio y gerente de las tres sociedades; critica la conclusión sobre comunidad de intereses, identidad de objetivos y similitud de actividades deducida de los testimonios de Siegert, Giraldo, Monsalve y Ruiz, porque dice que los declarantes obran a base de suposiciones o conjeturas; advierte que los locales tampoco eran los mismos porque estaban separados por una calle en medio; manifiesta que el anuncio de Distribuidora Jaar Limitada en la correspondencia, sobre distribución de productos de Manufacturas Textiles Jaar Limitada, cumple exclusivamente fines de propaganda; y sostiene que la calidad de directriz y de predominio de una sociedad sobre otra solamente puede darse cuando la primera es la principal y más grande accionista de las segundas.

El opositor presenta argumentos semejantes a los que dio en contra del cuarto cargo.

Se considera.

La comparación de los objetos sociales de Jaar y Cía. y de Distribuidora Jaar Limitada no lleva a la conclusión de que sus actividades sean disímiles.

Al folio 143 del cuaderno primero se lee respecto a la sociedad Distribuidora Jaar Limitada:

"*Objeto social.* La aceptación y manejo de agencias y representaciones, la distribución de toda clase de mercancías terminadas o de materiales procesales (sic.), nacionales o extranjeros, la compra y venta de las mismas y de materias primas y negocios afines".

Al folio 146 se dice sobre la sociedad Jaar y Compañía:

"...que el objeto primordial de la sociedad es la compra y venta de mercancías, maquinarias, importación y exportación; compra y venta de toda clase de materias primas de origen nacional o extranjero; fibras textiles de toda clase, colorantes, productos para la industria textil u otras, administración de fincas por cuenta de terceros, etcétera".

De lo transcrito resulta que el objeto social no es exactamente el mismo en cada una de las compañías, pero sus actividades sociales son indudablemente similares.

La manifestación del apoderado de las demandadas en el sentido de que Manufacturas Textiles Jaar Limitada se dedica a la fabricación y venta de los productos de su manufactura, es como ya se vio en el cargo anterior, prueba idónea de las actividades desarrolladas por la compañía, aunque no sea la prueba del objeto social autorizado en el documento constitutivo de la sociedad. Las agregaciones sobre falta de comunidad de intereses o de conexiones entre esa sociedad y las otras dos demandadas, son hechos distintos a las manifestaciones sobre las actividades, por lo cual no puede constituir una expresión indivisible.

Respecto a la mala apreciación de la inspección judicial, cabe observar que el sentenciador no dedujo de ella que el objeto social de las tres demandadas era en parte el mismo. Esta conclusión obedeció a las otras probanzas examinadas a las cuales agregó consideraciones sobre la inspección, pero de orden diferente. Dijo el sentenciador:

"2º Examinado el objeto social de cada una de las tres anteriores sociedades, no podría negarse que por lo menos en parte ha sido el mismo, como cuando se trata de la compra y venta de mercancías de producción nacional o extranjera, especialmente de carácter textil, siendo de notar, además, que en la diligencia de *inspección judicial* practicada a la empresa Manufacturas Textiles Jaar Limitada (folios 126 y 127) se constató '*que los artículos producidos por Manufacturas Jaar se venden indistintamente entre varios clientes entre ellos Distribuidora Jaar Limitada, a quien se le despacha y se le factura mensualmente...*'. Se estableció igualmente en el anexo número 2 de la declaración de renta de 1970 balance general de Manufacturas Textiles Jaar Ltda. a 31 de diciembre de 1970 aparecen en el activo cuentas por cobrar que la Distribuidora Jaar Limitada, le debía a Manufacturas Textiles Jaar Limitada, la suma de $ 6.641.433.3 y cuentas por cobrar varias $ 12.184.44". (Subraya la Sala).

Estas consideraciones sobre la inspección judicial son importantes en el orden de la vinculación de las sociedades, pues si Manufacturas Textiles Jaar Limitada que vendía sus propios productos, aparece con un capital de diez millones de pesos, cuando Distribuidora Jaar Limitada le debía seis millones y los demás clientes doce mil pesos, no se puede negar la estrecha vinculación entre las sociedades, que permite a la una crédito por más de la mitad del capital de la otra.

Respecto a los testimonios examinados por el sentenciador no puede decirse que se fundan en suposiciones, pues ellos manifiestan haber conocido los negocios del demandante con las demandadas, aunque no determinan exactamente la razón social de las compañías, y el declarante Monsalve manifiesta haber conocido toda la fábrica. No es por lo tanto equivocado apoyar en esas declaraciones la comunidad de intereses, la identidad de objetivos y la similitud de actividades.

El recurrente pretende que de la inspección ocular se desprende que las sociedades Distribuidora Jaar Limitada y Manufacturas Textiles Jaar Limitada funcionaban en locales diferentes, cuando en el acta de la inspección judicial se dice:

"El señor Juez deja como constancia que la puerta de entrada de la edificación está marcada con el número 10-240 en la parte superior hay un aviso en letras de cemento y metal que dice: Textiles Jaar. Entrando a la edificación a la derecha existen las instalaciones de Distribuidora Jaar Limitada; calle en medio dentro de las instalaciones y a la izquierda de la entrada principal existen las instalaciones de Manufacturas Jaar Limitada; que es donde está practicando actualmente la diligencia y no existen dentro del perímetro de las instalaciones demarcadas con el número 10-240 más empresas que las anteriormente citadas".

De lo anterior se deduce que las dos compañías sí operaban en el mismo local, pues la calle de que se habla está dentro del mismo edificio que es exclusivo para ellas.

En el legajo de la correspondencia se observa que la Distribuidora Jaar Limitada se presenta en el membrete como distribuidora de Manufacturas Textiles Jaar Limitada, sin que ello sea

un mero asunto de propaganda, pues a través de las mismas cartas aparece que la unión entre las dos sociedades es tal que concuerdan en una misma explotación económica, ya que es frecuente la manifestación de Distribuidora Jaar Limitada en el sentido de que no hace inmediatamente el despacho por no tener existencia pero que lo harán en breve plazo porque ellos están produciendo la mercancía pedida, y otras expresiones que denotan una sola empresa de producción y distribución pertenecientes a dos personas jurídicas distintas. (Véanse cartas de folios 10, 15, 44, 85, 144, 170, 177, 178, 203, 243, 259, 261, 307, 366, 368, 394, 404, 449 y 462.

Finalmente conviene advertir que el predominio económico de una sociedad sobre otra o el carácter de principal respecto a ella no solamente puede resultar de las acciones que una pueda tener en la otra, que es una forma simple, sino que puede provenir de contratos de exclusividad o de financiación indirecta o aun de operaciones que comprometan el capital o la administración por razones económicas.

Cabe advertir que el sentenciador partió también de la base inatacada de que Jaar y Cía., y Distribuidora Jaar Limitada fueron patronos sustituido y sustituto, respectivamente, en la empresa donde trabajó el demandante, pues dice:

"Por consiguiente, en el caso referido operó plenamente y conforme a derecho el fenómeno de la *sustitución patronal,* por haberse dado para el mismo los elementos y requisitos contemplados en el artículo 67 del C. S. T., puesto que así se acredita no solo con el documento que acaba de mencionarse, sino también por medio de los testimonios ya citados".

El documento de folio 157 del legajo de correspondencia, confirma esa sustitución, pues allí se tiene la carta de folio 158 para Jaar y Cía., como dirigida a Distribuidora Jaar Limitada.

Además, el Tribunal no partió de la base de que hubieran existido varias unidades de explotación económica, sino de una, ya que dice:

"1º Primeramente es de observar en tales sociedades o empresas la *unidad de explotación económica* que las ha guiado u orientado desde la fecha respectiva en que cada una de ellas se constituyó, como finalidad común de las mismas".

Por las razones expuestas no prospera el quinto cargo.

El recurso del demandante.

Está presentado en dos cargos el primero por interpretación errónea y el segundo por aplicación indebida. Hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Dice el recurrente:

"Pretendo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto toma como fecha inicial para el reconocimiento de la pensión de jubilación el 9 de agosto de 1971, o sea la fecha en que fue notificado a la demandada el auto admisorio de la demanda, y no la fecha en que el contrato terminó, que fue el 15 de febrero de ese mismo año, para que, convertida esa superioridad en Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado donde declara probada la excepción de petición antes de tiempo, y, en su lugar, condene al pago de la jubilación plena a partir del 15 de febrero de 1971 en adelante, y la confirme en lo demás, imponiendo a la parte demandada las costas en el recurso si hubiera oposición".

El opositor manifiesta lo siguiente:

"Se ve claramente que el impugnante limita su aspiración a que la honorable Corte anule la sentencia materia del recurso *únicamente* en cuanto dispuso que la pensión de jubilación debía pagarse desde el 9 de agosto de 1971, siendo su voluntad que se mantenga en sus restantes partes y, de manera especial, el pronunciamiento hecho en el ordinal 2º, con la salvedad indicada. Quiere que se deje en firme, pues, el referido ordinal en cuanto condena a las demandadas a pagar al actor una pensión plena de jubilación. Pero al mismo tiempo solicita a la honorable Corte que, en sede de instancia, revoque el fallo del Juzgado en la parte que declara probada la excepción de petición antes de tiempo y, en su lugar, *condene al pago de la jubilación plena* a partir del 15 de febrero de 1971, con lo cual no solo pretende que la honorable Sala sin anular la condena por pensión de jubilación profiera otra por el mismo concepto, o que sustituya una condena decretada por el Tribunal y cuya infirmación no ha sido pedida previamente, ni lograda a través del recurso de casación, sino que se mantenga en vigor dos condenaciones por pensión de jubilación: la proferida por el *ad quem* y no casada en virtud del recurso extraordinario, conforme a la voluntad expresa del impugnador, y la que la honorable Corte decrete como juez de instancia al revocar parcialmente la de primer grado, siguiendo el derrotero trazado por el recurrente. Estos propósitos del censor no solamente resultan contrarios a la lógica más elemental, sino que no se ve claro cómo pueda esa honorable corporación llegar a ejercer las funciones de juzgador de instancia, condenando al pago de pensión de jubilación a partir del 15 de

febrero de 1971, si antes no ha casado el fallo del Tribunal que ha decretado condena por el mismo extremo a partir del 9 de agosto de 1971, que es lo que ha debido solicitarse en la primera parte del *petitum* de la demanda y no simplemente que la sentencia fuera casada en cuanto señala esta última fecha como punto de partida para el pago de las mesadas. De accederse a lo que aspira el recurrente, se estaría frente a dos sentencias con igual firmeza judicial: una de segundo grado que dispone el pago de una pensión de jubilación, pero sin que se sepa desde qué fecha debe pagarse (pues se supone que la parte que la indicaba ha sido anulada), y otra de primer grado —que ha debido ser sustituida por aquella— que condenaría al pago de la misma pensión, pero con señalamiento de fecha''.

Se considera.

El alcance de la impugnación es claro en el sentido de que solamente se pretende la casación del fallo recurrido en cuanto señaló como fecha inicial de la pensión la de notificación de la demanda y no la de terminación del contrato, para que después de revocar la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de petición antes de tiempo, se produzca la pensión plena desde la ruptura del vínculo. No se trata de que se haga condena por una pensión distinta, sino de la que ya obtenida tenga vigencia desde la fecha de terminación del contrato y no desde la notificación de la demanda. No resulta lógico el alcance de la impugnación ni de él dos prestaciones diferentes, sino la misma por un tiempo mayor, por lo cual debe estudiarse la acusación.

Se estudiará el segundo ataque porque no aparece del fallo recurrido exégesis sobre las normas que se consideran violadas por interpretación errónea en el primer cargo.

Segundo cargo.

Se hace consistir en violación directa del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 14 de la Ley 171 de 1961 y el 8º del Decreto 1611 de 1962, por aplicación indebida.

El recurrente transcribe los párrafos en que el ad quem apoyó la decisión y luego termina la demostración así:

''De la motivación anterior, y de la parte resolutiva correspondiente ya copiada, se desprende, con toda evidencia, que el ad quem violó las normas mencionadas en el cargo por aplicación indebida, ya que no les dejó producir todas las consecuencias jurídicas que ellas consagran, pues si el contrato terminó el 15 de febrero de 1971 y en esa fecha, como lo dice el mismo Tribunal interpretando rectamente el artículo 260 del C. S. del T., se reunían todos los requisitos por él exigidos para el nacimiento del derecho a la jubilación, la aplicación adecuada de esa norma hubiera sido ordenar el reconocimiento judicial del derecho desde esa fecha y no a partir de la notificación de la demanda como se hizo limitando los efectos jurídicos del precepto, como bien se comprende por la simple lectura de su texto''.

Se considera.

Dijo el sentenciador:

''En consecuencia, hallándose reunidos todos los requisitos legales exigidos por el artículo 260 del C. S. T., las tres sociedades denominadas 'Jaar & Cía.', 'Distribuidora Jaar Limitada' y 'Manufacturas Textiles Jaar Ltda.', a las cuales une o vincula entre sí el fenómeno jurídico aquí declarado sobre la *unidad de empresa,* deberán pagar *solidariamente* al señor *Alcides Gaitán Vásquez* una *pensión mensual vitalicia de jubilación,* equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios (comisiones) devengados por él en el último año de servicio.

''Como ya se vio que durante el lapso comprendido entre el 15 de febrero de 1970 y el 15 de febrero de 1971 (último año de servicio del demandante) el señor Gaitán Vásquez obtuvo un *salario promedio de $ 7.374.45 mensuales,* por concepto de comisiones que le fueron pagadas en su calidad de agente vendedor al servicio de las demandadas, al sacarle a esta cantidad de dinero el 75% resulta entonces que el demandante, como beneficiario, tiene derecho a que se le reconozca y pague una *pensión mensual vitalicia de jubilación* por valor de *$ 5.530.84 moneda legal,* a partir del día 9 de agosto de 1971, fecha de la notificación y traslado de la demanda de este proceso al señor Antonio Jaar (folio 11).

''Este reconocimiento se hace a partir de tal fecha en adelante, y no desde la desvinculación del señor Gaitán Vásquez el 15 de febrero de este mismo año, a pesar de que en esta última fecha ya él tenía cumplidos en exceso los 55 años de edad y también mucho más de los 20 años de servicios, por cuanto su reclamo concreto a los patronos sobre esta prestación social apenas aparece formulado por primera vez en la demanda, no habiéndose mencionado siquiera la *pensión de jubilación* cuando se conciliaron entre las partes

el día 15 de febrero de 1971, ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, otras prestaciones distintas reclamadas en esa ocasión por el actor, como fueron la *cesantía, las primas de servicio* y las *vacaciones* (folio 61)".

Ordena el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo:

"*Derecho a la pensión.* 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio".

"2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio".

De la comparación anterior resulta que el ad quem dio a la norma un alcance que no tiene, pues a pesar de reconocer que se reunían todos los elementos del derecho a la jubilación, no reconoció la prestación desde el momento en que cumplidas las condiciones legales, se desvinculó del servicio el trabajador, sino que limitó el derecho a la época en que se hubiera solicitado el reconocimiento, que encontró en la fecha de la notificación de la demanda.

Lo anterior constituye una violación por aplicación indebida, pues se hace producir a la norma un efecto no querido por la ley. Prospera la acusación.

Para las consideraciones de instancia basta agregar que la terminación del contrato en 15 de febrero de 1971, es hecho admitido al contestar el cuarto de la demanda, que para entonces ya había servido el trabajador más de 20 años y tenía según el dictamen médico practicado en la segunda instancia, más de 55 años de edad. Por lo tanto debe reconocerse la pensión de jubilación desde la fecha indicada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Alcides Gaitán Vásquez contra las sociedades Jaar y Cía., Distribuidora Jaar Limitada y Manufacturas Textiles Jaar Limitada, en cuanto limitó la condena a la pensión mensual vitalicia de jubilación al imponerla desde el nueve de agosto de mil novecientos setenta y uno, REVOCA el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de catorce de mayo de mil novecientos setenta y uno, dictado en el mismo juicio, por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar CONDENA a las demandadas a pagar solidariamente al demandante Alcides Gaitán Vásquez, desde el quince de febrero de mil novecientos setenta y uno, la pensión plena de jubilación ordenada en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia recurrida. NO LA CASA EN LO DEMÁS.

Las costas del recurso propuesto por la parte demandada en el juicio, son de cargo suyo.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECARGO POR SALARIO NOCTURNO

El fallador de segunda instancia no accedió a las peticiones de recargo del 35% sobre el valor del trabajo diurno por el solo hecho de ser nocturno y a la sobrerremuneración por trabajos en días de descanso obligatorio, argumentando para ello que el salario devengado por los demandantes, de $ 77.77 diarios, compensaba el recargo y la sobrerremuneración por cuanto el salario mínimo en la época en que prestaron sus servicios era de $ 20.00.—Es decir, que se rebeló contra los artículos 166, Num. 1º y artículo 12 del D. L. 2351 de 1965, que consagran dichos derechos, y que no hacen excepciones, cuando el salario ordinario del trabajador sea superior al mínimo legal y ni establecen que el mayor valor compensa tales recargo y sobrerremuneración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 44.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Los señores Ivar Ferla, Luis Eduardo Ferla y Alfredo Ferla demandaron por medio de apoderado judicial a la Texas Petroleum Company, con domicilio en Orito, Municipio de Puerto Asís, para que se la condenara a pagarles las siguientes sumas: $ 23.987.40 por cesantía; $ 11.993.70 por vacaciones; $ 23.987.40 por prima de servicios; $ 54.833.70 por 35% de recargo por trabajo nocturno; $ 75.145.30 por 121 festivos y dominicales; $ 25.190.00 como indemnización por despido unilateral y $ 120.000.00 por indemnización moratoria.

El apoderado de los demandantes relata los hechos en que se fundamentan las pretensiones así:

"1º La Compañía Texas Petroleum Company e Ivar Ferla celebraron un contrato de trabajo a término indefinido en virtud del cual éste se comprometió a prestar sus servicios en el aseo y limpieza de todas las oficinas de la empresa en el campamento de Orito, Municipio de Puerto Asis (P.), con otros trabajadores. 2º Ivar Ferla, intermediario de la empresa, vinculó a Luis Eduardo y Alfredo Ferla para que laboraran junto con él, las actividades que antes se señalaron en beneficio de la Texas Petroleum Company. 3º Con el objeto de eludir las obligaciones laborales que surgen de la relación de trabajo, la empresa Texas Petroleum Company hizo firmar a mi mandante, Ivar Ferla, el documento distinguido con el número MC.TPC-3197 de 25 de abril de 1971. 4º La Texas Petroleum Company y su intermediario, señor Ivar Ferla, acordaron un salario colectivo de siete mil pesos ($ 7.000.00) mensuales para mis mandantes, dentro de los cuales se incluían las primas de alimentación y alojamiento establecidos convencionalmente para los trabajadores de Texas Petroleum Company. 5º Mis mandantes realizaron su labor con la máquina brilladora, traperos, cepillos y otros elementos de la empresa, por cuyo deterioro debían responder. Es decir que estaban obligados, de conformidad con el artículo 58 del C. S. T. a conservar y restituir en buen estado dicha maquinaria de la Texas Petroleum Company. 6º El horario de trabajo para mis mandantes se iniciaba a las cinco de la tarde y terminaba a la una de la mañana, bajo la continuada subordinación y supervigilancia del jefe de Relaciones Industriales de la Texas Petroleum Company y sometidos al reglamento interno de trabajo. La empresa no ha pagado hasta el momento a Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla el 35% de recargo por trabajo nocturno. 7º El aseo y limpieza de las oficinas de la empresa en Orito es permanente y mis mandantes laboraron los días festivos y dominicales sin que Texas Petroleum Com-

pany les haya remunerado dichos días de acuerdo a la ley. 8º Mis mandantes iniciaron a prestar sus servicios el 25 de abril de 1971. El 27 de enero de 1972, mediante orden dada en la fecha, la Texas Petroleum Company puso a mis mandantes bajo la administración de la empresa contratista Caterser Limitada, haciendo firmar a Ivar Ferla y dicha empresa un documento igual al relacionado en esta demanda y sin que haya solución de continuidad en las prestaciones del servicio con el mismo horario y recibiendo los pagos de la Texas por intermedio de Caterser. El 20 de enero del presente año, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo a mis mandantes de manera unilateral prestaciones sociales, los subsidios y demás emolumentos que se deriven del contrato de trabajo. 9º El aseo y limpieza de las oficinas de la Texas en el campamento de Orito, es una labor conexa a la exploración, explotación y refinación del petróleo, actividad de la compañía de carácter principal. 10. Caterser Limitada es una empresa contratista de la Texas Petroleum Company. 11. La mora en el pago de las prestaciones sociales, los salarios, subsidios y demás emolumentos ha causado a mis mandantes perjuicios morales y materiales que deben indemnizarse. 12. El patrono es uno mismo, la obligación proviene de una misma causa, las pruebas de que han de valerse mis mandantes son las mismas y existen entre las acciones la conexidad requerida para acumularse".

Al contestar la demanda el apoderado de Texas Petroleum Company se opuso a las peticiones, negó los hechos, y propuso las excepciones de "carencia de acción, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de obligación, pago".

Como razones de la defensa adujo que su poderdante había celebrado un contrato de carácter civil con Ivar Ferla, como contratista independiente y en las labores propias de su oficio, con autonomía para el desarrollo del mismo, sin estar sujeto a horario ni a subordinación de ninguna clase, habiéndose pactado que los salarios y prestaciones sociales de personal que necesitare serían por su cuenta, y que así como a la terminación del contrato presentó los finiquitos correspondientes a Luis Eduardo y Alfredo Ferla. Además, dijo que las labores de aseo y limpieza son extrañas a las actividades de la Texas Petroleum Company, por lo cual desaparece cualquier responsabilidad de la misma por las prestaciones reclamadas.

En la primera audiencia de trámite el apoderado de la demandada propuso la excepción de inepta demanda, como previa, y la de ilegitimidad de personería de la parte que representa por cuanto la demanda está dirigida contra una persona diferente de la llamada a responder por las pretensiones que se impetran en el libelo. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Mocoa, que conoció del juicio, no declaró probada la excepción dilatoria, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento desató el litigio en sentencia de quince de julio de mil novecientos setenta y cuatro, que dispuso: "1º La empresa Texas Petroleum Company, pagará al día siguiente de la ejecutoria de esta sentencia, a los demandantes, señores Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla, para que distribuyan en partes iguales las siguientes sumas:

a)	Por cesantía.. ... ...$	22.785.20
b)	Por vacaciones	12.526.75
c)	Por prima de servicios	22.137.50
d)	Por 35% de recargo por trabajo nocturno	51.041.60
e)	Por 121 días festivos y dominicales laborados	76.230.00
f)	Por indemnización al despido unilateral y sin justa causa ..	157.239.60

"2º Condenar a la empresa Texas Petroleum Company a pagar en favor de los señores Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla, como indemnización moratoria un día de salario por cada día de demora a partir del 20 de enero de 1973 hasta que se realice el pago a razón de $ 436.75 diarios. 3º Condenar en costas de esta instancia a la empresa Texas Petroleum Company, por haberse opuesto a las pretensiones, las cuales se liquidarán por la Secretaría de este Juzgado, una vez en firma esta providencia".

Apeló el apoderado de la sociedad demandada. El Tribunal Superior de Pasto, en sentencia de veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro reformó la de primer grado en el sentido de condenar a Texas Petroleum Company a pagar a Ivar Ferla, Luis Eduardo Ferla y Alfredo Ferla, lo siguiente: $ 12.152.64 por concepto de cesantía $ 5.833.33 imputables a vacaciones; $ 10.500.00 por primas de servicios y $ 2.333.33 como indemnización por despido unilateral; confirmó la condena en costas de la primera instancia e impuso las de la segunda a la parte demandada.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación pero el Tribunal Superior denegó el de parte demandada y concedió al de la demandante, que admitido por esta Sala de la Corte se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que se case en su totalidad el fallo acusado y que en su lugar, obrando la Corte en función de instancia, confirme en todas y cada una de sus partes el fallo de primer grado.

Con fundamento en la causal primera de casación formula cuatro cargos, que se estudiarán en su orden.

Primer cargo. "Acuso la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto de violar, directamente, los artículos 168, numeral 1º; 169, 172, 173 numeral 1º y 177 del C. S. T., el artículo 12 del D. L. 2351 de 1965, y los artículos 1º del D. 1233 de 1969 y 1º del D. 577 de 1972, por indebida aplicación".

Transcribe el recurrente los artículos 168, numeral 1º y 169 del Código Sustantivo del Trabajo y dice que esas dos disposiciones son aplicables al caso en estudio, por cuanto la jornada realizada por los demandantes era nocturna y que para liquidar el recargo del 35% debió el ad quem tomar el salario colectivo ordinario fijado para la jornada diurna, que así debe entenderse el de $ 7.000.00 estipulados en el contrato, pues de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema, "la regla es fijar el salario para la jornada diurna, no para la nocturna". Agrega que los artículos 172 y 173 numeral 1º del C. S. del T. disponen que los patronos están en la obligación de dar a sus trabajadores descanso dominical remunerado con el salario de un día cuando no se haya faltado al trabajo durante la semana y el artículo 177 de la misma obra hace extensivo ese descanso a ciertos días de fiesta civil y religiosa y que cuando los trabajadores laboran en esos días exigen para los patronos la obligación de remunerarles en la forma estipulada en el artículo 12 numeral 1º del Decreto 2351 de 1965, disposiciones que son aplicables a los demandantes, por cuanto ellos trabajaron en 121 días festivos y dominicales. Termina el casacionista su argumentación así:

"Si el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, hubiera aplicado las anteriores disposiciones no absolverá a la empresa demandada de pagar el recargo del 35% por trabajo nocturno y el valor de la remuneración de 121 días festivos y dominicales laborados, y por lo tanto, debió confirmar las condenas que por estos conceptos hizo el a quo, el juzgador en segunda instancia en vez de hacer lo anterior aplicó los artículos 1º del Decreto 1233 de 1969 (julio 31) y el 1º del Decreto 577 de 1972 (abril 13), diciendo que las pretensiones sobre 35% de recargo por trabajo nocturno y la remuneración de 121 días festivos y dominicales laborados tenían que ver con el salario mínimo que rigió al tiempo de la ejecución del trabajo y que como éste no pasó de $ 20.00 diarios, con los $ 77.77 diarios que cada hermano Ferla gozaba, estaban más que compensadas. Las anteriores disposiciones no son aplicables a los hechos del trabajo nocturno y en días de fiesta y dominicales sino al insuceso de que el patrono o empresa no cubriera aquel salario mínimo, que no es otra cosa que la cantidad fija y mínima por debajo de la cual no es posible, legalmente, contratar, por esta razón el ad quem aplicó indebidamente las disposiciones a que se han hecho referencia. Por último es de anotar que es un absurdo jurídico afirmar, como lo hace el Tribunal, que el descanso que los hermanos Ferlá realizaban después de cada jornada contribuyan a compensar las pretensiones a que me vengo refiriendo. Ese descanso no es otro que el necesario y vital para que el trabajador recupere las energías perdidas y pueda continuar así, prestando sus servicios al patrono".

Para el opositor demandada y demandantes no estuvieron ligados por contratos de trabajo, y aun en el supuesto de que se considerase lo contrario, a pesar de que se fijó un horario para realizar la labor a partir de las 5.00 p. m. no se determinó en el proceso dice textualmente: "el valor de esta actividad dentro de la jornada ordinaria o diaria, para que el fallador hubiera podido tomar un guarismo fijo, para aplicarle el porcentaje de recargo que señala la ley para la jornada nocturna o extraordinaria, ni tampoco se acudió al dictamen pericial que pudiera dar ese guarismo fijo al que se aplicaría el porcentaje de recargo. Como ello no ocurrió el Tribunal no podía aplicar normas a hechos que no se demostraron en el proceso, y en consecuencia no violó ninguna disposición de las que el casacionista cita".

Se considera:

El Tribunal Superior encontró demostrado en el proceso que "los trabajadores empezaban su labor de limpieza y aseo a las cinco y que terminaban este trabajo a la una de la mañana del día siguiente". Y en relación con recargo por trabajo y 121 días festivos y dominicales, dijo: "Se trata de un solo título estas dos prestaciones reclamadas ya que ambas tienen que ver con un punto común: el salario mínimo que rigió al tiempo de la ejecución del trabajo. Analizadas esas normas sobre dicho salario mínimo, éste jamás pasó de los veinte pesos ($ 20.00) diarios de donde se deduce que con $ 7.000.00 mensuales

cada hermano Ferla gozaba de $ 77.77 diarios, en donde de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina muy abundantes sobre el particular, es lógico concluir estaban más que compensadas las dos peticiones hechas referentes al recargo sobre trabajo nocturno y 121 días festivos y dominicales, máxime si se considera que descansaban desde la una (1) de la mañana, cuando terminaba la labor hasta las cinco (5) de la tarde, cuando la empezaban. No hay lugar, por lo dicho, a decretar estas condenas".

El fallador de segunda instancia no accedió a las peticiones de recargo del 35% sobre el valor del trabajo diurno por el solo hecho de ser nocturno y la sobrerremuneración por trabajos en días de descanso obligatorio, argumentando para ello que el salario devengado por los demandantes, de $ 77.77 diarios compensaba el recargo y la sobrerremuneración por cuanto el salario mínimo en la época en que prestaron sus servicios era de $ 20.00. Es decir que se rebeló contra los artículo 166, numeral 1º y artículo 12 del D. L. 2351 de 1965 que consagran dichos derechos, y que no hacen excepciones, cuando el salario ordinario del trabajador sea superior al mínimo legal y ni establecen que el mayor valor compensa tales recargos y sobrerremuneración. Infringió el Tribunal Superior directamente las normas citadas y el cargo en consecuencia prospera.

El argumento del opositor de que entre las partes no existió contrato de trabajo no es de recibo, pues tal modalidad la encontró demostrada el Tribunal Superior, hecho que se convierte en indiscutible en el recurso de casación.

La sentencia se casará en lo pertinente y la decisión de instancia se tomará de acuerdo con las consideraciones que más adelante se expondrán.

Segundo cargo. "La sentencia objeto de este recurso extraordinario es violatoria, directamente, de los artículos 186, 249 y 306 del C. S. T. y 14 y 17 del D. L. 2351 de 1965, incorporados a los artículos 189 y 253 del C. S. T., respectivamente, por *indebida aplicación,* y consecuencialmente del artículo 127 del C. S. T. por falta de aplicación. En efecto el recargo por trabajo nocturno y la remuneración de la labor en días domingos y de fiesta son elementos del salario, de acuerdo con el artículo 127 del C. S. T., dejado de aplicar al caso de autos. De otro lado el honorable Tribunal de Pasto aplicó indebidamente los artículos ya enunciados, al efectuar la liquidación en el caso sub lite, del auxilio de cesantía, las vacaciones y la prima de servicios, sin incluir en el salario base para esa liquidación el 35% de recargo por trabajo nocturno y la remuneración de los 121 días festivos y dominicales laborados por los señores Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla, que de acuerdo con el artículo 127 del C. S. T. constituyen factores de salario que por ende deben tenerse en cuenta para liquidar aquellas prestaciones sociales. El ad quem liquidó éstas teniendo como base tan solo los siete mil pesos ($ 7.000.00) pactados inicialmente. En consecuencia el salario que debió tenerse como base para las liquidaciones en referencia es el salario colectivo de trece mil ciento tres pesos con treinta centavos ($ 13.103.30) mensuales, resultante de los siete mil pesos pactados inicialmente más el 35% de recargo por trabajo nocturno y más el promedio del valor de la remuneración de los 121 días festivos y dominicales laborados, así $ 7.000.00 + $ 2.450 + $ 3.653.30 = $ 13.103.30. Ciertamente los artículos 249 y 306 del C. S. T. ordenan que el auxilio de cesantía y la prima de servicios se pagan con un mes de salario por cada año de servicios, salario éste que debe entenderse integrado por todos sus factores de conformidad con el artículo 127 del C. S. T. Por otro lado el numeral 3º del artículo 14 del D. L. 2351 de 1965 incorporado al artículo 189 del C. S. T. ordena que para compensar en dinero las vacaciones debe tomarse como base el último salario devengado por el trabajador. En este caso el último salario, como antes se dijo, fue de $ 13.103.30 mensuales que colectivamente debían pagarse a Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla, y en base a este salario debió pagarse las vacaciones y no con los siete mil pesos ($ 7.000.00) como indebidamente lo hizo el juzgador de segunda instancia".

Para el opositor no se demostró en legal forma el trabajo en dominicales y festivos, ni tampoco el valor de la jornada diaria para la labor ejecutada, por lo cual el fallador de segunda instancia no encontró base para proferir las condenas impuestas por el a quo, que revocó.

Se considera:

Este cargo acusa la sentencia recurrida de violar las normas sustanciales que consagran el derecho al auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios por no haberse hecho las liquidaciones respectivas teniendo en cuenta como factor del salario el recargo del 35% por el trabajo nocturno y la sobrerremuneración por trabajo en días de descanso obligatorio; es decir, de haberse producido la pretendida violación de esas normas, tuvo como causa la de los artículos 168-1 del C. S. del T. y 12 del Decreto 2351 de 1965 que consagran ese recargo y sobrerremuneración

y que no fueron incluidas entre las infringidas, por lo cual la proposición jurídica resulta incompleta. La prosperidad del primer cargo no subsana la deficiencia, porque dentro de la técnica del recurso cada acusación es independiente. Se rechaza el cargo.

"*Tercer cargo.* El honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto —Sala Laboral— en su sentencia del 22 de octubre del presente año, violó, directamente, los artículos 4º, numerales 1 y 3 y 8 del D. 2351 de 1965 incorporados a los artículos 46 y 64 del C. S. T., por falta de aplicación".

Al sustentar el cargo el recurrente dice que el ad quem afirma que el segundo contrato celebrado entre Ivar Ferla y la empresa contratista independiente de la Texas Petroleum Company, denominada Caterser Limitada, a quien la primera cedió el contrato, fue a término fijo de un año contado a partir del 1º de febrero de 1972 hasta el 1º de febrero de 1973; que se encuentra probado y así lo declara la sentencia impugnada, que la convención fue concluida por decisión unilateral de la empresa demandada y sin justa causa el 20 de enero de 1973, es decir, faltando 10 días para concluir dicho contrato de trabajo y sin dar ningún previo aviso escrito y con antelación de treinta días.

Transcribe el casacionista el artículo 4º en sus numerales 1º y 3º del Decreto 2351 de 1965, que considera aplicable al caso en estudio, pues al no haber manifestado la empresa demandada su deseo de no prorrogar el contrato de trabajo mediante aviso escrito dado con antelación de treinta días al 1º de febrero de 1973, fecha en que finalizaba, se prorrogó hasta el 1º de febrero de 1974 por ministerio de la ley. Copia el impugnador el artículo 8º del Decreto 235 de 1965 y termina la sustentación del cargo así:

"La anterior disposición es aplicable al caso de autos, por cuanto el contrato de trabajo a término fijo fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte de la empresa. Entonces la indemnización que la Texas Petroleum Company debe pagar a mis mandantes por este motivo corresponde a los salarios del tiempo que faltaba para terminar la convención, que como antes dijimos, en el presente caso, es un año y diez días, contados desde el 20 de enero de 1973 al 1º de febrero de 1974, fecha en la cual debía terminar el contrato de trabajo. El salario con que debe pagarse esta indemnización debe entenderse integrado por todo sus valores es decir, que para este caso debe tenerse en cuenta el salario colectivo de $ 13.103.30 mensuales, o $ 435.75 diarios que fue el último que devengaron Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla. Si el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto hubiera aplicado las anteriores disposiciones no hubiera reformado la condena que por este concepto hizo el a quo. Pero en vez de hacer lo anterior aplicó para el caso el artículo 8º del D. L. 2351 de 1958, disposición que no existe en nuestro régimen laboral, condenando tan solo a 10 días de salario, porque dizque éste era el tiempo que faltaba para finalizar la convención laboral. Por lo anterior, la honorable Corte Suprema de Justicia debe casar en este punto la sentencia impugnada y obrando en función de instancia confirmar la condena que por este concepto hace el a quo. Lo anterior a pesar de que como dije antes la indemnización corresponde a los salarios de un año y diez días tiempo que faltaba para finalizar el contrato, pero como el a quo solo condenó a pagar los de un año y no manifestó mi inconformidad, debe confirmarse tal condena".

La parte no recurrente se opone a esta acusación en los siguientes términos: "Como lo anota el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en la parte pertinente, la empresa que apodero, Texas Petroleum Company en nota de 27 de enero de 1972 (folio 6), comunicó al señor Ivar Ferla la cesión del contrato a la firma Caterser Limitada, con efectividad al 1º de febrero del mismo año, y fue así como éste firmó nuevo contrato con la firma cesionaria cuya copia aparece a folio 8 del expediente. Este fue el último contrato mediante el cual Ivar Ferla se comprometió a prestar la labor de aseo para Texas Petroleum Company, pero ya por virtud de un contrato celebrado con una persona distinta, quien fue la que terminó la relación de tal manera que mi representada no tiene por qué responder de hechos realizados por personas ajenas. Aun y aceptando en gracia de discusión que la relación Texas - Ferla estuvo regida por contrato de trabajo, lo que se hubiera operado en relación con la sociedad Caterser Limitada, sería una sustitución patronal, pero tampoco así mi representada tendría obligación alguna por este concepto, ya que la responsabilidad derivada de este fenómeno jurídico solamente iría hasta la fecha en que se operó el cambio de contratos. Repito, no fue Texas Petroleum Company quien terminó el contrato, sino Caterser Limitada, y siendo así no existe razón de orden legal alguna para que mi poderdante responda por hechos ajenos. Por lo demás, la relación que existió con los demandantes como lo he venido sosteniendo, no fue de carácter laboral en forma que pudieran aplicarse a ella las normas sobre esta materia".

Se considera:

Sobre la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo dijo el Tribunal Superior:

"El contrato original fue celebrado el 25 de abril de 1971. A folio 6 del proceso existe una nota que comunica a Ivar Ferla que a partir del 1º de febrero de 1972, la Texas Petroleum Company cedió dicho contrato a Caterser, Limitada. Nada expresó el trabajador en relación con esta cesión, lo que implica que lo aceptó con todas sus consecuencias jurídicas, de conformidad con la doctrina laboral, lo que es lo mismo que haber aceptado por parte del obrero que el contrato terminaba en 1º de febrero de 1973. Pero como en realidad y de conformidad con las constancias del juicio la convención fue concluida el 20 de enero de dicho año de 1973, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1958, debe la compañía demandada a los obreros la suma de $ 2.333.33 o sea el salario correspondiente a diez días que faltaron para la terminación del contrato".

Observa la Sala, según lo transcrito, que el Tribunal Superior ignoró lo dispuesto en el artículo 4º, inciso 3º del Decreto 2351 de 1965, pues no habiéndose dado por el patrono el desahucio de 30 días de que habla la norma el contrato se prorrogó automáticamente por un año. Sin embargo esta violación de la ley no es suficiente para casar la sentencia, porque al entrar en consideraciones de instancia encontraría la Sala, como lo aceptó el Tribunal Superior, que la sociedad demandada, Texas Petroleum Company, "cedió" el contrato que tenía celebrado con Ivar Ferla a Caterser, Limitada, entidad esta última que lo dio por terminado unilateralmente; y si la "cesión", como la denomina el ad quem implicó una sustitución patronal, no estaría obligado el primer patrono a indemnizar por la terminación unilateral del contrato que respecto a él terminó cuando se produjo la sustitución como lo anota el opositor; y si Caterser Limitada fue un contratista independiente, hipótesis planteada por el recurrente, solo respondería el beneficiario, Texas Petroleum Company, si además se reúnen los requisitos del artículo 34, una vez establecida la obligación del contratista independiente, lo que no se presenta en el caso de autos, pues se demandó directamente al supuesto beneficiario de la obra para que en virtud de la solidaridad establecida en la ley respondiera de obligaciones no deducidas mediante controversia con el contratista independiente. Es decir, que al no acreditarse la existencia de la legitimación en causa pasiva de la Texas Petroleum Company se impondría la absolución de la misma, por lo cual resalta la improcedencia de casar el fallo recurrido, que condenó a pagar cierta cantidad de dinero por indemnización por despido injusto.

Cuarto cargo. "El fallo impugnado viola indirectamente y por indebida aplicación los artículos 10 de la C. N., 18 del C. C. C., 57 del C. P. y M. y los artículos 2º y 65 del C. S. T., debido a error ostensible de hecho al no dar por demostrado, estándolo, la mala fe de la empresa demandada en negar el pago de los salarios y prestaciones sociales y la existencia del contrato de trabajo desde el momento mismo de su celebración".

Dice el recurrente que figuran en el expediente, a folios 85 y 86, las declaraciones suscritas por las Cintracontexas y las organizaciones sindicales existentes en Orito por medio de las cuales denuncian a la Texas Petroleum Company de hacer firmar contratos civiles con el fin de burlar las prestaciones sociales; que a folios 87 a 96 aparecen similares contratos al suscrito entre Ivar Ferla y la sociedad demandada, que los hace firmar en documentos previamente elaborados como lo manifiesta el propio Ivar Ferla en su declaración de parte, y lo confirman los testigos Luis Antonio Laverde, folio 37; Pablo León Rosero, folio 75 y Orlando Rojas, folio 78; que a folios 98 a 105 aparecen actas de conciliaciones celebradas entre la Texas Petroleum Company con presuntos ex contratistas independientes, a quienes dicha sociedad les hizo firmar contratos civiles similares al suscrito con Ivar Ferla, conciliaciones en las cuales se dice que son trabajadores para que reciban las sumas que les ofrecen, pero que siguen siendo contratistas independientes para posteriores reclamos. Agrega que los anteriores documentos son auténticos puesto que fueron expedidos por las respectivas entidades obligadas a hacerlo, se aportaron en su oportunidad legal y la parte demandada no los redarguyó ni tachó de falsos, y además, junto con los testimonios, forman un todo único con las denuncias hechas por las organizaciones sindicales. Luego argumenta así:

"Todo este acervo probatorio parece fue tenido en cuenta por el juzgador de segunda instancia, pero no le dio el valor suficiente para declarar que hubo mala fe por parte de la empresa demandada en negar el vínculo laboral con Ivar Ferla desde el momento mismo de su celebración, tal como lo declara el a quo. En efecto el ad quem llega a la siguiente conclusión: 'Y esa marcada mala fe no asoma en este proceso por parte de la Texas Petroleum Company que quizá por una inveterada costumbre,

al conceder trabajo a los nacionales colombianos, trasplanta leyes de su país ed origen donde los contratos laborales tienen allá valor de civiles, costumbre que debe corregir, pero, que, a juicio de esta corporación y en el caso cuestionado no la juzga prevista de malicia alguna, como antes expresó'. Estoy plenamente de acuerdo con esta conclusión en cuanto dice que es *costumbre inveterada* de la Texas Petroleum Company trasplantar las leyes de Estados Unidos, donde los contratos de trabajo tienen el valor de civiles, hecho éste que es deducible de las pruebas que antes discriminé y que el ad quem no las valoró adecuadamente. Es fácil deducir que este hecho es de mala fe por cuanto se hace precisamente para burlar las prestaciones sociales y las indemnizaciones correspondientes por el despido y la mora en el pago. La Texas Petroleum Company no puede decir que trasplanta las leyes de su país a Colombia por desconocer las nuestras y que lo hace de buena fe ya que 'no podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla' (artículo 56 del C. P. y M.). El hecho de que la Texas Petroleum Company tenga la *costumbre inveterada* de hacer firmar contratos civiles para burlar las leyes de Colombia amparándose en las de su país de origen es más que un acto de mala fe porque viola precisamente nuestra soberanía. De otro lado la honorable Corte Suprema de Justicia en casación de 31 de agosto de 1971 dijo: 'La visible lealtad de la parte demandada durante el proceso es uno de los criterios de apreciación de la buena fe'. A través de todo el proceso, y así lo declaró en su sentencia el a quo, el apoderado de la Texas Petroleum Company, con el objeto de que el debate se dilatara, produjo una serie de hechos e interpuso, temerariamente, el recurso de apelación contra la mayor parte de las providencias proferidas a través del juicio, negó la colaboración para la práctica de la inspección ocular, folios 116 y 117, abundó en constancias contrarias a la verdad, saboteó la cuarta audiencia de trámite, según constancia del juzgador de primera instancia visible a folio 129 y sus intervenciones en las audiencias públicas fueron 'sumamente irrespetuosas y altaneras'; esto es que la parte demandada actuó con visible *deslealtad procesal,* actuación que también debió considerar el Tribunal Superior de Pasto para declarar que hubo mala fe por parte de la empresa demandada en negar el vínculo laboral con Ivar Ferla y el pago de las correspondientes prestaciones legales y salarios. Además esta visible deslealtad procesal concuerda con la costumbre inveterada a que se ha hecho referencia. No existe en el proceso ninguna prueba que desvirtúe el contenido del documento que aparece en folio 85 y por el contrario sí está demostrado precisamente la costumbre inveterada tantas veces nombrada. Por otro lado en ningún momento la empresa ha discutido o negado la vinculación o contratación que en su nombre, y en calidad de intermediario hizo Ivar Ferla con sus dos hermanos, Luis Eduardo y Alfredo. La conclusión a que llega el juzgador de segunda instancia en el sentido de que la costumbre inveterada de la Texas Petroleum Company de trasplantar las leyes de su país de origen en materia laboral, no es un acto de mala fe, viola indirectamente y por indebida aplicación los artículos 10 de la C. N., 18 del C. Civil, 57 del C. P. y M. y 2 del C. S. del T., los cuales disponen que la Constitución Nacional y las leyes de Colombia son obligatorias tanto para los nacionales como para los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio. Y al concluir, '... costumbre que debe corregirse, pero que, a juicio de esta corporación y en el caso cuestionado no la juzga provista de malicia alguna' viola de la misma manera el artículo 65 del C. S. del Trabajo. Precisamente para que la Texas Petroleum Company no burle más las prestaciones sociales de los trabajadores, tal como lo pretendió hacer con Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla, mediante su costumbre inveterada de hacer firmar contratos civiles a los trabajadores, el ad quem debió condenar a dicha empresa en favor de los demandantes, a pagar un día de salario por cada día de mora a partir del 20 de enero de 1973 hasta que se efectúe el pago a razón de $ 436.75 diarios, conforme lo hizo el a quo. De otro lado o de otra manera la Texas Petroleum Company no corregirá nunca su inveterada costumbre''.

El opositor transcribe jurisprudencia de esta Sala de la Corte sobre la buena fe como motivo de exoneración de la sanción por mora y dice que esa buena fe de la demandada está demostrada a lo largo del proceso, pues ha venido sosteniendo con fundamentos jurídicos la existencia del contrato, por lo cual, solo consignó el valor de las condenas una vez que el Tribunal profirió el fallo acusado. Considera que no existió por parte de la empresa deslealtad procesal que es cosa diferente a hacer uso de los recursos y derechos que la ley confiere a las partes.

Se considera:

Sobre la indemnización moratoria dijo el Tribunal Superior: ''Tampoco ve esta Sala motivo alguno para decretar esta sanción porque ella tiene sus bases en la marcada mala fe del patrono en negarse a pagar todas las prestaciones adeudadas una vez concluido el contrato de tra-

bajo. Y esa marcada mala fe no asoma en este proceso por parte de la Texas Petroleum Company que quizá por una inveterada costumbre, al conceder trabajo a los nacionales colombianos, trasplanta leyes de su país de origen en donde los contratos laborales tienen allá valor de civiles, costumbre que debe corregir, pero que, a juicio de esta corporación y en el caso cuestionado no la juzga provista de malicia alguna, como antes se expresó''.

Ahora bien: la costumbre de celebrar contratos de naturaleza civil para cierta clase de servicios, en lugar de contratos de trabajo, puede considerarse como acto de mala fe por parte de la empresa demandada o como constitutivo de buena fe, según el punto de vista desde el cual se le analice. Lo cierto es que en el caso en estudio la Texas Petroleum Company sostuvo a lo largo del proceso que el contrato celebrado con Ivar Ferla era de naturaleza civil, con razones atendibles pues en dicho negocio jurídico hay cláusulas propias de un contrato de esta naturaleza, aun cuando también se estipularon otros inherentes al contrato de trabajo. Por lo tanto si el Tribunal Superior dedujo que no existió mala fe de la empresa al negarse a pagar prestaciones sociales al demandante, no incurrió en manifiesto error de hecho, a pesar de que llegó a la conclusión de que el vínculo que unió a las partes fue de naturaleza laboral. El cargo, en consecuencia, no prospera.

Consideraciones de instancia.

En el contrato celebrado entre Ivar Ferla y la Texas Petroleum Company, que aparece a folios 4 y 5 el primero se comprometió para con la segunda, como se estipuló en la cláusula decimasexta, a ''ejecutar diariamente el servicio de aseo y limpieza de todas las oficinas de la empresa en el campamento Orito incluyendo la oficina de la Refinería''; labores que empezarían a las 5:00 p. m. de cada día. No se fijó cuánto duraría la labor. El Juez de primer grado llegó a la conclusión respecto a la jornada de trabajo que comenzaba a las 5:00 p. m. y terminaba a la una de la mañana, con fundamento en la declaración de Luis Eduardo Ferla, uno de los demandantes. Claramente se observa que el dicho del interesado no puede tomarse en su favor; por lo tanto no se tendrá en cuenta la jornada de 5:00 p. m. a 1:00 a. m., pues la única prueba que existe en ese sentido es la manifestación de uno de los demandantes. El testigo Orlando Rodríguez Rojas declaró, folio 78, que los demandantes trabajaron de 'cinco de la tarde a veces a tres y media de la mañana', sin que precisara en cuántos días se realizó esa jornada. El testigo Héctor Ruiz Pardo es más preciso cuando dice que la jornada la desarrollaba Ivar Ferla con sus hermanos entre las 4 o 5 de la tarde y las ocho o nueve de la noche. Como en el contrato se pactó que la labor se iniciaría a las 5:00 p. m., la Sala tomará como jornada diaria la segunda que señala el testigo, o sea entre las 5:00 p. m. y las 9:00 p. m. Esta jornada de cuatro horas se reparte en una hora diurna, de 5:00 a 6:00 p. m., y tres horas nocturnas, de 6:00 p. m. a 9:00 p. m. Siendo el salario mensual de cada uno de los demandantes de $ 2.333.33, según conclusión a que llegó el Tribunal Superior, el salario diario fue de $ 2.333.33 ÷ 30 = $ 77.77. El valor de cada hora tanto diurna como nocturna, por cuanto se cancelaron sin discriminación alguna es de $ 19.44. Cada hora nocturna tiene un recargo de 35% según lo dispuesto en el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo, que haciendo las operaciones asciende a $ 6.80, o sea un recargo total para las tres horas nocturnas de $ 20.40.

Como Ivar Ferla y sus hermanos colaboradores estuvieron vinculados a la Texas Petroleum Company desde el 25 de abril de 1971, contrato de folios 4 y 5, hasta el 31 de enero ed 1972, carta de folio 6 y contrato con la Caterser Limitada de folios 8, 9 y 10, los demandantes trabajaron, por ser su labor diaria, 282 días; multiplicando este número de días por el recargo de las horas nocturnas, se obtiene 282 x 20.40 = $ 5.752.28. No se tiene en cuenta el tiempo laborado al servicio de Caterser Limitada, por cuanto no se demostró que Texas Petroleum Company estuviese directamente obligada a cancelar ese recargo por trabajo nocturno. En consecuencia se le condenará a pagar a cada uno de los demandantes la suma de cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con veintiocho centavos por concepto de recargo por trabajo nocturno.

En relación con la sobrerremuneración por trabajo realizado en domingos y días festivos encuentra la Sala que en el contrato se pactó que el trabajo se haría diariamente sin que expresamente se exceptuaran los domingos y festivos. Por otra parte los testigos Luis Antonio Laverde (folio 74); Pablo León Rosero (folio 76); Orlando Rodríguez Rojas (folio 80), uniformemente declaran que los demandantes laboraron todos los días sin excluir ninguno. Entre el 25 de abril de 1971 y el 31 de enero de 1972 hubo 41 domingos y 12 días de descanso obligatorio por ser fiesta nacional o religiosa; que no cayeron en domingo. Total 53 días que deben ser remunerados con un recargo del 100% sobre el salario ordinario cuyo valor es de $ 77.77 diarios

para cada uno de los ex trabajadores, o sea que por domingos y festivos trabajados cada demandante tiene derecho a $ 155.54, lo que da un total de 53 X 155.54 = $ 8.243.63. Se condenará a la demandada a pagar esta suma a Ivar, Luis Eduardo y Alfredo Ferla.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada el veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, en cuanto al reformar el fallo de primer grado revocó la condena impuesta por el Juzgado del conocimiento por concepto de recargo por trabajo nocturno, sobrerremuneración por trabajo en festivos y dominicales, y en sede de instancia modifica los apartes d) y e) del punto 1º de dicho fallo, que quedará así: CONDÉNASE a la empresa Texas Petroleum Company a pagar a Ivar Ferla las siguientes cantidades de dinero: cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con veintiocho centavos ($ 5.752.28) moneda legal, por concepto de recargo por trabajo nocturno y ocho mil doscientos cuarenta y tres pesos con sesenta y tres centavos ($ 8.243.63) moneda legal, por concepto de sobrerremuneración por trabajo en domingos y días festivos; CONDÉNASE a la empresa Texas Petroleum Company a pagar a Luis Eduardo Ferla las siguientes cantidades de dinero: cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con veintiocho centavos ($ 5.752.28) moneda legal, por concepto de recargo por trabajo nocturno y ocho mil doscientos cuarenta y tres pesos con sesenta y tres centavos ($ 8.243.63) moneda legal, por concepto de sobrerremuneración por trabajo en domingos y días festivos; CONDÉNASE a la empresa Texas Petroleum Company a pagar a Alfredo Ferla las siguientes cantidades de dinero: cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con veintiocho centavos ($ 5.752.28) moneda legal, por concepto de recargo por trabajo nocturno y ocho mil doscientos cuarenta y tres pesos con 63/100 ($ 8.243.63) moneda legal, por concepto de sobrerremuneración por trabajo en domingos y días festivos. NO SE CASA EN LO DEMÁS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE JUBILACION CUANDO FALLECE UN TRABAJADOR JUBILADO

El Tribunal Superior declaró que era nulo el matrimonio celebrado en la República del Ecuador y que la señora de S. no tenía derecho para disfrutar la pensión de que venía gozando el señor G. S.—Solo que, para no incurrir en lo que consideró sería una reformatio in pejus por no haber apelado el Banco, confirmó la decisión del Juez de primer grado, cuando lo procedente, según lo establecido en el proceso, era reconocer el 100% de la pensión a los hijos menores, por haber perdido el derecho la cónyuge supérstite dentro del supuesto encontrado por los falladores de instancia, y no tener ese carácter la señora de S., por ser nulo, también de acuerdo con las conclusiones del Tribunal, su matrimonio con el transmisor de la pensión, el finado G. S.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 46.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

La señora María Agudelo viuda de Salcedo demandó, en escrito que "adyuvó" su apoderado judicial, al Banco de la República de Medellín, para que en juicio ordinario se decretara: "a) Que la señora Dora Hernández no tiene derecho a percibir el 50% de la pensión jubilatoria comentada y en consecuencia, que se obligue al Banco de la República de Medellín a suspenderle el pago de la misma; b) Que como consecuencia de lo anterior el demandado siga pagando la totalidad de la pensión a la suscrita y a los menores procreados en el matrimonio en referencia, a partir del mes de junio del año en curso". También pidió la demandante que se diera traslado a la señora Dora Hernández domiciliada en Barranquilla, para dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos:

"*Primero.* Contrajo matrimonio civil con el señor Gonzalo Salcedo en la Parroquia de Bolívar, Providencia de Carchi, República del Ecuador el 16 de diciembre de 1966. *Segundo.* El señor Gonzalo Salcedo falleció en esta ciudad en el mes de diciembre de 1972, como bien se demuestra con el acta de defunción adjunta a este memorial. *Tercero.* Durante esa unión conyugal fueron procreados tres hijos, a saber: Daniel, Samuel y Fanny Salcedo Agudelo actualmente menores de edad. *Cuarto.* Gonzalo Salcedo había contraído nupcias católicas con la señora Dora Hernández, pero estaba separado de bienes con su cónyuge desde el 19 de diciembre de 1959 según consta en la copia de la escritura número 3420, procedente de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, debidamente autenticada, la cual va adjunta a esta demanda. *Quinto.* Como ya lo expresé, mi esposo falleció en diciembre 29 del año que acaba de pasar y disfrutaba de una pensión jubilatoria otorgada por el Banco de la República de esta ciudad, por cuanto el causante trabajó al servicio de esa institución durante el tiempo requerido para gozar de tal prestación social. *Sexto.* La suscrita presentó la documentación pertinente ante el Banco a fin de obtener la sustitución de la pensión para Daniel, Samuel y Fanny Patricia, el 2 de enero del año en curso y la señora Dora Hernández presentó la suya el 18 del citado mes y año. En ese intervalo, por involuntario olvido no exhibí la escritura referida que contiene la sentencia de separación de bienes proferida por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, el

14 de noviembre de 1959. *Séptimo*. El Banco de la República de Medellín, previas las formalidades del caso procedió a sustituir la pensión así: 50% para Dora Hernández y 50% para la suscrita y mis hijos menores mencionados *Octavo*. El Banco ignora que la señora Hernández estaba separada de bienes, y por ende, que ya no existía la sociedad conyugal, por cuanto el señor Juez del conocimiento la declaró disuelta. Desde luego que la señora Hernández se cuidó de expresarle a la referida institución la circunstancia anotada y de ahí que en la fecha esté percibiendo un dinero sobre el cual no tiene ningún derecho. *Noveno*. En vista de la anómala situación solicité al Banco, por conducto del doctor Pedro Nel Ortiz Mejía, que no siguiera pagando la mitad de la pensión jubilatoria a la señora Hernández por la circunstancia de la separación de bienes y que continuara pagando la totalidad de la pensión a los menores Salcedo Agudelo. En respaldo de esa solicitud le presenté al señor gerente la sentencia del señor Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla en copia expedida por la Notaría Primera de la citada ciudad. Esa petición está fechada el 15 de junio último. El señor gerente en comunicación del 28 de agosto que acompaña a este memorial fue de parecer que se abstenía de resolver la solicitud favorablemente a mis pretensiones y aduce para ello una serie de razones que no comparto, las cuales usted va a justipreciar cuando decida lo por mí demandado. *Décimo*. En mi petición, expresé al Banco de la República que si bien era cierto que la señora Hernández presentó oportunamente la documentación para que le adjudicaran el 50% del importe del seguro de vida del causante Gonzalo Salcedo y el 50% de la jubilación por un lapso de cinco años, también es verdad que engañó a la empresa por cuanto, como era de esperarse, guardó silencio sobre la disolución de la sociedad conyugal y por supuesto, sobre la separación de bienes desde 1959. En tales condiciones esta señora faltó a la verdad al tratar de aparecer como beneficiaria de un derecho que no tiene".

Al contestar la demanda el apoderado judicial del Banco de la República aceptó los hechos segundo, quinto, séptimo, noveno, parcialmente aceptó los hechos sexto, octavo y décimo, y negó los demás. Propuso como excepciones las siguientes: "A) Pago: Hago consistir ésta en que el Banco de la República efectuó el pago de la pensión jubilatoria del finado señor Gonzalo Salcedo, a las personas que comprobaron su calidad de beneficiarios y previo el lleno de los requisitos exigidos por la ley para estos casos; B) Inexigibilidad de la obligación. Hago consistir esta excepción en el hecho de que habiendo cumplido el Banco con la obligación de sustituir la pensión jubilatoria del finado Gonzalo Salcedo, no puede exigírsele la obligación que se demanda; C) Ineptitud de la demanda: Hago consistir esta excepción en el hecho de que lo que discute la demandante es el mejor derecho que tenga a recibir la pensión, por lo cual la demanda debió dirigirse contra la señora Hernández a quien le disputa el derecho y no contra el Banco".

La señora Dora Hernández viuda de Salcedo contestó la demanda por medio de apoderado judicial, quien propuso las excepciones siguientes:

"1º Excepción de matrimonio legítimo e indisolubilidad del mismo. Esta excepción la fundamento en los artículos 113 y 152 del Código Civil, el primero sobre el contrato solemne del matrimonio y el segundo que dice que 'el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges', ambas disposiciones en concordancia, además, con lo dispuesto por los artículos 12, 19 y 50 de la Ley 57 de 1887, que en síntesis dicen que el matrimonio católico celebrado en Colombia, en cualquier tiempo, es válido para todos los efectos civiles y políticos. El difunto Gonzalo Salcedo contrajo matrimonio con Dora Hernández el 10 de noviembre de 1946, y así lo reconoció el Juez Segundo Civil del Circuito, según se lee en los folios 24 y 25, al reconocer que el cónyuge sobreviviente es Dora Hernández v. de Salcedo, aunque se trate allí, en esa providencia, de efectos jurídicos diversos a los que ahora se desarrollen. Me atengo para demostrar la afirmación de que el cónyuge sobreviviente es Dora Hernández v. de Salcedo, a lo expresado en el párrafo anterior, y para probarlo me remito al artículo 185 del Código Judicial, el cual dice que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades. 2º Excepción de cumplimiento de las formalidades laborales. Esta excepción la fundamento en la carta que dirigió el Banco de la República a la actora —folios 27— en la cual se detallan todas las formalidades legales que se cumplieron para el otorgamiento de la pensión, en especial lo dispuesto en los artículos 212 y 294 del Código del Trabajo. 3º Excepción de inaplicabilidad del artículo 203 del Código Civil a este caso estrictamente laboral. Baso esta defensa en el hecho de que el artículo citado habla de bienes de los cónyuges y de los gananciales que provengan de los mismos, pero no se refiere en parte alguna —ni podía referirse— a la órbita especial del régimen prestacional de que trata el ordenamiento jurídico laboral. En este sentido la ley laboral ha

sido clara, al hablar siempre del cónyuge sobreviviente para los efectos pensionales y prestacionales''.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Noveno Laboral del Circuito de Medellín, dictó sentencia el veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y cuatro, en cuya parte resolutiva dispuso:

''1º Se declara que la señora María de los Angeles Agudelo viuda de Salcedo, y sus hijos menores, Daniel, Samuel y Fanny Patricia son beneficiarios de mejor derecho en la pensión vitalicia de jubilación del señor Gonzalo Salcedo, en su calidad de cónyuge supérstite, e hijos menores de edad, y con relación a la señora Dora Hernández quien fuera esposa del fallecido pero separada del mismo al momento de su muerte, a quien se excluye absolutamente en la pretensión demandada. 2º Se ordena al Banco de la República suspender el pago de la referida prestación que ha venido haciendo a la señora Dora Hernández y pasarlo a la señora María Agudelo de Salcedo en un 50% y el otro 50% por partes iguales a sus hijos menores. 3º El Banco deberá reembolsar a la demandante señora Agudelo las sumas de pagar desde el 1º de julio de 1973 y hasta el momento en que empiece a percibir el pago total de la referida prestación, pudiendo repetir contra la ilegal beneficiaria Dora Hernández. 4º Las costas en su totalidad corren a cargo de la entidad demandada''.

Apeló el apoderado de la señora Dora Hernández viuda de Salcedo. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro confirmó la del primer grado, menos en la parte final del numeral 3º, que revocó, y en su lugar dispuso que ''Dora Hernández no tiene que devolver al Banco de la República las sumas de dinero que dicha entidad, por error le pagó, por concepto de subrogación de la pensión jubilatoria de su finado esposo Gonzalo Salcedo Camacho''. Además, condenó al Banco de la República por la totalidad de las costas de las dos instancias.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Dora Hernández viuda de Salcedo. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de oposición presentado por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación.

Aspira el impugnador que la sentencia recurrida sea casada totalmente y que la Corte, en función de instancia, ''revoque el fallo de primer grado y, en su lugar, niegue las pretensiones de la señora María Agudelo de Salcedo, condenándola, además, en las costas de la litis, o, en subsidio, declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda''.

Con apoyo en la causal primera de casación el recurrente formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo. ''Por vía directa (falta de aplicación) viola el artículo 3º y su parágrafo, de la L. 133 de 1931, en relación con los artículos 275 y 294 del C. S. T. Y consecuencialmente, por aplicación indebida, los artículos 12 de la Ley 171 de 1961; 32 del Decreto 1611 de 1962; 1º de la Ley 5ª de 1969; 15 del Decreto 435 de 1971; 10 y su parágrafo de la Ley 10 de 1972; 2º y 3º del Decreto 446 de 1973; 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 33 de 1973 y 1º a 6º del Decreto 690 de 1974. Independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador ignora la existencia de la norma contenida en el artículo 3º de la Ley 133 de 1931 y su parágrafo, sobre el pago directo del seguro de vida en el sector oficial (al sector privado se rige por el Código Laboral), sin responsabilidad ulterior, y sobre la obligación previa de dar los dos avisos que permita el reclamo oportuno de cualquier interesado. Esas normas guardan relación con el 275 y 294 del C. S. T., ya que este último las reproduce casi textualmente, pero aún con mayor énfasis al decir: 'Treinta días después de la fecha del segundo aviso sin que dentro de este término se hubieren presentado... controversias sobre el derecho al seguro, la empresa pagará su valor a quienes hayan acreditado su carácter de beneficiarios, *quedando exonerada de la obligación*'. Pues admitiendo que el Banco de la República cumplió con los requisitos legales, entre los cuales estaban las dichas publicaciones, y que la señora María Agudelo de Salcedo no se presentó a reclamar dentro de los treinta días del segundo aviso, el Tribunal de apelación le otorga eficacia a su reclamo extemporáneo para darles aplicación, obviamente indebida, a las demás disposiciones citadas que regulan la sustitución pensional en favor de la viuda del pensionado y de sus hijos menores''.

El opositor considera equivocado el planteamiento de la censura, pues el Tribunal no ha dicho que el procedimiento seguido por el Banco de la República para la sustitución de la pensión en beneficio de la viuda Dora Hernández de Salcedo y los tres hijos menores del de cujus adolezca de algún vicio que afecte su validez. Hace referencia a las controversias que posteriormente al reconocimiento de la pensión a unos beneficia-

rios puedan surgir entre éstos y otros que pretendan serlo, y luego analiza el contenido de los artículos 294 y 295 para concluir que la demanda con que se inició el juicio no fue extemporánea.

Se considera:

El artículo 3º de la Ley 133 de 1931 establece el procedimiento que debe seguirse para pagar el seguro de vida obligatorio. Lo mismo sucede con el artículo 294 del Código Sustantivo del Trabajo. En cambio el artículo 275 de este último estatuto señala los beneficiarios de la pensión de jubilación cuando fallece un trabajador jubilado y reglamenta el reconocimiento de esta sustitución de la pensión en la siguiente forma: "Los beneficiarios de que trata este artículo gozarán de este derecho con la sola comprobación del parentesco mediante las copias de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas y la prueba sumaria de que llenan los demás requisitos". Esta norma fue repetida textualmente por el artículo 32 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de la Ley 171 de 1961 y se refiere tanto a los beneficiarios de los jubilados particulares como a los de los oficiales o semioficiales. Ninguna de estas dos últimas disposiciones establece la exoneración de la obligación del patrono en caso de que aparecieren otros beneficiarios distintos a los que inicialmente se reconocieron.

Mas en el supuesto de que sobre este aspecto existiera un vacío y deba llenarse con lo dispuesto para el seguro de vida obligatorio en caso de que aparecieran nuevos beneficiarios con posterioridad al primer reconocimiento hecho por el patrono, en el sentido de que éste quedará exonerado de su obligación y los que hubieren recibido el valor de la pensión estarían solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan, como lo prevén los artículos 3º de la Ley 133 de 1931 y 294 del Código Sustantivo del Trabajo, la consecuencia en el caso de que se estudia sería la de exonerar al Banco de la República de la obligación de pagar la mitad de la pensión que reconoció y pagó a la señora Dora Hernández viuda de Salcedo, quien quedaría como sujeto pasivo de la obligación respecto al nuevo beneficiario, lo que implicaría tomar una decisión que haría más gravosa la situación de la única recurrente, incurriéndose en la reformatio in pejus, y favoreciendo al Banco de la República, que no tiene interés jurídico en el recurso de casación, pues se conformó con el fallo de primer grado al abstenerse de apelar del mismo. En estas condiciones, aun en el supuesto de que tuviese razón el casacionista, sería improcedente casar la sentencia de segunda instancia. El cargo, por lo tanto, no prospera.

Segundo cargo. "Por vía directa (falta de aplicación) la sentencia viola los artículos 1º, 34, 62, 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo (L. 167 de 1941), 30, ordinal 1º, literal g) y ordinal 2º del Decreto 528 de 1964, y 26, ordinal 2º, literal a) de la Ley 16 de 1968, en relación con los artículos 1º y 2º del C. P. L. Esta infracción de medio condujo al sentenciador a violar, por aplicación indebida, los artículos 12 de la Ley 171 de 1961; 1º de la Ley 5ª de 1969 y 1º a 4º de la Ley 33 de 1973. El sentenciador admite que el litigio se refiere a un acto oficial, por lo que examina si se agotó previamente el procedimiento de reclamación gubernativa, hallándolo agotado. Habla de que la pensión a mi mandante le fue reconocida por una 'Resolución 015 de mayo 29 de 1973' y cita el folio donde aparece. Luego no se trata de un error de hecho, sobre la naturaleza típicamente administrativa de esa resolución aprobada por el Ministerio de Hacienda. Y sin embargo, cohonesta y ratifica el conocimiento de un negocio administrativo por el a quo, rebelándose así contra los preceptos de la Ley 167 de 1941 que radican la potestad jurisdiccional, para ese tipo de asuntos, en los Tribunales Administrativos y en el Consejo de Estado. Esa infracción de medio, lo llevó a aplicar indebidamente las disposiciones de las Leyes 171 de 1961, 5ª de 1960 y 33 de 1973, sobre sustitución pensional para las viudas y los hijos menores de los pensionados, para rectificar, anular y sustituir el supuesto error cometido por el Banco, en representación del Gobierno, y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la Resolución 015 de 1973".

Para el opositor tratándose de una resolución que fue válida dentro de las circunstancias en que se dictó, no había por qué impugnarla ante el Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado; y la actuación posterior, por tratarse de una controversia entre presuntos beneficiarios es de la exclusiva competencia de la jurisdicción del Trabajo.

Se considera:

En el fondo lo que el recurrente plantea es un error in procedendo: nulidad por corresponder el conocimiento del juicio a distinta jurisdicción. Mas como el cargo está bien presentado desde el punto de vista formal, por cuanto hace incidir ese error in procedendo en la violación de normas sustanciales de carácter laboral, se estudiará

El litigio versa sobre el mejor derecho que alega una de las partes para gozar de la mitad de la pensión que venía disfrutando un trabajador jubilado fallecido y que fue reconocida por el Banco de la República demandado a la otra parte demandada, Dora Hernández de Salcedo.

La letra g) del artículo 30 del Decreto 528 de 1964 atribuye a la Sala Contencioso del Consejo de Estado el conocimiento "de las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controvierten actos del orden nacional, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos"; como el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo establece que "la jurisdicción del Trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente del contrato de trabajo, relacionando las dos normas se saca como conclusión que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las acciones de plena jurisdicción laboral que provengan de una relación legal o reglamentaria o de derecho público, por oposición a las controversias que tenga origen directa o indirectamente en un contrato de trabajo, cuyo conocimiento está atribuido a la jurisdicción laboral.

Quiere decir lo anterior que si la controversia versa sobre los derechos de un empleado público o sus beneficiarios, es competente la jurisdicción contencioso administrativo y si se trata de los derechos de un trabajador oficial, o sus beneficiarios conoce la jurisdicción de trabajo.

Este concepto fue afirmado en sentencia de julio veintiuno de mil novecientos setenta y cinco, Mario Julio Triviño C. contra Instituto de Fomento Industrial —Concesión de Salinas—, cuando esta corporación dijo sobre el particular:

"Para la Sala, de acuerdo con el texto inequívoco del artículo 30 del Decreto 528 de 1964, en el numeral y literal citados [se refiere al numeral 5º, literal g)] no es la existencia de un acto administrativo, sino la de un contrato de trabajo o la de una relación de derecho público la que determina la competencia de la jurisdicción laboral o la de lo contencioso-administrativa y a la definición de este punto solo puede llegarse mediante el estudio de si los correspondientes servidores de la Nación o del Estado tienen la categoría de empleados públicos o trabajadores oficiales dentro de lo previsto por el varias veces citado artículo 5º del Decreto 3135 de 1968".

En el cargo que se estudia no señala el recurrente las normas según las cuales el transmisor de la pensión fue un empleado público y que al ser violadas conducirían a la infracción de las normas procedimentales a que se ha hecho referencia. Ante esta circunstancia la proposición jurídica es incompleta, pues aun cuando se trata de un negocio o litigio en el cual es parte la Administración Pública, es imprecindible determinar, como ya se dijo, si las partes estuvieron ligadas por una relación legal y reglamentaria o de derecho público o por un vínculo contractual.

Es de observar que el artículo 26 de la Ley 16 de 1968 se refiere a la competencia para conocer de los incidentes de excepciones y de las tercerías en ciertos juicios por jurisdicción coactiva, y que los artículos de la Ley 167 de 1941 citados por el recurrente han sido modificados por normas posteriores, como el artículo 30 del Decreto 528 de 1968.

Estando incompleta la proposición jurídica el cargo no prospera.

Tercer cargo. "Por vía indirecta, y por aplicación indebida, la sentencia viola los artículos 3º y parágrafo de la Ley 133 de 1931, en relación con los artículos 275 y 294 del C. S. T.; 12 de la Ley 171 de 1961; 1º de la Ley 5ª de 1969 y 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 33 de 1973. En estas infracciones incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda inicial y su contestación por ambos demandados; el certificado de matrimonio civil de folio 4 (o 22), el auto del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, a folio 24; el oficio del Banco de la República, a folios 27 y 28; la escritura 3430, folios 29 a 33; las fotocopias de los avisos en 'El Correo', a folio 57; la Resolución 015, de 29 de mayo de 1973, a folios 62 a 64, con la aprobación ministerial y con su notificación personal a folio 64 vuelto. Equivocada apreciación probatoria que lo hizo caer en los siguientes errores de hecho evidentes: Dar por probado, sin estarlo, que mi mandante Dora Hernández de Salcedo tuvo la culpa de la separación de bienes; que en la época del fallecimiento de su esposo no convivía con él ni dependía económicamente de él; y que la señora María Agudelo de Salcedo le presentó al Banco de la República las pruebas idóneas de la separación de bienes de mi mandante con el marido y de la culpa de la misma en esa disolución de la sociedad conyugal. Y no dar por probado, siendo evidente, que la señora Agudelo de Salcedo aceptó expresamente la Resolución 015 del Banco, aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que durante los treinta días siguientes al segundo aviso dado por el Banco, la señora Agudelo de Salcedo no presentó ningún reclamo, y aun dar por probado que fue casada con el de cujus. El certificado de matrimonio civil en un país extranjero no puede ser estimado como prueba sin la autenticación del Cónsul de Colombia. La carta del Banco de folios 27 y 28 no solo acredita la extemporaneidad del reclamo de la

señora Agudelo de Salcedo, sino el hecho de haber fundado ese reclamo extemporáneo en una escritura sin autenticación ninguna, en fotocopia. Y aún así, en la escritura que obra a folios 29 a 33, ya debidamente autenticada el 31 de agosto de 1973 (fecha posterior a la respuesta del Banco) (folio 27), lo que confesó mi mandante en posiciones fue que hubo incompatibilidad de caracteres (¿por culpa de cuál de los dos cónyuges?) que la obligó a regresar a casa de sus padres y a coadyuvar la demanda de separación de bienes. Finalmente la sola confrontación entre las fechas de los avisos de folio 57 y el reclamo de la señora Agudelo de Salcedo a que el Banco se refiere, evidencia que tal reclamo fue extemporáneo. La consecuencia de esos errores fue, naturalmente, la aplicación de los preceptos de la Ley 171 de 1961, 5ª de 1969, 10 de 1972 (aunque ésta, como el Decreto 435 de 1971, se refieren al sector privado y son impertinentes por tanto) y 33 de 1973, sobre sustitución pensional en favor de la viuda y los hijos menores de un pensionado oficial, a un caso no regido por tales normas''.

Para el opositor los errores de hecho que la demanda puntualiza no están probados y para demostrar tal afirmación hace unas argumentaciones sobre cómo fueron apreciadas correctamente las pruebas. Considera que el Tribunal Superior no ha dicho que María Agudelo de Salcedo hubiera presentado oportunamente al Banco de la República prueba idónea de la separación de bienes, ni tomar en cuenta ese hecho como soporte de su decisión; agrega que tampoco se basa el fallo en la consideración de que Dora Hernández no sea la esposa legítima, para darle esa calidad a María Agudelo, sino que la primera no fue favorecida con la decisión judicial porque al fallecer su esposo estaba separada de bienes y por su culpa no vivía con él, pues uno de los efectos de la separación de bienes es el de que de ahí en adelante cada uno de los cónyuges no tenga parte en los gananciales que provengan de la administración del otro.

Se considera:

En relación con el error de hecho que se le imputa al Tribunal Superior de haber dado por demostrado, sin estarlo, que Dora Hernández de Salcedo tuvo la culpa de la separación de bienes observa la Sala que en la sentencia por medio de la cual el Juzgado Primero del Circuito de Barranquilla declaró separados de bienes a Gonzalo Salcedo y Dora Hernández de Salcedo en virtud de demanda presentada por el primero, la causal que encontró demostrada fue la señalada en el ordinal 4º del artículo 154 del Código Civil, o sea ''el absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y de madre'', que fue el hecho en el cual fundamentó el demandante su petición. Si de esta sentencia dedujo el Tribunal Superior que la señora Dora Hernández de Salcedo dio motivo a la separación de bienes no incurrió en evidente error de hecho. Además, el fallador de segunda instancia también se apoyó en que estando disuelta la sociedad conyugal, cada uno de los cónyuges no tiene derecho en los gananciales que provengan de la administración de los bienes del otro, como lo dispone el artículo 203 del Código Civil, aspecto que no fue motivo de ataque por parte del impugnador.

Respecto a que el ad quem dio por probado, sin estarlo, que Dora Hernández de Salcedo en la época del fallecimiento de su esposo no convivía con él ni dependía económicamente del mismo, nada dijo el Tribunal sobre el particular, por lo cual no pudo haber incurrido en ese error de hecho.

Sobre que la señora María Agudelo de Salcedo le presentó al Banco de la República pruebas idóneas de la separación de bienes de Dora Hernández de Salcedo con su cónyuge y de la culpa de la misma en la disolución de la sociedad conyugal no fue un hecho que dio por probado el Tribunal. Y cuanto a no haber dado por demostrado que la señora Agudelo de Salcedo aceptó expresamente la Resolución 015 del Banco de la República y que durante los treinta días vigentes al segundo aviso dado por el Banco no presentó ningún reclamo, el recurrente no señala cuál sería la incidencia de este error en la violación de las normas sustanciales que indica como violadas.

Por último en relación con el matrimonio celebrado entre la señora María Agudelo de Salcedo y Gonzalo Salcedo en el exterior, dijo el Tribunal:

''Es así que la codemandada Dora Hernández contrajo matrimonio católico con el señor Gonzalo Salcedo Camacho el 10 de noviembre de 1946, por lo cual solo al fallecimiento de este último, el 29 de diciembre de 1972, se disolvió el matrimonio celebrado entre ellos, y la cónyuge supérstite era ella, no María de los Angeles Agudelo, pues el matrimonio civil celebrado entre ésta y el finado Salcedo Camacho en la vecina República del Ecuador el 18 de diciembre de 1965, no tiene ningún valor conforme al artículo 140 del C. C. que reza: 'El matrimonio es nulo y sin efecto en los siguientes casos: 12. Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior'. 'Esta nulidad no es subsanable' (artículo 16 Ley 57 de 1887). Y si ese matrimonio es nulo, sin ningún valor, mal puede conside-

rarse a dicha señora como la viuda o cónyuge supérstite. No obstante lo anterior, como en el fallo que se revisa se le atribuyó ese carácter y como tal se le reconoció el 50% de la pensión de jubilación del señor Salcedo, y con esta decisión se conformó el Banco de la República al no apelar, no obstante el error que conlleva, en observancia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, tendrá que mantenerse, inclusive con la retroactividad al 1º de julio de 1973".

De acuerdo con lo transcrito, el ad quem encontró que la señora María de los Angeles Agudelo y el finado Salcedo Camacho celebraron matrimonio civil en la República del Ecuador el 16 de diciembre de 1965, con lo cual apreció erróneamente el documento que obra a folio 22, pues habiendo sido expedido por funcionarios del país extranjero, ha debido ser autenticado por el Agente Consular de Colombia y abonado la firma de éste por el Ministerio de Relaciones Exteriores, como lo ordena el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo la apreciación errónea del documento y la conclusión fáctica subsiguiente no incide en la violación de las normas sustanciales señaladas como violadas, pues *el Tribunal Superior declaró que era nulo el matrimonio celebrado en la República del Ecuador y que la señora* María Agudelo de Salcedo *no tenía derecho para disfrutar la pensión de que venía gozando el señor* Gonzalo Salcedo. *Solo que, para no incurrir en lo que consideró sería una reformatio in pejus por no haber apelado el* Banco de la República, *confirmó la decisión del Juez de primer grado, cuando lo procedente, según lo establecido en el proceso, era reconocer el 100% de la pensión a los hijos menores, por haber perdido el derecho la cónyuge supérstite dentro del supuesto encontrado por los falladores de instancia, y no tener ese carácter la señora* María Agudelo de Salcedo, *por ser nulo, también de acuerdo con las conclusiones del Tribunal, su matrimonio con el transmisor de la pensión, el finado* Gonzalo Salcedo Camacho.

No habiéndose demostrado los errores de hecho anotados por el recurrente, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NULIDADES

En cuanto a la nulidad solicitada, es sabido que esa declaración no cabe en el recurso de casación, puesto que la causal respectiva, creada por el Decreto 528 de 1964, fue derogada por la Ley 16 de 1968.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, D. E., diciembre cinco de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 48.

(Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Julio A. Franco M. contra la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, fechada el 20 de mayo de 1975, en cuya virtud, previa revocación de la de primer grado, *absolvió* a la Fábrica de Licores del Atlántico del pago de "las prestaciones sociales, indemnizaciones y prestaciones reajustadas, que resultaren debidas como derivadas del contrato de trabajo, que lo vinculó a dicha empresa", según lo pedido en la demanda inicial del proceso.

La demanda de casación, no replicada por la demandada, pide la casación total del fallo recurrido "y que en consecuencia la honorable Corte revoque el fallo de primer grado y decida el fondo de la controversia, o declare nulo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia y ordene devolver el expediente al Juzgado del conocimiento para que decida de fondo".

Bastaría este alcance de la impugnación para prescindir del estudio de los cargos, puesto que lo que hizo el *ad quem* fue precisamente revocar la sentencia de primer grado, inhibitoria por incompetencia de jurisdicción, para dictar fallo de fondo absolviendo a la empresa demandada. Resulta así inútil casar esta sentencia, que es de mérito, para realizar la Corte en sede de instancia lo mismo que efectuó el Tribunal. Y si lo que el apoderado del recurrente busca es que, casada le sentencia del Tribunal, la Corte, en instancia, revoque la del *a quo* e imponga la condenaciones impetradas, debió expresarlo de esta manera para que el objeto del recurso resultara correcto.

Y en cuanto a la nulidad solicitada, es sabido que esa declaración no cabe en el recurso de casación, puesto que la causal respectiva, creada por el Decreto 528 de 1964, fue derogada por la Ley 16 de 1968.

La demanda presenta dos cargos, que procede a considerar la Sala:

El primero lo enuncia así el censor:

"Violación, por vía directa y en el concepto de interpretación errónea, del artículo 5º del D. L. 3135 de 1968 y 5º y 8º del D. L. 1050 del mismo año, en relación con el 76, ordinal 12 de la Constitución y el 1º de la L. 65 de 1967, como infracción de medio. Y violación consecuencial, por aplicación indebida, de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 8º y 11 de la misma, y 1º, 2º, 3º y 4º del D. 2127 de 1945, como también, por falta de aplicación, los artículos 4º, 51 y 52 del citado D. 2127 y 1º del D. 797 de 1949 en relación con el 8º del D. 2351 de 1965 adoptado por la Ley 48 de 1968, artículos 20, 21 y 24 del C. del T.

"La Constitución en su artículo 76, ordinal 12, faculta al Congreso para revestir pro témpore al Presidente de la República de *precisas* atribuciones legislativas. La Ley 65 de 1967 invistió al Presidente de tales facultades (a. 1º) pero solo en relación con la Administración Pública *Nacional*. Por tanto, los Decretos 1050 y 3135 de 1968, dictados por el Presidente en ejercicio de aquellas *precisas* facultades, no pueden extenderse analógicamente a las administraciones públicas departamentales o municipales sin incurrir en equivocada interpretación de aquellas normas".

En seguida transcribe una sentencia del mismo Tribunal de Barranquilla, Sala Laboral, dic-

tado en un juicio distinto del presente y que, por tanto, no sirve para fundar la interpretación errónea que imputa a la pronunciada en éste, respecto de la cual no señala dónde efectuó el *ad quem* la errónea interpretación legal, ni muestra de qué manera ella es equivocada y cuál es la correcta, condiciones indispensables para la debida formulación de un cargo por el citado concepto de infracción de normas sustanciales.

De otro lado, copia un pasaje de sentencia de esta Sala en la que sostiene que sí es aplicable a lo departamental y municipal el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 en cuanto "a la naturaleza jurídica de la vinculación de los servidores oficiales", mas no "en lo referente a la remuneración y prestaciones" de los mismos, y dice: "De ser ratificada esta tesis de la honorable Sala, es de advertir que en el caso de autos no se trata de un establecimiento público, sino de una empresa industrial o comercial, clasificada en el mismo artículo 5º como diferente y, por consiguiente, con régimen de prestaciones e indemnizaciones sociales distintas", con lo cual plantea una cuestión diferente de la de interpretación errónea inicial, para situarse en la de la naturaleza jurídica que tenga la empresa demandada.

Y el resto de la sustentación del cargo está destinada a analizar cuestiones de hecho, como la de que "el Tribunal dejó de apreciar lo dispuesto en la ordenanza que se aportó a los autos" y como la de que "a través de autos aparece demostrado que era un trabajador oficial —pues la prueba específica de que por excepción fuera un empleado público— brilla por su ausencia..." y como la de que "es indudable que (al actor) lo cobijan la convención colectiva en cuanto estableció un plazo fijo de duración de dos años para todos sus servidores...".

Por último afirma que "el sentenciador incurrió en indebida aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y del artículo 7º del reglamentario número 1848 de 1969 respecto al demandante...", cuando en la enunciación del cargo sostiene que el citado artículo 5º fue erróneamente interpretado.

De lo indicado anteriormente surge que fuera de no haber señalado el punto en que el juzgador interpretó erróneamente las normas indicadas y en qué consiste la errónea interpretación de ellas, involucra en el mismo cargo cuestiones de hecho y atribuye conceptos diferentes de infracción legal con relación a los mismos preceptos, contrariando la técnica del recurso de casación, ampliamente explicado por la jurisprudencia de la Corte y la doctrina de los autores.

En consecuencia, el cargo no es susceptible de estudio de fondo.

El segundo, sostiene la violación de las mismas normas precisadas en el primero, debida a "violación directa por aplicación indebida"; y al sustentarlo sostiene que "la denominación de 'jefe de personal' no infiere la calidad de empleado público, como tampoco una comunicación de nombramiento", y que, "en cambio, sí hace presumir el contrato de trabajo la relación de trabajo que aparece demostrado en autos, completada con la manifestación de la demanda en la carta de retiro en el entendimiento e intención de dar por terminado el contrato de trabajo que venía ejecutándose...".

De esta manera lo que plantea es cuestión de índole probatoria, la que no puede examinarse en un cargo por la vía directa, que excluye el análisis de puntos de hecho e implica acuerdo del recurrente con el sentenciador en lo relacionado con los que dio por establecidos. Y si se tuviera como un mero lapso la expresión "vía directa", a fin de interpretar el ataque en el sentido de que la escogida fue la vía indirecta, tampoco estaría bien formulado el cargo, pues en este caso habría sido necesario señalar los errores de hecho en que incurrió el *ad quem* y singularizar las pruebas respecto de las cuales se cometieron.

Tampoco es, pues, de recibo esta censura.

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 impugnada.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TRANSACCION

La violación final de las normas sustanciales de carácter civil es admisible en el recurso de casación laboral cuando la materia que contemplan no está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo o lo está en forma incompleta, caso este último en el cual procede el señalamiento tanto de las laborales como de las de naturaleza civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.— Bogotá, D. E. diciembre once de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 49.

(Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.).

Compañía Colombiana de Grasas "COGRA" S. A. y Productos Lever Empresa, entre las cuales existe unidad de empresa, demandaron a Guillermo Botero Mejía para que mediante los trámites de un juicio ordinario se le condenara a restituirle a la primera de las sociedades demandantes la suma de setenta y seis mil novecientos sesenta y seis pesos con noventa y seis centavos ($ 76.966.96) y sus intereses.

Los hechos los relata el apoderado judicial de los demandantes así:

"1º El demandado Guillermo Botero Mejía trabajó en esta ciudad de Bogotá, mediante contrato celebrado por escrito, como jefe de personal de 'Compañía Colombiana de Grasas 'COGRA' S. A.' y 'Productos Lever S. A.', entre las cuales existe *unidad de empresa* desde el mes de mayo de 1964, durante el tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 1966 y el 28 de febrero de 1971, fecha ésta en que el demandado se retiró voluntariamente del servicio, con la aquiescencia del patrono. 2º En la fecha de su retiro —que realmente ocurrió el día viernes 26 del citado mes de febrero de 1971, por cuanto que en la empresa no se labora en los días sábados y el 28 del citado mes fue domingo— se le liquidó y pagó al nombrado ex trabajador su auxilio de cesantía, que era la única prestación social que entonces tenía pendiente en su favor, de lo cual se dejó expresa constancia en dos documentos que al efecto suscribieron el gerente de la empresa, don José Mejía Salazar, y el citado ex trabajador Guillermo Botero Mejía. 3º En el punto *tercero* de uno de los mencionados documentos, hicieron constar las partes que el contrato de trabajo del señor Guillermo Botero Mejía terminaba *"por mutuo acuerdo entre patrono y trabajador"*, más propiamente dicho, por retiro voluntario de éste, consentido por el patrono, conforme a la carta que al efecto le dirigió Guillermo Botero Mejía a don José Mejía Salazar, con fecha 16 del expresado mes de febrero de 1971. 4º Así mismo consta, en el punto *segundo* del citado documento, que el demandado Guillermo Botero Mejía recibió junto con el valor del auxilio de cesantía, 'la suma de $ 76.966.96 a título de presunto derecho a pensión de jubilación por haber trabajado más de diez años pero menos de quince, al llegar el empleado a la edad de sesenta años, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961'. 5º La pensión especial de jubilación solo procede en los casos de *despido sin justa causa*, pero no cuando el trabajador se retira voluntariamente del servicio, como lo enseña claramente la norma legal en que las partes se apoyaron para el pago de una prestación que no se había causado, ni siquiera como mera *expectativa*, en favor de Guillermo Botero Mejía, en razón de que su retiro no obedeció a despido sin justa causa por parte del patrono. 6º El mencionado pago hecho por error y con ausencia de causa, constituye pago de lo no debido, que genera el derecho para repetir lo pagado, aumentado de los intereses legales, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 2313, 2315 y 2318 del Código Civil, aplicables al caso, por virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo".

El apoderado judicial de Guillermo Botero Mejía, al contestar la demanda, negó los hechos y adujo como razones de la defensa los siguientes:

"Guillermo Botero Mejía, laboró evidentemente con la demandada Compañía Colombiana de Grasas COGRA S. A., en virtud de un contrato de trabajo, y en virtud de *otro contrato de trabajo distinto*, trabajó con Productos Lever S. A., sociedades entre las cuales no existe vinculación jurídica. Por el primer contrato, se llegó a una terminación de común acuerdo, previo el reconocimiento de una suma, que venía a reemplazar la posible indemnización por despido injusto, y la posible pensión jubilatoria con base en más de 10 años y despido injusto. Se llegó al convenio de pagar $ 76.966.96, y se le dio el título acomodaticio de sustitución de pensión. De otra manera, sin convenio, no se explicaría jamás una terminación unánime. Ningún error se cometió por la compañía, pues ella tenía pleno conocimiento de causa, buenos abogados asesores, para que ahora venga a plantear el pago por error. El motivo inmediato nace, precisamente de una demanda laboral, que cursa en los juzgados laborales, contra Productos Lever S. A., que ahora motiva esta indebida pretensión. No se renunció jamás al cargo, y de haber sido así, el contrato terminó por mutuo consentimiento".

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de personería sustantiva en la demandante Productos Lever S. A. Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, desató el litigio en sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro por medio de la cual absolvió al señor Guillermo Botero Mejía de todos y cada uno de los cargos formulados por la Compañía Colombiana de Grasas COGRA S. A., a la que condenó en costas.

Apeló el apoderado de la sociedad demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el recurso en sentencia de doce de febrero de mil novecientos setenta y cinco que confirmó en todas sus partes la de primer grado, con costas a cargo del apelante.

Recurrió en casación el apoderado de la Compañía Colombiana de Grasas COGRA S. A. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte el recurso se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte recurrente se abstuvo de presentar escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Lo formula así el casacionista: "Con el presente recurso persigue la parte demandante que la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *case totalmente* la sentencia acusada, confirmatoria de la de primer grado, para que convertida la honorable Sala de Casación Laboral en Tribunal de instancia revoque la sentencia que profirió en este juicio el juzgador a quo con fecha 24 de septiembre de 1973 y, en su lugar, condene al demandado Guillermo Botero Mejía a restituirle a Compañía Colombiana de Grasas "COGRA" S. A., legalmente representada por su Gerente José Mejía Salazar, la suma de setenta y seis mil novecientos sesenta y seis pesos con noventa y seis centavos ($ 76.966.96) moneda corriente, y sus intereses legales, que la citada sociedad le pagó por error y con ausencia de causa al nombrado Guillermo Botero Mejía con fecha 26 de febrero de 1971".

El recurrente formula un solo cargo que enuncia y desarrolla así:

"*Único cargo. - Causal primera de casación.* (Artículo 60 del Decreto-ley 528 de 1964). Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó indirectamente, por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo y 2313, 2315, 2318, 2469 y 2475 del Código Civil. *La demostración del cargo.* El sentenciador de segundo grado llegó a las infracciones de ley señaladas en este cargo como consecuencia de haber apreciado erróneamente el documento auténtico que obra al folio catorce (14) del primer cuaderno del expediente, en relación con el reconocimiento de la suma de $ 76.966.66 que allí consta, cuyo pago se le hizo al demandado Guillermo Botero Mejía conforme a la 'liquidación definitiva' contenida en el documento que obra al folio 15 del citado cuaderno, pago que no se discute y que el juzgador ad quem admite en su sentencia acusada. En efecto, el juzgador de segundo grado entendió que el documento auténtico visible al folio catorce (14) del primer cuaderno del expediente es un contrato de transacción celebrado entre las personas que lo suscriben, siendo que en realidad se trata de una simple constancia de las sumas de dinero que la Compañía Colombiana de Grasas "COGRA" S. A. le pagó al demandado Guillermo Botero Mejía, por intermedio de su gerente José Mejía Salazar, con indicación expresa en cada caso de la respectiva causalidad. El fallador de segunda instancia dijo en su sentencia acusada lo siguiente sobre el cuestionado documento: 'Dentro del pro-

ceso se acreditó que el retiro del trabajador fue en forma voluntaria, o sea que no existió despido, y la norma invocada en el mencionado documento fue mal citada'. Sin embargo, la Sala estima que debe estudiar si verdaderamente las partes al firmar incurrieron como lo sostiene la demandante en error. 'El artículo 2469 del Código Civil, dice: 'La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio eventual...' No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa'. 'La transacción es un contrato bilateral por el cual los contratantes terminan una controversia ya existente o evitan una que pueda suscitarse, mediante el abandono recíproco de una parte de sus respectivas pretensiones por la promesa que una de ellas hace a la otra de una cosa para obtener el derecho discutido en toda su integridad'. 'El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) El consentimiento de las partes; b) La existencia actual o futura de una desaveniencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; c) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento. No es necesario sin embargo que las transacciones respectivas de las partes sean de la misma importancia, y de equivalencia exacta, las unas de las otras'. El razonamiento anterior del fallador ad quem es inobjetable, en opinión de la parte recurrente, puesto que se ajusta enteramente a derecho. Mas sucedió que tal razonamiento, apoyado acertadamente en las normas legales que regulan el contrato de transacción, no se aplicó al cuestionado documento auténtico. Fue así como después del claro razonamiento que se transcribió antes, el fallador de segundo grado concluyó así, a renglón seguido: 'En el presente caso el documento tantas veces relacionado en el sentir de este Tribunal implica una verdadera transacción, ya que ella versa sobre derechos laborales inciertos y discutibles; por otra parte fue firmado con anterioridad al litigio previendo exactamente la iniciación de él'. 'No podría decirse que celebraron una conciliación, ya que esta figura es un acuerdo amigable celebrado ante funcionario competente quien la dirige, la impulsa, controla y aprueba y que pone fin de una manera total o parcial a una diferencia, y tiene fuerza de cosa juzgada' (folios 108 y 109 del primer cuaderno del expediente). Basta la simple lectura del documento a que se refiere el fallador de segundo grado en los dos párrafos que se transcribieron inmediatamente antes, para concluir, sin lugar a dudas, que allí no se habla de derechos laborales pretendidos por una parte y negados por la otra, ante lo cual acordaron el pago de una determinada suma de dinero, a manera de convenio transaccional; y mucho menos se deduce de tal documento que 'fue firmado con anterioridad al litigio previniendo exactamente la iniciación de él', como lo afirma el fallador ad quem en su sentencia acusada. Al confrontar el texto del documento auténtico que aquí se señala como erróneamente apreciado por el fallador de segunda instancia con lo que el mismo sentenciador expresa en su fallo sobre el contrato de transacción, se evidencia claramente que le hizo decir al expresado documento lo que allí no consta, por lo cual es ostensible el error apuntado en este cargo. Como consecuencia del mencionado error, entendió también el fallador de segunda instancia que fue objeto del supuesto contrato de transacción el pago de la suma de $ 76.966.96 a que se refiere el punto segundo del cuestionado documento, siendo que allí se expresa con claridad que no permite duda alguna, que ese pago se le hizo al demandado Guillermo Botero Mejía 'a título de presunto derecho a pensión de jubilación por haber trabajado más de diez años pero menos de quince, al llegar el empleado a la edad de sesenta años, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961', como reza textualmente dicho documento. Y bien sabido es que la pensión especial de jubilación solo se causa en el caso de despido del trabajador sin justa causa, si al mismo tiempo se dan los demás requisitos que la ley señala al efecto, pero no cuando el contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento de las partes de la relación laboral, como lo enseña claramente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que fue la norma legal en que el patrono se apoyó para reconocerle a Guillermo Botero Mejía la suma de $ 76.966.96, en la creencia errónea de que dicho señor también había causado en su favor el derecho a la pensión especial mencionada. Como en el caso de autos está plenamente demostrado que el contrato de trabajo del demandado Guillermo Botero Mejía terminó por mutuo consentimiento de las partes, hecho que no se discute en el proceso y que está admitido por el sentenciador de segundo grado en su fallo acusado, resulta que el referido pago, por concepto de pensión especial de jubilación, lo hizo la empresa demandante en la creencia errónea de que el demandado Guillermo Botero Mejía también había causado en su favor el derecho a la mencionada prestación social, por lo cual pagó por error y con ausencia de causa la supradicha suma de dinero; y ese pago de lo no debido conforme a la ley, genera el dere-

cho para repetir lo pagado, aumentado de los intereses legales, que es la acción ejercitada por la parte actora en este juicio, conforme a lo dispuesto al efecto en los artículos 2313, 2315 y 2318 del Código Civil, aplicables al caso que aquí se contempla, por virtud de lo preceptuado en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera:

La violación final de normas sustanciales de carácter civil es admisible en el recurso de casación laboral cuando la materia que contemplan no está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo o lo está en forma incompleta, caso este último en el cual procede el señalamiento tanto de las laborales como de las de naturaleza civil.

El artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a la transacción. De tal manera que aun cuando se considera que hay aspectos de ese contrato no reguladas por la norma, ha debido incluirse entre las señaladas como violadas, pues de lo contrario la proposición jurídica sería incompleta. No podría la Corte dentro del recurso de casación laboral pronunciarse sobre las del Código Civil que se refieren a la transacción sin relacionarlas con la laboral, pues su misión es la de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo y no la de otras ramas del Derecho. El cargo en consecuencia no es admisible y por lo tanto no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el doce de febrero de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA DE CASACION CIVIL

INTERRUPCION DEL PROCESO POR ENFERMEDAD DEL APODERADO. Auto de 15 de enero de 1975. Niega la reposición pedida y solicitada por el recurrente.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

OPOSICION AL REGISTRO DE MARCA. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 20 de enero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de oposición al registro de la marca "KENT".

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. *Nulidad distinta de inoponibilidad de un acto. Incongruencia: no cabe en fallo inhibitorio.* Sentencia de 23 de enero de 1975. CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso ordinario de Telmo, Joaquín, Dreamer, Myriam, Olivia, Nilbia y María Luisa Ramírez Vargas frente a Angel Mario Mosquera Guañarita.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

QUEJA. *Recurso improcedente contra el auto que declara desierto el recurso de casación por no pago oportuno de la expedición de copias.* Providencia de 27 de enero de 1975.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. *Saneamiento de nulidad. Cuando se demanda a la sucesión se demanda a los herederos.* Sentencia de 28 de enero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso que promovió Shirley Londoño, en representación de sus hijas menores Naty Liliana y Lina María, contra Isabel Osorio de Valencia.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. *Técnica de casación.* Sentencia de 30 de enero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso ordinario, instaurado por Carlina Mantilla vda. de Mantilla frente a Antonio José Mantilla y otros.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. *Técnica de casación.* Sentencia de 30 de enero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por Fernando Durán Arciniegas frente a Noel Peñuela Gamboa.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

COLISION DE COMPETENCIA. Providencia de 5 de febrero de 1975. Decide que el Juez Civil de Menores de Armenia, es el competente para conocer de este proceso, iniciado por Beatriz Alvarado de Pérez, en representación de sus hijos menores.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

REVISION. *Reposición del auto que declara inadmisible la demanda. Es recurso extraordinario en que la facultad del juez se halla restringida.* Auto de 5 de febrero de 1975.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *En proceso de alimentos.* Auto de 5 de febrero de 1975. Decide que el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Ibagué, es el competente para conocer de este proceso iniciado por los menores Libia, Juan Carlos, Myriam, Edith y Santos Ortiz Sánchez contra Félix María Ortiz.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

ALIMENTOS. *Alteración de la competencia.* Auto de 6 de febrero de 1975. Resuelve que el Juez Promiscuo de Menores de Pereira, es el competente para conocer de este proceso.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

RECURSO DE QUEJA. *Improcedente contra el auto que declara desierto el de casación.* Auto de 6 de febrero de 1975.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO de 6 de febrero de 1975. *Declara desierto el recurso por no reunir la demanda los requisitos legales.*

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. *Litis consorte facultativo.* Sentencia de 7 de febrero de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario que suscitaron León Jairo y Luis Gonzalo Herrera frente a los herederos de Miguel Antonio Parra Muñoz.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Ratificación de declaraciones.* Sentencia de 13 de febrero de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Daniel Reyes contra Campo Elías Basurto.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

TRANSPORTE. *Prescripción de la acción de responsabilidad del porteador.* Sentencia de 13 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por "Seguros Patria S. A." contra "Rápido Antioquia Limitada".

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

INCIDENTE DE NULIDAD. Auto de 17 de febrero de 1975.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO. *Declara desierto el recurso por defectos de la demanda.* 21 de febrero de 1975.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

NULIDAD DE TESTAMENTO. *Prueba de la demencia senil.* Sentencia de 17 de febrero de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso ordinario de Raúl Franco Caparroso frente a Eustorgio Pacheco Durango.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. *Error de hecho en la apreciación testimonial.* Sentencia de 18 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso ordinario promovido por Ana Georgina y Campo Aníbal Suárez contra Eumelia Suárez de Gómez.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE PROMESA DE COMPRAVENTA. *Reformatio in pejus.* Sentencia de 19 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso ordinario de Rafael Felipe Delgado contra Marina Achury de Bazán.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. En proceso de venta de bien hipotecado. *Es competente para realizar el remate el mismo juez que lo decreta.* Auto de 25 de febrero de 1975. Decide que es el Juez Tercero Civil del Circuito de Palmira el competente para continuar el trámite de este proceso seguido por Jorge Eduardo Díaz y otro.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

AUTO de 27 de febrero de 1975. Rechaza la demanda por falta de competencia.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. *Confesión del litis consorte.* Sentencia de 28 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en este proceso ordinario suscitado por Emiro de Jesús Badel Arroyo frente a los sucesores de Manuel A. Badel Martínez.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

AUTO de 10 de marzo de 1975. No repone el auto que declaró desierto el recurso por presentación extemporánea de la demanda.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. *Concurrencia de hijos naturales con los legítimos.* Sentencia de 10 de marzo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario de Gregorio y Clotilde Donoso frente a los sucesores de Victorio Rodríguez Ortiz.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REIVINDICACION. *Error de hecho.* Sentencia de 18 de marzo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en este proceso ordinario de Juan Restrepo Montoya frente a Manuel Henao Montoya.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER del fallo anteriormente publicado.

RESOLUCION DE PERMUTA. *Proposición jurídica completa.* Sentencia de 1º de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Abel Naranjo Villegas contra José Tomás Giraldo.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

NULIDAD DE LA VENTA. *La sentencia absolutoria no es acusable por incongruencia. Error en la interpretación de la demanda.* Sentencia de 1º de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Pablo Antonio Bohórquez Gaitán frente a Carlos Arturo Sanabria Moreno.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

ARRENDAMIENTO. *Técnica de casación.* Sentencia de 2 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario del Club Hípico de Techo contra la sociedad Hipódromo de Techo S. A.

Magistrado ponente doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Auto de 11 de abril de 1975.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. *El reconocimiento en el acta de nacimiento requiere la firma del padre.* Sentencia de 14 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso ordinario instaurado por Luis Isabel Juan Gutiérrez frente a Sofía Chisays v. de Juan Manzur.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. *Caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia.* Sentencia de 14 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario instaurado por Esperanza Cuadrado frente a los herederos de Ricardo Camargo.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

DIVISORIO. *A quién corresponde pagar los honorarios periciales.* Sentencia de 16 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en este proceso divisorio de bienes comunes iniciado por Amelia Castro v. de Abella contra Jesús María Rojas.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. *Medio nuevo en casación. Caducidad, no interrumpe en término la presentación de la demanda.* Sentencia de 29 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso instaurado por Solelba Ramírez de Estrado y Myriam Ramírez de Mulfor, contra Adelfa Rodas de Ocampo.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ, DOCTOR ERNESTO CEDIEL ANGEL del fallo anteriormente publicado.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD Y FILIACION NATURAL. *Técnica de casación.* Sentencia de 6 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario de Marina López de Segura frente a José Luis López Ruiz y otros.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

EXEQUATUR. Auto que decreta pruebas Auto de 12 de mayo de 1975.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

COMPETENCIA EN PROCESO DE ALIMENTOS. Auto de 13 de mayo de 1975. Conflicto de competencia suscitado entre los Jueces Promiscuo de Menores de Sogamoso y el Séptimo Civil de Menores de Bogotá, en el proceso seguido por la menor María Encarnación Medina Barrera contra Honorio Medina Bello.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

RECURSO DE QUEJA. *Valor del interés para recurrir en casación.* Auto de 13 de mayo de 1975. Declara bien denegado el recurso, en el proceso adelantado por Blanca Cadavid de Quiroga frente a Argemiro Villamil.

NULIDAD DE VENTA. *Incongruencia no tiene lugar en sentencia absolutoria.* Sentencia de 15 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en este proceso ordinario de Juan Salvador Campo frente a Elías Montilla A.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REFORMATIO IN PEJUS. Sentencia de 15 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso or-

dinario de Luis Reyes Castro Leonel frente a Israel Barragán Marroquín y otros.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. *Incongruencia. Pruebas del estado civil (Decreto extraordinario 1260 de 1970). Apreciación de la prueba testimonial.* Sentencia de 19 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario promovido por José Fernaly y Alvaro Varela contra Arturo Valderrama.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. *Ratificación de testimonios. Apreciación de testimonios sospechosos.* Sentencia de 21 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario instaurado por María Josefa Salinas de Ordóñez frente a Antonio María Chávarro Cerón y otros.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. *Nulidades procesales.* Sentencia de 22 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso ordinario promovido por Jacinta Cancino de Carmona frente a desconocidos.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

CONCURSO DEL 5 y 6. Inacumulabilidad de la responsabilidad contractual o la extracontractual. Sentencia de 23 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Liborio Ruiz Jaramillo contra la sociedad Hipódromo de Techo S. A.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SIMULACION. *Prueba entre las partes.* Sentencia de 26 de mayo de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Juan B. Quintero Mesa frente a la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REIVINDICACION. *Excepción de prescripción adquisitiva.* Sentencia de 2 de junio de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso ordinario promovido por Pedro Aycardi Cabrales y otro frente a Miguel A. Ruiz y otros.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

REIVINDICACION. *Técnica de casación.* Sentencia de 4 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Alfonso Enrique Bermúdez Montaño frente a José Gregorio Morales.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria. Prueba por presunción.* Sentencia de 13 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Rafael Góngora contra Enrique Santos y Luz Elena Vásquez.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

SEGUROS. *Seguro de vida del deudor (1144 C. C.). Interpretación de los contratos.* Sentencia de 13 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en este proceso ordinario instaurado por Luz Elena Gómez v. de Villegas y otros frente a la Cooperativa de Caficultores de Calarcá Limitada.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Error de hecho en la apreciación de las pruebas.* Sentencia de 16 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso ordinario de Martín Echeverri Peláez, frente a Inversiones La Antioqueña Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. *Nulidad: Solo puede alegarla quien tenga interés en su declaración. Incongruencia.* Sentencia de 18 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario de Alvaro Méndez contra herederos de Francisco Bryon Jiménez.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONDUCTOR DE VEHICULO. *Culpa del lesionado.* Sentencia de 19 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario, instaurado por Neftalí Solórzano Quimbayo contra Eladio Fierro Garzón y otros.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

PERTENENCIA. *Prescripción entre comuneros. Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 19 de junio de 1975. NO

CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Nelly Ruiz de Robledo contra Oscar Ruiz.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

QUEJA. Auto de 19 de junio de 1975. Declara sin valor una orden judicial y manda dar cumplimiento al artículo 370 del C. de P. C. en el proceso ordinario de José Gentil Palacios contra Tito Parra Vera.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. *Técnica de casación.* Sentencia de 19 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Cleotilde Méndez Mera y otras frente a Bernardina Salamanca.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. *Proposición jurídica completa. Error de hecho.* Sentencia de 19 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario de Evangelista Quintana R. frente a la sociedad "García y Marulanda Limitada" (Gamma).

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Auto de 20 de junio de 1975. Resuelve el conflicto de competencia en proceso de alimentos seguido por los menores Jesús Armando, Julio César y Carmen Smith Garcés D. contra Jesús María Garcés Urbina.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. *Caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia.* Sentencia de 14 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario promovido por María Estelita Zambrano de Viveros contra la cónyuge sobreviviente y heredera universal de Rafael Caicedo Mora.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR. *Acumulación de pretensiones.* Sentencia de 14 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso suscitado por Alvaro Nariño Martínez frente a Banco Central Hipotecario y otro.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Culpa de la víctima, eximente de responsabilidad.* Sentencia de 14 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Rosa Piedrahita de Arango contra el Municipio de Medellín.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. *Error de hecho en la apreciación de testimonios.* Sentencia de 14 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso suscitado por María Riascos y otro frente a Martín Satizábal Herrera.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Declara la nulidad de lo actuado por omitir la oportunidad de recibir declaraciones a testigos de abono. Auto de 14 de julio de 1975.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Presunción de culpa del transportador.* Sentencia de 14 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Transportes Alfa Limitada frente a Industria Colombiana de Llantas S. A.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

PERTENENCIA. *Incongruencia, interés para proponerla. Causal 4ª reformatio in pejus. Responsabilidad patrimonial de las partes y de los apoderados.* Sentencia de 15 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Nicodemus Córdoba González en proceso de pertenencia de un solar urbano.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Perpetuatio jurisdictionis.* Auto de 15 de julio de 1975. La Corte resuelve que es competente para conocer de este negocio el Juez Promiscuo de Menores de San Gil.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

AUTO de 15 de julio de 1975. Declara desierto el recurso y condena al abogado del recurrente al pago de multa y de los perjuicios causados a su mandante.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. *Prescripción adquisitiva y extintiva. Causal 3ª.* Sentencia de 18 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso de partición promovido por Florencio Rodallega contra la sociedad denominada "Ingenio del Cauca S. A.".

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE PROMESA DE VENTA. *Técnica de casación.* Sentencia de 24 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso ordinario de Elvira Riveros de Gómez contra Segundo Díaz Roncancio.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

NULIDAD POR OBJETO Y CAUSA ILICITOS. *Interpretación del contrato.* Sentencia de 24 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario que promovió Alfonso Parra Pérez contra Pablo Antonio Cuesta.

Magistrado ponente, doctor Hugo Alberto Vela Camelo.

NULIDAD DE LA VENTA. *Técnica de casación.* Sentencia de 24 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Santiago Sabas Arias contra Octavio Otero Dajud, Francisco González Velásquez y Aníbal Vallejo Alvarez.

Magistrado ponente, doctor Hugo Alberto Vela Camelo.

IMPUGNACION DE LEGITIMIDAD Y FILIACION NATURAL. *Ilegitimidad de personería, causal 5ª. Interpretación errónea, excluye la falta de aplicación y la aplicación indebida de una norma. Caducidad de la acción de filiación.* Sentencia de 25 de julio de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Guillermo, Saúl y Dolly Bedoya Gil o García Gil, y el curador de Rodrigo Bedoya Gil frente a Nacianceno García, Rosalina Monsalve y otros.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REFORMATIO IN PEJUS. *Condenar en costas al recurrente no constituye reformatio in pejus.* Sentencia de 13 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario de Alvaro Lerma contra la sucesión de Atanael Palma Rengifo.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

AUTO de 13 de agosto de 1975. Declara desierto el recurso por vencimiento del término legal para presentar la demanda.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

RESOLUCION DEL CONTRATO DE VENTA. *Retención de los abonos recibidos por indemnización por el incumplimiento.* Sentencia de 14 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Josefina Sabogal de Vargas contra Carlos L. Quintero.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Pruebas insuficientes.* Sentencia de 21 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en este proceso ordinario promovido por María Oliva Alfonso de Vargas contra los sucesores de Jorge Bernal Vega.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SIMULACION. *Error-de derecho después de la expedición del C. de P. C. Error de hecho.* Sentencia de 22 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por Rogelio Montoya frente a Angelina Arenas viuda de Herrón.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LA ACCION ORDINARIA DEL TENEDOR DE UN INSTRUMENTO NEGOCIABLE. *Según los artículos 761 y 897 del C. de Co. anterior.* Sentencia de 25 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de la sociedad Phidia Investimen Anstalt contra Eugenio Bernardo Caicedo.

Magistrado ponente, doctor Alberto Ospina Botero.

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR VICIOS REDHIBITORIOS. *Es necesario probar la existencia de esos vicios ocultos anteriores o por lo menos coetáneos a la celebración del contrato.* Sentencia de 26 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario instaurado por "Fibro Infinita de Colombia Limitada" frente a "Fábrica de Lámparas Fluorescentes Limitada".

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. Sentencia de 26 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en este proceso ordinario de Ignacio Silva Motta contra Alberto Gómez Penagos.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. *Defectos técnicos de la demanda de casación: Acumula dos formas de acusación que tienen fuentes distintas: error de hecho y error de derecho.* Sentencia de 26 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Nelson Martínez frente a los herederos de Francisco Fidalgo Hermida.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. Cuando hay dualidad de domicilio es competente para conocer privativamente del proceso sucesorio el juez del domicilio donde tenía el de cujus el asiento principal de sus negocios. Auto de 26 de agosto de 1975.

La Corte resuelve el conflicto especial de competencia que surgió entre los Jueces Civil del Circuito de Chaparral y el Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIA PENAL. Sentencia de 27 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario adelantado por Otilia Salazar contra "Pórex Limitada y Ernesto Beiffert".

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESCISION DE LA VENTA. *Incongruencia. Técnica de casación. Nulidad absoluta y relativa.* Sentencia de 27 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso suscitado por Alicia Ríos Reyes frente a Efraín Gallego y otros.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Causal de posesión notoria. Deber de los jueces de investigar.* Sentencia de 28 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario que promovió Aurora Parra de Gómez contra los herederos de Santos Vásquez Góngora.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Error de hecho en la apreciación testimonial.* Sentencia de 29 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Santos Claros Vásquez frente a Enrique Santos y otros.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *En proceso de alimentos.* Auto de 3 de septiembre de 1975. Resuelve la Corte el conflicto surgido entre los Jueces de Menores de Buenaventura y Segundo de Pereira.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

SIMULACION. *El error de hecho ha de aparecer de manifiesto en los autos, para la prosperidad del recurso por este motivo.* Sentencia de 4 de septiembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario que suscitara María Leonor (Nora) Angel de Uribe frente a Agustín Vásquez Angel.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *No hay litis consorcio pasivo necesario entre los herederos del presunto padre.* Sentencia de 6 de septiembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario iniciado por Belén Silva frente a María Evelia Cifuentes v. de Pardo y en representación de sus hijos menores.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. En los procesos divisorios solo es casable la sentencia aprobatoria de partición.

Auto de 8 de septiembre de 1975.

REIVINDICACION. *Inconsonancia: la acción reivindicatoria engloba en general la de dominio. Técnica de casación. Proposición jurídica completa. Error de hecho y error de derecho.* Sentencia de 8 de septiembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en este proceso ordinario instaurado por Teodoro Restrepo Acevedo frente a Flor de María López de Ocampo.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTE AUTOMOBILIARIO. Sentencia de 11 de septiembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Eduardo Londoño y otros frente a Gerardo Alzate y "Expreso San Vicente, Guarne, Medellín, Limitada".

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

QUEJA. *Omisión del pago de honorarios periciales.* Auto de 18 de septiembre de 1975. Decídese el recurso de queja formulado contra el auto de 9 de junio de 1975, proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Ana Celia Cardona Giraldo contra John Uribe Palacio y otro.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

REIVINDICACION. *Técnica de casación: proposición jurídica completa, autonomía de los cargos.* Sentencia de 18 de septiembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Concepción Sanabria de Murillo frente a Publio Armando Orjuela Santamaría.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

NULIDAD DE VENTA INDIRECTA ENTRE CONYUGES. *Interpretación de la demanda. Donación entre cónyuges, es nula.* Sentencia de 19 de septiembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso ordinario seguido por Eliécer Morales Daza contra María Elisa Rojas de Morales y Gladys Fernández F.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

ERROR DE HECHO. Interpretación de los contratos. Sentencia de 2 de octubre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Aura Inés Parra de Gutiérrez frente a Consorcio Metalúrgico Nacional S. A. - Colmena.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTE DE TRANSITO. *Lucro cesante de vehículo de uso particular.* Sentencia de 8 de octubre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en estos procesos ordinarios acumulados por Oscar Polanco Valencia y Alberto Velásquez Saldarriaga contra Alfonso Villa Londoño y Erasmo de J. Arango.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

AUTO de 9 de octubre de 1975. Declara desierto el recurso por falta de los requisitos formales de la demanda.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

QUEJA. *Interés para recurrir en casación y cuantía de la acción.* Auto de 9 de octubre de 1975. Declara bien denegado el recurso de casación propuesto en el ordinario de Elvira Valencia Puentes contra Angela Aguirre de Rodríguez seguido ante el Tribunal Superior de Cali.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. *Causal de relaciones sexuales en la nueva ley.* Sentencia de 13 de octubre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Alba Stella Cortés y Alicia Sanabria.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

RECURSO DE REVISION. *No puede repetirse la demanda.* Auto de 15 de octubre de 1975. Niégase la admisión de la demanda propuesta por Carolina Jiménez de Ramírez.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

FIJACION DE AGENCIAS EN DERECHO. Auto de 27 de octubre de 1975. Declara infundada la objeción formulada.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

REPOSICION. Es recurso que debe sustentarse. Auto de 28 de octubre de 1975. Niega la reposición pedida.

Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.

SIMULACION. *Técnica de casación.* Sentencia de 31 de octubre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jorge Aníbal Arenas Avila contra María Cristina Arenas, Marta Arenas y otros.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

AUTO de 4 de noviembre de 1975. Declara desierto el recurso por no ajustarse la demanda a los requisitos legales.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

CUENTAS DEL ALBACEA. *Incongruencia. El memorial de objeciones hace las veces de demanda. Condena por intereses. La obligación de rendir cuentas es indivisible, pero es divisible lo relacionado con el pago del saldo. Pago liberatorio. Tasa de intereses corriente. En qué consiste la justificación de las cuentas.* Sentencia de 5 de noviembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal de Medellín, en proceso especial promovido por María Maya de Restrepo, Samuel y Fabio Maya Morales contra César Maya Morales.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

EXEQUATUR. *Reciprocidad diplomática o legislativa.* NO CONCEDE EL EXEQUATUR a la sentencia pronunciada por la Corte del Condado de Cooh. Sentencia de 7 de noviembre de 1975.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

PROMESA DE CONTRATO. *Incumplimiento recíproco.* Sentencia de 13 de noviembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Héctor Silva Romero contra Jorge Niño Niño.

Magistrado ponente, doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa. Error intrascendente. Medio nuevo en casación. Confesión calificada.* Sentencia de 17 de noviembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso ordinario promovido por Margarita García viuda de Pacheco a los cónyuges Luis Antonio Pesca y Bernarda Pita de Pesca.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD DEL PROCESO DE VENTA Y DEL REMATE. *Interpretación de la demanda. Remate por valor inferior al legal. Error aritmético: en qué consiste.* Sentencia de 17 de noviembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Margarita Desté Guillard, Jorge Aníbal Figueroa Desté y Juan Enrique Figueroa Desté, contra Namen Bassil y Antonio Bassil.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO. *Perjuicios: ha de probarse el daño. Las sentencias sobre inexequibilidad producen efecto erga omnes.* Sentencia de 3 de diciembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— contra la Caja de Compensación Familiar de Antioquia —CONFAMA—.

Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SIMULACION. *Reformatio in pejus. Prueba indiciaria. Donación válida hasta $ 2.000.00 en cada finca donada.* Sentencia de 5 de diciembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en este proceso ordinario de María Beatriz Romero Peña y otros frente a Fabiola Bedoya Castaño vda. de Sánchez.

Magistrado ponente, doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Estipulación de domicilio contractual.* Auto de 12 de diciembre de 1975.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. *Valor del interés para recurrir.* Auto de 12 de diciembre de 1975.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

TECNICA DE CASACION. Reposición del auto que declaró desierto el recurso. Auto de 12 de diciembre de 1975.

Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria: elementos de trato y fama.* Sentencia de 15 de diciembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Isabel Beltrán de Zapata contra Ana Bertha Acosta de García.

Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA DE CASACION LABORAL

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de enero 16 de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Reinaldo Cuartas Molina contra Calzado París Madrid Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de enero 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de José Jiménez Sánchez contra la Cooperativa Integral de Cultivadores de Papa Limitada.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA. La Corte por sentencia de enero 22 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Santiago Ríos Hernández contra el Colegio de San Ignacio de Medellín, perteneciente a la Compañía de Jesús.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

JORNADA DE TRABAJO. La Corte por sentencia de enero 23 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Martínez Torres contra Hilandería Colombo-Belga Limitada, "Hicobel".

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de enero 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Rafael Guillermo Garizábalo Díaz contra Empresa de Vapores Julio Montes Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón .

BUENA Y MALA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de enero 24 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Roso Alfredo Ortiz contra Droguería Santander —Botica de los Médicos Limitada—.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de enero 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Gabriel Carreño Rodríguez contra la Nación colombiana (Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional).

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

REINTEGRO DEL TRABAJADOR. La Corte por sentencia de enero 28 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Benjamín Herrera Sabogal contra la sociedad Hijos de Eleázar Ospina y Compañía de Bogotá Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de enero 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Gabriel Izquierdo contra Empresa Puertos de Colombia.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de enero 31 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eustasio Millán Pineda contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

LA EDAD EN LA PENSION SANCION. La Corte por sentencia de febrero 13 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Elmer Castillo Sánchez contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de febrero 17 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Joaquín Emilio Brito Vallejo contra Gilberto Hernández.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de febrero 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Isidro Sánchez Serrano contra Federación Antioqueña de Ganaderos, Fedegán.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

HORAS EXTRAS Y TURNO EXTRAORDINARIO. La Corte por sentencia de febrero 21 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Fabio Duque contra Unión Carbide Colombia Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. La Corte por sentencia de febrero 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Alfredo Gallo González contra Pan American Life Insurance Company.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de febrero 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús Mª Cifuentes contra Siderúrgica de Medellín S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

VINCULACION ENTRE LOS ARTICULOS 7º y 8º DEL DECRETO 2351 DE 1965. La Corte por sentencia de marzo 6 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Pedro Cristo Blanco Sánchez contra Empresa Acerías Paz de Río S. A.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de marzo 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Bohórquez Calderón contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de marzo 12 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Egberto Fernández Gómez contra Empresa Colombiana de Aeródromos (ECA).

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

SALARIO. La Corte por sentencia de marzo 12 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Sánchez Ulloa contra Taxi Aéreo "El Venado Limitada".

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de marzo 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ana Cecilia Saavedra de Guerrero contra Ibérica - Federico Angel e Hijos Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de marzo 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Bertulfo Botero Jiménez contra Seguros Tequendama Albingia - Aseguradora Mercantil S. A.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

MANIFESTACION DE LOS MOTIVOS PARA DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE TRABAJO CON JUSTA CAUSA. La Corte por sentencia de marzo 31 de 1975, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Burgos Gutiérrez contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de abril 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan Bautista Caro contra Fundación Hospital San Vicente de Paúl u Hospital Universitario San Vicente de Paúl.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de abril 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Fernando Oquendo B. contra Marco Gaviria Toro.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de abril 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Justo Pastor Henao contra Seguros Bolívar S. A.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de abril 7 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marcel Plazas Lartigau contra Distribución Pro-Capilar Limitada, "Disprocal".

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

LA COSA JUZGADA. La Corte por sentencia de abril 8 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Antonio Rafael Jirado Corrales contra la Cámara de Comercio de Cúcuta.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de abril 11 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de María Luz Polanía de Trujillo contra Miguel A. Peña y Cía. Limitada - Salón Musical.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de abril 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mélida Vargas Villamil contra la Federación Nacional de Cafeteros.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de abril 15 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio César Cubillos contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de abril 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Leonor García de Rojas contra "Radio Técnica Colombiana Limitada".

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

IDENTIDAD DE EMPRESA. La Corte por sentencia de abril 18 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Luis Arturo Gómez Zárate contra "Silva y Ferreira - Ropa el Roble Limitada".

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

CORPAL. La Corte por sentencia de abril 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Antonia Valderrama R. contra Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social —CORPAL—.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION POR MORA Y BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de abril 29 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Arnulfo de Jesús Durango contra Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de abril 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Jaime Arbeláez B. contra Enrique Echeverri Angel y Julio César Echeverri Mejía.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

DEMANDA EN FORMA. La Corte por sentencia de abril 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alberto Bedoya González contra Gaseosas Posada Tobón Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de mayo 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús Domingo Toledo Ruiz contra Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

REINCIDENCIA. La Corte por sentencia de mayo 7 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Alonso Medina Montaño contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de mayo 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rodolfo Sánchez Vargas contra Cooperativa de Transportadores de Belén Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de mayo 15 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Emiro Sarmiento Sarmiento contra Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de mayo 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Gamboa contra Leonidas Lara e Hijos Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de mayo 22 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de César A. Parrado Barbosa contra Facultades de Arquitectura e Ingeniería de la Universidad La Gran Colombia.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONTRATO A TERMINO FIJO. La Corte por sentencia de mayo 22 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Enrique Vallés Aguilera contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONTINUADA DEPENDENCIA. La Corte por sentencia de mayo 22 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el juicio de Antonio José López López contra Amanda López de Wagers.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

El ELEMENTO SUBORDINACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de mayo 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Fernando Romero Tobar contra Generoso Mancini - Manteca La Americana Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

UNIDAD DE EMPRESA. La Corte por sentencia de junio 9 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Santiago Escrucería G. contra Compañía Real Holandesa de Vapores (KNSM) y a la Compañía Transportadora S. A.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

SUSPENSION DEL TRABAJO. La Corte por sentencia de junio 10 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Arnulfo Pino Marmolejo contra Isabel Uribe viuda de Quintana.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de junio 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Daniel Tobían Santodomingo contra C. L. Construcciones y Asocon Limitada.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de junio 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Darío Castañeda Morales contra "Aguilar Colombiana de Ediciones S. A.".

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

RENUNCIA DE LAS PARTES A LA PRACTICA DE LA INSPECCION. La Corte por sentencia de junio 17 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Segundo Arias Sánchez contra Técnicos Mecánicos Ingenieros "Temeisus" Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL ACCIDENTE DE TRABAJO. La Corte por sentencia de junio 19 de 1975, NO CASA la proferida por

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Norberta viuda de Molina contra Empresas Públicas de Medellín, Instituto Municipal.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

HORARIO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de junio 19 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Falla Buendía contra Remington Rand de Colombia S. A.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de junio 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Benilda Mesa contra Gutiérrez y Cía. Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. La Corte por sentencia de junio 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Hernán Toro Márquez contra Lanera del Pacífico S. A.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de junio 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Prieto Moreno contra Santa Fe "Corporación Deportiva".

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA. La Corte por sentencia de julio 2 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cecilia Flórez de Salcedo contra la Comunidad Religiosa "Hijas de la Sabiduría".

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Salvamento de voto.

EXCESO EN LA CONSIGNACION. La Corte por sentencia de julio 2 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Omar Hernán Mosquera contra Almacenes La Llave Limitada.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONTRATO A TERMINO FIJO. La Corte por sentencia de julio 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gerardo Serrato Patiño contra el Fondo Aeronáutico Nacional.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de julio 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Pablo Riaño Guzmán contra el Instituto de Fomento Industrial. Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Antonio Rojas Salgado contra Jabonerías Unidas S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan Calle López contra Calzado Belladam Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

VALORACION DE PRUEBAS. La Corte por sentencia de julio 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cely Heberto Cortés González contra Radio Cadena Gran Colombia Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Julio Peralta Varela contra Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Rafael Angel Valdez contra Puertos de Colombia. Puerto terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 18 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Sánchez Silva contra Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena".

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

SALARIOS VARIABLES. La Corte por sentencia de julio 18 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Santibáñez Lemos contra Singer Sewing Machine Company Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Tulio Triviño C. contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rubén Darío Galeano Zambrano contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de julio 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Alberto López Soto contra Hospital San José de Neira (Caldas).

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 22 de 1975 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Evelio Ramos contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 23 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Angel María Orozco contra Empresa Distrital de Servicios Públicos y a la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 23 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Eduardo Cadena Castro contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

COMPETENCIA DEL JUEZ. La Corte por sentencia de julio 23 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Villamil Ramírez contra el Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de julio 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jairo José Gómez Giraldo contra el Banco Cafetero.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION. La Corte por sentencia de julio 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Gómez Hinestroza contra Organización Farmacéutica Americana (O. F. A.) Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de julio 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Delgadillo Gómez contra Banco del Comercio.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Celso Cifuentes contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 25 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Victorino Pérez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de julio 25 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Valentín Ossa Escallón contra Empresa Puertos de Colombia.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Antonio Gutiérrez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Ramírez Varela contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hermenegildo Gutiérrez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Pascual Malagón contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

REMUNERACION EN LOS DOMINICALES EN PRESENCIA DE SALARIOS VARIABLES. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Lopera Lopera contra Droguería Continental "Drocental y Cía. Sociedad Anónima".

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

REINTEGRO O INDEMNIZACION. La Corte por sentencia de agosto 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Clara Inés Castañeda contra Encyclopedia Británica de Colombia Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de agosto 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Argilio Polanco Ayala contra la Fábrica de Cemento Samper.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION POR MORA. La Corte por sentencia de agosto 11 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alfonso Restrepo Abad contra Alberto Botero Arias.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de agosto 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Antonio J. Alvarez contra Almacenes Generales de Depósito de Café S. A. - "Almacafé".

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de agosto 13 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro P. Rodríguez Ortega contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

BANCO CAFETERO. La Corte por sentencia de agosto 13 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Martino Utermil contra el Banco Cafetero.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

REINTEGRO DEL TRABAJADOR Y LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO. La Corte por sentencia de agosto 14 de 1975, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Jorge Humberto Villa Martínez contra el Banco Cafetero.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de agosto 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alvaro Cano Quiceno contra Colombiana de Tejidos S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de agosto 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Aquileo Hernández Barreto contra la Clínica del Caribe Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de agosto 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Jorge Arturo Salazar contra José Joaquín Muñoz.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de agosto 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Miguel Gutiérrez Anzola contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de agosto 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Campo Elías Gómez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de agosto 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Hernández Torres contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos y Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

SALARIO EN ESPECIE. La Corte por sentencia de agosto 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Joaquín Mariño Ramírez contra Hoteles Asociados Limitada.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de agosto 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Enrique Torres contra Alegría & Cía. Limitada.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO. La Corte por sentencia de agosto 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Bernardo Rodríguez contra "Carco Limitada".

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de septiembre 2 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Galindo González contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (Casa Principal).

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 2 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lucio E. Cortés contra Puertos de Colombia.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 2 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Guillermo López Viancha contra Cementos Boyacá S. A.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de septiembre 17 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en el juicio de José Antonio Martínez contra Compañía de Tabaco "Tabarama".

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Castro Leal contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de septiembre 18 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Antonio Rosas Rosas contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de septiembre 18 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José Manuel Alvarez Moreno contra el Municipio de Barranquilla.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION POR MORA. La Corte por sentencia de septiembre 18 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Israel Gómez Bedoya contra Albesiano Durando.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de septiembre 22 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ciro Galeano Hernández contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de septiembre 22 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Bautista Briceño González contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CORPAL. La Corte por sentencia de septiembre 23 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lilia Sabogal de Durán contra la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social —Corpal—.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

PUERTOS DE COLOMBIA. La Corte por sentencia de septiembre 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Ortega Castro contra Puertos de Colombia.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION. La Corte por sentencia de septiembre 25 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Santiago Pérez Ariza contra la Clínica de Marly Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el juicio de Elio Enrique Nieto Bayona contra la Empresa Santandereana Aérea de Fumigación (SAF Ltda.).

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 2 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Antonio José Cabra contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez S.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de octubre 6 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan A. Rangel M. contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. - Avianca.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de octubre 6 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Mercedes Fálquez Jimeno contra Pan Amercian World Airways Incorporated.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CAUSALES DE DESPIDO. La Corte por sentencia de octubre 6 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Edgar Castaño Gaviria contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

HECHOS NUEVOS ALEGADOS EN CASACION. La Corte por sentencia de octubre 7 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Julio Argemiro Gómez Salazar contra el Departamento de Antioquia.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

Salvamento de voto.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 8 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Saúl Gómez Capador contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez S.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 8 de 1975 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Rojas Reyes contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez S.

OBLIGACIONES DEL GERENTE. La Corte por sentencia de octubre 13 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Daniel Charria Charria contra la Corporación de Empleados del Instituto de la Reforma Agraria, INCORA.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CAPITAL DE LA EMPRESA O PATRONO. La Corte por sentencia de octubre 13 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Marco Tulio Mlina Claros contra José María Muñoz Navia.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de octubre 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rosa Orrego de Jiménez contra Industrial Hullera.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de octubre 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Cristina Isabel Hernández contra Puertos de Colombia.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de octubre 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Pablo Rodríguez contra Distribuidora de Jabones y Detergentes Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

MINIMO PENSIONAL. La Corte por sentencia de octubre 16 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Lino Vargas Muñoz contra el Municipio de Yolombó.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Roberto Nieto contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE TECNICA. La Corte por sentencia de octubre 22 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Gumersindo Herrera Trocha contra la Empresa Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

PREAVISO. La Corte por sentencia de octubre 23 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rogelio Taborda Ramírez contra el Municipio de Itagüí.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de octubre 23 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo López Baquero contra el Banco de Bogotá.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

FINIQUITO EXPEDIDO POR EL TRABAJADOR. La Corte por sentencia de octubre 23 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ricardo Caviedes del Hierro contra el Instituto de Cultura Superior - Universidad Social Católica de la Salle.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

REMUNERACION DE DESCANSO DOMINICAL POR SALARIO VARIABLE. La Corte por sentencia de octubre 24 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Guillermo Saldarriaga N. contra Paff de Colombia S. A.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de octubre 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Carlos Arturo Toró Herrera contra Industria Colombiana de Confecciones Limitada, Incoco.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

INTERPRETACION DEL ACTA DE CONCILIACION. La Corte por sentencia de octubre 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Angel A. Pimienta Q. contra Compañía Frutera de Sevilla.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR EVIDENTE DE HECHO. La Corte por sentencia de octubre 24 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gonzalo Ruiz Múnera contra Procesadora de Leche S. A. (Proleche).

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. La Corte por sentencia de octubre 24 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio César Moreno contra Distrito Especial de Bogotá.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

FUNCIONES PROPIAS DE LOS SINDICATOS. La Corte por sentencia de octubre 27 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Israel Pinto Granados contra Grace y Cía (Colombia) S. A. y el Sindicato de Chequeadores del Atlántico.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ricardo Torres Z. contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Tena Cárdenas contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Pinzón Galeano contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de octubre 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Aurelio Manuel Castro contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. - Avianca.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONFESION. La Corte por sentencia de octubre 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gonzalo Prada Pulido contra la Pontificia Universidad Javeriana.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ACTA DE CONCILIACION Y COSA JUZGADA. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Julio César Mantilla Gómez contra Julio y José Ramírez Johns y Cía. S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gabriel Bayona González contra la Fundación Universidad Incca de Colombia.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús Mª Ortiz Muñoz contra las Empresas Públicas de Medellín.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCILIACION Y COSA JUZGADA. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Domingo Ibarra contra Compañía Frutera de Sevilla.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Julio Otálora contra Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Antonio Quintero contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 31 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Agustín Espejo contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez S.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 31 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Daniel Arturo Arévalo contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez S.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de octubre 31 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Nava Sánchez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Castro Nieto contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José M. Cabrera Marriaga contra la Empresa Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

RETENCION, DEDUCCION Y COMPENSACION DE SALARIOS. La Corte por sentencia de noviembre 6 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Bautista Corredor Jiménez contra Alberto Carreño Nivia.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

FINIQUITO EXPEDIDO POR EL TRABAJADOR. La Corte por sentencia de noviembre 7 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Calderón Ramírez contra Ayerst Laboratories Inc.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

PROHIBICION DE RETENER. La Corte por sentencia de noviembre 7 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Fernando Fajardo Ejea contra Arturo Martínez B. y Cía. Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 7 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Eduardo Ramos Gálvez contra el Instituto de Crédito Territorial.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 7 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Simón Olarte Zapata contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL).

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 7 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Esaú Fierro Moreno contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 10 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Hugo Zarrate Sierra contra Fotoelectro Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alva-

ro Cuervo B. contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rodolfo Sierra contra Julio Simón García.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 13 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Martha Ramírez Zuluaga viuda de Arredondo contra Empresas Públicas de Medellín.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 13 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Díaz Santanilla contra Ayerst Laboratories Inc.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 13 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Fernando Millán S. contra Lasprilla y Compañía, Sociedad en Comandita.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Plinio Guerrero contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

Salvamento de voto...

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio Eduardo Talero contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Agustín Muñoz Wiesner contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 14 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio A. Cuevas Yepes contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Arturo Triviño Casas contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Campo Elías Velásquez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Contreras contra Marco A. Fajardo, del Hipódromo de Techo S. A y de la Caja del Fondo de Retiro para los Profesionales del Hipódromo de Techo S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Leonidas Bello Riaño contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Pinzón Alonso contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Amaya Torres contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gratiniano Cubillos contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

DOCUMENTOS EMANADOS DE TERCEROS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Guillermo Cubillos Rodríguez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Sánchez contra el Instituto de Fomento Industria - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Teotiste Pérez viuda de Parada contra Central de Transportes - Estación Cúcuta.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATISTA INDEPENDIENTE. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Aquileo López Montero contra Gases del Caribe S. A.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marino Cifuentes contra Distribuidora Bavaria S. A.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Oswaldo Luis Mura contra el Club Deportivo los Millonarios S. A.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Martín David Vargas González contra Cuéllar Serrano Gómez y Compañía Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco A. Garnica contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de noviembre 21 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Javier Celis Bayona contra Central de Transportes - Estación Cúcuta y al Municipio del mismo nombre.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Villamarín contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Heliodoro Castellanos Poveda contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel A. Rodríguez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 25 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Samuel Amaya Zambrano contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 25 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Arcesio Cadena Escobar contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Triviño contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Camargo Hurtado contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Pablo Paipa contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Arsenio Triviño contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION DEL SALARIO. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gilberto Delgado Sierra contra San Andrés Development Company.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio Múnera Duque contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jacinto Rodríguez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ricardo Pinzón contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ricardo Bello contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Jorge Robles contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Antonio Gómez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rudesindo Camargo contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Alvarez contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Vicente Cruz Naranjo contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Higinio Santana contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Eduardo Patiño contra Tubos Moore S. A.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de diciembre 1º de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Santos Cárdenas Pachón contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de diciembre 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Javier Izquierdo Ríos contra la Empresa Montecarlo Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

PAGO POR CONSIGNACION. La Corte por sentencia de diciembre 3 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Daniel Sarmiento González contra la Sociedad Cocigás de Santander Limitada.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de diciembre 4 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro de Valdenabro Bueno contra las sociedades Interventorías y Diseños Limitada y Consultores Interconsult S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Otálora contra el Instituto de Fomento Industrial - Concesión Salinas.

Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ricardo Maz Navarrete contra Empresa de Licores de Cundinamarca.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION POR MORA Y BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Arango Rodríguez contra Alimentos Concentrados Raza S. A.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

CORPAL. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Bertha Inés Márquez Patiño contra la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social, CORPAL,

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

DOMINICALES Y FESTIVOS. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Antonio González contra la Compañía Manufacturera de Pan - Comapan, Ltda.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

INDEMNIZACIONES. La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rosa Irene Mesa

de Betancur contra Carbones San Fernando Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos E. González Páez contra Puertos de Colombia.

Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar.

RELACION DE DERECHO PUBLICO. La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Juan José Chaustre Flórez contra la Central de Transportes - Estación Cúcuta.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Eduardo Piedrahita contra el Fondo Ganadero de Antioquia Sociedad Anónima.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL. La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de María Stella Galvis Parra contra la Central de Transportes - Estación Cúcuta.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

TRABAJADORES DEL ORDEN MUNICIPAL. La Corte por sentencia de diciembre 10 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Helena Piñeros Espejo contra el Distrito Especial de Bogotá.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 10 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Héctor Tovar Rúa contra Muebles Metálicos Manizales Limitada.

Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Juan Manuel Ferguson Gómez contra la Compañía Frutera de Sevilla.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.

REINTEGRO O INDEMNIZACION. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Pedro Luis Arias contra Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.

Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina .

PREAVISO. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Fernando Cabrales Pérez contra el Banco de la República.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Andrés Cadena Molina contra la Empresa Municipal de Teléfonos de Barranquilla.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Víctor Manuel Aguirre contra Toribio y Carabulla Limitada.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Martha Aurora Rico vda. de Ramírez contra Industrial Hullera S. A.

Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 15 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Ernesto Solarte Cadavid contra Singer Machine Company.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de diciembre 15 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Abelardo Valencia Restrepo contra la sociedad Fábrica de Carteras Triconal Limitada.

Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C.

INDICE PRIMERA PARTE

SALA DE CASACION CIVIL

RESOLUCION DE LA VENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR. *Suspensión de términos mientras el expediente está al despacho, su cómputo. Negociaciones definidas e indefinidas, su prueba. Confesión divisible e indivisible. Traslados: cómo surtirlos.* Sentencia del 29 de enero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso ordinario instaurado por Carlos Angel Gutiérrez frente a la entidad "Held & Cía. Sociedad Limitada". Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 5

FILIACION NATURAL. *Error de hecho.* Sentencia de 7 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario instaurado por Mario Alberto Fernández Ruiz frente a los herederos de Jesús Emilio Fernández García. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 19

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. *Confesión ficta o presunta: requisitos, valor probatorio. El nuevo C. de P. C. no exige declaratoria de confeso.* Sentencia de 10 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario promovido por David Libreros contra Ester Julia Pulgarín de González. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper..... 25

LIQUIDACION DE SOCIEDAD. *Interés para recurrir y cuantía de la acción. Aplicación de la nueva ley procesal. Cosa juzgada. Interpretación de la sentencia.* Sentencia de 20 de febrero de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en este proceso de liquidación de sociedad instaurado por Angélica Rosas de Moreno frente a los herederos de Jesús Bernal Estepa. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 32

CESION DE CREDITO CON RESERVAS DE INTERESES. *Intereses: obligación accesoria. El deudor ante cedente y cesionario.* Sentencia de 24 de febrero de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Carlos Gómez Gálvez contra Luis Eduardo González. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper..... 45

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HUMBERTO MURCIA BALLEN y ERNESTO ESCALLON VARGAS del fallo anteriormente publicado ....

CLAUSULA RESOLUTORIA TACITA EN LA COMPRAVENTA. *Requisitos que debe llenar la demanda de casación.* Sentencia de 1º de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario instaurado por "Premaderas Ramírez Duque Limitada" contra "Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A." (Codemaco). Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 56

FILIACION NATURAL. *Asignatario a título singular y a título universal. El asignatario del remanente siempre es heredero. El título de heredero no es cesible. Nada impide citar también a los herederos.* Sentencia de 11 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario que suscitaron Leda Adalgiza González v. de Tejada frente a los asignatarios testamentarios de Genaro Flaker. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 62

EXEQUATUR. *Requiere reciprocidad diplomática o legislativa.* Sentencia de 14 de abril de 1975. NO CONCEDE el pedido a la sentencia pronunciada por el Tribunal Civil de Rieti (Italia). Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén. 68

PROMESA DE VENTA. *Nulidades absoluta y relativa. Ratificación expresa y tácita: requisitos de una y otra. Nulidad absoluta, efectos de su declaratoria. Prestaciones mutuas.* Sentencia de 17 de abril de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Ana Rosa Durán de Hernández frente a Luis Jorge Quintero. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 71

NULIDAD DE TESTAMENTO. *Incapacidad del confesor para heredar por testamento.* Sentencia de 23 de abril de 1975. NO CASA la proferida por

el Tribunal Superior de Pereira en el proceso ordinario promovido por Alfonso Ramírez Ocampo contra Simón Eladio y Martín Ramírez Ocampo. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper..... 78

REIVINDICACION. *Posesión y tenencia. Pruebas: oportunidad de aportarlas al proceso. Demanda: teorías de la individualización y de la sustanciación en cuanto a la estimación de los hechos. La sola afirmación del demandado no acredita su condición de tenedor.* Sentencia de 25 de abril de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario iniciado por Pastor Bernal Osorio contra Humberto Aníbal Forero Sánchez. Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda..... 84

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HUMBERTO MURCIA BALLEN y ERNESTO ESCALLON VARGAS al fallo anteriormente publicado..... 101

SIMULACION. *Teoría monista. Simulación y nulidad. Simulación absoluta y relativa. Amplitud en la interpretación de la demanda. Calidad de heredero: cómo se adquiere.* Sentencia de 19 de mayo de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Blanca Toro de Hoover contra Antonio José Restrepo Arroyave y otros. Magistrado ponente, doctor Ernesto Escalión Vargas..... 106

PERSONA JURIDICA. *Su capacidad de obrar, responsabilidad de la cooperativa por actos de su gerente. Competencia.* Sentencia de junio 13 de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Iván Pajón Londoño frente a Cooperativa Metropolitana de Transportadores del Valle de Aburrá. "Coometropol". Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 120

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER del fallo anteriormente publicado..... 127

DONACION. *Definición: requisitos para su validez. Insinuación: requisito previo a la donación. Su pretermisión no constituye mala fe.* Sentencia de 16 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario promovido por Ernesto Torres contra Nory Torres de Quiroz y el Banco de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 132

REVISION DE SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO DE VENTA. *Hipoteca: derechos del dueño del bien gravado y del acreedor hipotecario. Efectos de la ampliación del plazo de la deuda.* Sentencia de 17 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Margarita López de Sawadzky y otros contra "Inversiones Tobón Romero Limitada". Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper..... 137

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ERNESTO ESCALLON VARGAS y HUMBERTO MURCIA BALLEN del fallo anteriormente publicado..... 142

PERTENENCIA. *Proposición jurídica completa. Incongruencia. La oposición no implica reivindicación.* Sentencia de 17 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Pedro Serra Ferré, como heredero de María del Carmen Ferré de Serra, frente a Hernando Pinilla Díaz. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén.... 146

REIVINDICACION. *Demanda en forma. Acumulación indebida de pretensiones. Decisión inhibitoria parcial.* Sentencia de 18 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario de Elvira Umaña de Torbaum contra Santos Reyes Medina, Teresa de Reyes (o Cleotilde) Cifuentes de Reyes y María Leonor Molina. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper..... 156

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HUMBERTO MURCIA BALLEN Y ERNESTO ESCALLON VARGAS del fallo anteriormente publicado..... 164

FILIACION (Impugnación de legitimidad). *Presunciones legales de legitimidad y de ilegitimidad. Debe comparecer el presunto padre o sus herederos, cuando lo ejercita el hijo. Impugnación de legitimidad e investigación de paternidad natural, son acumulables.* Sentencia de 19 de junio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Angela Jiménez contra Aldemar López de Ospina y Ana Francisca Jiménez. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 169

FILIACION. *Cómo hacer el cómputo a que se refiere el artículo 92 del C. C. Prueba del embarazo. Irretroactividad de la Ley (75 de 1968).* Sentencia de junio 20 de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por María José Barria frente a los herederos de Mario Garcés O'Byrne. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 174

SIMULACION. *Técnica de casación: proposición jurídica completa. Error de derecho en la valoración de pruebas. Simulación y nulidad, son fenómenos diferentes.* Sentencia de 14 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Ana Freire de Girón, Manuel Freire, Leonor Freire de Moreno y Carmen Rita Sánchez de Figueroa, contra

Lastenia Valdés de Romero y otros. Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda..... 184

FILIACION NATURAL. *Prueba testimonial, cómo acusar en casación la inobservancia de formalidades o su calificación por el juzgador de instancia.* Sentencia de 22 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario instaurado por Alicia Aurora Leyton frente a los herederos de Juan Bautista Milecio Chaves. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 195

NULIDAD DE REMATE. *Revalidación de papel. Restitución como consecuencia de nulidad o de la acción de dominio. Sentencia, la parte resolutiva ha de entenderse en armonía con su parte motiva. Condiciones de la acción y presupuestos procesales.* Sentencia de 24 de julio de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso ordinario de Dulcelina Pinzón v. de Delgado y otra contra Gildardo Santoyo Pinzón y Teresa Muñoz v. de Delgado. Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda..... 200

VENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. *Error de hecho. Técnica de casación: los distintos cargos deben ser autónomos.* Sentencia de 28 de agosto de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso instaurado por "Distral S. A. - Industrias de Ingeniería Mecánica" frente a "Ingeniería y Técnica de Construcción Limitada, Intecon". Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 210

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Prueba trasladada.* Sentencia de 3 de septiembre de 1975. CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Fabio Patiño y Ofelia Salazar contra la sociedad Embotelladora de Medellín S. A.". Magistrado ponente, doctor Alberto Ospina Botero.... 222

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO. *Interrupción y suspensión del proceso, causales de nulidad. Norma sustancial: los artículos 183, 204 y 294 del C. de P. C. no lo son.* Sentencia de 11 de septiembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por los herederos de Luis Eduardo Rivera frente a Mario Gómez Noreña. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 226

IMPUGNACION DE MATERNIDAD. *Pruebas del estado civil. El término de caducidad para impugnar se cuenta desde la fecha del parto.* Sentencia de 2 de octubre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario promovido por María Avila v. de Moralé contra su hija Yolanda Moralé Avila. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 233

FILIACION NATURAL. *Hijo natural de mujer casada; impugnación de legitimidad.* Sentencia de 9 de octubre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por el menor Jorge Arturo Mora frente a los herederos de Misael Hernández Parrado. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 239

INEXISTENCIA (DE CESION DE DERECHOS SOCIALES POR PRETERMISION DE FORMALIDADES). *Normas sustanciales: no lo son los artículos 63, 740, 745, 746, 1494, 1495, 1524, 1608, 1613, 1614, 1730, 1849, 1893 y 1915 del Código Civil. Error in judicando cuando ocurre. Pruebas: el Tribunal es autónomo en su apreciación. Interés para recurrir en casación. Representación, sus efectos.* Sentencia de 24 de octubre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Tito Heraldo Bernal Morales frente a Maz Zangen y otros. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén. 244

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS. *Desarrollo histórico: responsabilidad directa e indirecta; culpa in eligendo e in vigilando. Tesis organicista.* Sentencia de 28 de octubre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario promovido por Miguel Rendón M. y otros contra la entidad "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero —Sucursal de Jericó". Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 267

REVISION DE SENTENCIA DE PREGON Y REMATE. *Subrogación de crédito. Técnica de casación, proposición jurídica completa. Error de hecho: ha de singularizarse la prueba acusada.* Sentencia de 3 de noviembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Lucía Gouffray v. de García y otros frente a Belisario Clavijo Novoa. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 276

NULIDAD DE LA VENTA DEL BIEN EMBARGADO. *Contrato de venta y enajenación de inmuebles. Tesis diversas de la Corte.* Sentencia de 7 de noviembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario promovido por Alicia Cadena de Vargas contra Rosa Inés Parra de Trujillo. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper..... 283

IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO DE TRIBUNAL. La Corte carece de competencia para conocer del impedimento manifestado por Magistrado de Tribunal Superior. Providencia de 19 de noviembre de 1975. SE ABSTIENE de pronunciar-

se en el fondo en torno al impedimento manifestado en este negocio por el doctor Reynaldo Caicedo Durán, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 291

FILIACION NATURAL. *Cosa juzgada, desistimiento. Nulidad del nuevo proceso; oportunidad para alegarla. Pruebas: alcance del sistema de la libre apreciación razonada.* Sentencia de 2 de diciembre de 1975. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Delia Lemos de Neira contra Blanca López de Cadena, Luis Edgardo Cadena López, María Lucy Cadena de Durán, Aydé Cadena de Díaz. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper... 293

SIMULACION. *Nulidades procesales. Saneamiento.* Sentencia de 2 de diciembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Bernabé Fuentes contra Carlos Eduardo Alvarez Prieto y otra. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper 300

SIMULACION. *Nulidad por indebida representación. Inconsonancia. Confesión calificada.* Sentencia de 3 de diciembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en este proceso ordinario instaurado por Camilo Antonio Giraldo Arango frente a Amalia y Gabriela Giraldo Arango. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén..... 303

MATRIMONIO CIVIL. *Régimen de nulidades matrimoniales. Modo especial de saneamiento. Domicilio del extranjero transeúnte.* Sentencia de 9 de diciembre de 1975. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso ordinario suscitado por Ruth Elsy Anderson de Barrios contra Enoc Barrios Roa. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga..... 313

SALA DE CASACION LABORAL

BUENA FE PATRONAL. La doctrina que el Tribunal trae en cita dentro del capítulo destinado a estudiar la indemnización moratoria, no es exactatamente ajustable al caso aquí controvertido, por cuanto en esa jurisprudencia la parte demandada entendió como medio de defensa que dentro del salario fijo y las comisiones estaba comprendido el valor de dominicales y feriados, mientras que el caso concreto de autos no se trata de entendimiento tácito, sino de una estipulación extendida en cláusula del contrato, en cuya estructuración no puede hallarse mala fe por parte del patrono; y si de ese entendimiento fundamentado en texto escrito tomó asidero para su oposición y para discutir sobre la validez del mismo, a su juicio correcto, tuvo razones valederas para esa oposición. La Corte por sentencia de 20 de enero de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Alberto Parra Esperón contra Ayerst Laboratories Inc. Colombia. Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B..... 323

LAUDO ARBITRAL. La Corte, por providencia de enero 22 de 1975, dijo: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no conoce del recurso de apelación contra providencias de los Tribunales de Arbitramento obligatorio, ni el recurso de hecho está consagrado para que se conceda el de apelación contra las mismas. La competencia es de orden público y no puede asumirse sin norma expresa que la atribuya. Por esta razón no es admisible el criterio de la analogía que aduce el apoderado del Departamento de Antioquia. Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral declara improcedente el recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial del Departamento de Antioquia para que se conceda el recurso de apelación contra la providencia dictada el veintidós de octubre de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal de Arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y su sindicato de trabajadores. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 31

SALARIOS DE TRABAJADORES DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DE ECOPETROL. No es que el Tribunal hubiese negado el compromiso de Distrital de pagar salarios y prestaciones iguales a los de Ecopetrol, sino que por expresar la cláusula respectiva que ello lo haría de conformidad con la convención colectiva vigente entre Ecopetrol y su sindicato, cabía la apreciación, que no se evidencia errónea, de que tal compromiso tendría como beneficiarios a los sujetos de su ámbito de aplicación, esto es, los sindicalizados de la dicha empresa y los afiliados a la USO, condición que no tuvo el demandante. Por todo lo cual no resultan las violaciones indirectas de ley que plantea el recurso. La Corte por sentencia de enero 23 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Flaminio Flórez Gavilán contra Distrital S. A. Industrias de Ingeniería Mecánica. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón..... 334

LA PRUEBA TRASLADADA. La validez procesal se refiere a que las pruebas que se trasladan de un proceso a otro, deben haber sido practicadas en el proceso primitivo, con los requisitos legales. La Corte por sentencia de enero 31 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Lya Hoyos de Velásquez contra Gustavo Toro y Cía. Limitada. Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B..... 339

TRASLADO DEL TRABAJADOR. En materia de los cambios de oficio del trabajador o de su traslado, reconocida validez a la estipulación que los convenga, siempre que no impliquen desmejora de remuneración o de categoría, solo puede calificarse como ilícita cuando viola la dicha condición de desmejoramiento o, en general, cuando perjudica al trasladado, y tales violación y perjuicio corresponde demostrarlos al trabajador. La Corte por sentencia de febrero 4 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Joaquín Gil García contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón..... 348

CAPITAL DE LA EMPRESA. El artículo 195 del C. S. del T. señala como capital de la empresa en determinada época, el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior. La Corte por sentencia de febrero 4 de 1975, NO

CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Magdalena Godoy Pinto contra Fábrica de Camisas Ancla Meer Exelbirt Limitada. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 353

INTERPRETACION DE LA SENTENCIA. La sentencia no es solo su parte resolutiva sino que ella forma un todo con la motiva. La Corte por sentencia de febrero 4 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Claudio Romero C. contra Mogollón y Cía S. A. o Distribuidora Mogollón. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar..... 356

PRIMAS EXTRALEGALES. Aspira el recurrente a que se imputen para el reconocimiento de lo debido por los dichos feriados, las primas extralegales que habitualmente pagaba la empresa en junio y en diciembre de cada año. Sin embargo, su carácter salarial, de incidencia para otros efectos, no la tiene para la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, que se recarga solamente sobre el salario ordinario, a términos del artículo 12 del Decreto 2351 de 1965. La Corte por sentencia de febrero 13 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Libardo Castrillón Correa contra el Fondo Ganadero de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 366

UNIDAD DE EMPRESA. Para que el fenómeno de la unidad de empresa aproveche a un trabajador, es necesario que éste haya prestado servicios precisamente cuando existió la unidad de empresa y no antes o después de ella. La Corte por sentencia de febrero 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gabriel Jaramillo Montoya contra el Banco del Comercio S. A. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 371

IRREGULARIDADES PROCESALES. Evidentemente el Juez del conocimiento incurrió en una serie de irregularidades procesales, tales como la de celebrar audiencias preparatorias de trámite que no están previstas en el Procedimiento Laboral y la de suspender las audiencias para continuarlas en otro día, solución esta última a que acuden con frecuencia los funcionarios de primera instancia. La Corte por sentencia de febrero 17 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alfonso Martínez Rave contra Cabarría y Cía. por A. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 378

VOCACION DE PERMANENCIA. Lo que ha dicho la Corte sobre la vocación de permanencia que tiene el contrato de trabajo se relaciona con la indemnización y determinadas prestaciones a que tiene derecho el trabajador cuando es despedido sin justa causa. Si tal cosa no fuera así, no existiría en el Código de la materia, la regulación sobre terminación del contrato por parte del patrono, pagando indemnización de perjuicios. La Corte por sentencia de febrero 26 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Víctor Julio Niño Gallo contra Sociedad Anónima Cementos Diamante. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar..... 395

CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES SUCESIVOS. Estima la Sala que si bien las obligaciones que debía cumplir el demandante, podrían corresponder a las derivadas de un contrato de trabajo, también podrían originarse en un convenio para prestar servicios profesionales sucesivos, por lo cual no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal si estimó que se trataba de estos últimos máxime cuando no se demostró que en el ejercicio de los servicios pactados el demandante hubiera estado subordinado a la sociedad demandada mediante el sometimiento a órdenes o instrucciones en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pues no dice dicho documento cómo se prestaron los servicios, sino que apenas indica cómo se irían a prestar. La Corte por sentencia de marzo 6 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Julio Díaz Aponte contra Bavaria S. A. —Fábrica de Tapas—. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 410

CAUSA PETENDI. El objeto o petitum de aquella demanda se redujo a solicitar el reconocimiento y pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria. Entre "lo que demanda" no está el pago de salarios insolutos, y la circunstancia de que a esos salarios se hubiera referido el actor en la "causa petendi" o hechos de la demanda, no hace variar ese petitum, ni significa reclamo implícito para el carácter guarenticio del fallo, porque ni siquiera fueron motivo de resolución extrapetita por parte del juzgador de primera instancia. La Corte por sentencia de marzo 13 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rodrigo Valencia Jiménez contra Agroganadera Amsterdam Colombia S. A. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar..... 415

COMPETENCIA. La competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. La Corte por sentencia de marzo 14 de 1975 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio

de Luis Enrique Ardila Guevara contra Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud, "Inpes". Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 422

LA RESPONSABILIDAD DEL PATRONO EN LOS ACCIDENTES AEREOS. Las indemnizaciones prefijadas que consagra el Código Sustantivo del Trabajo para los perjuicios provenientes del accidente de trabajo, tienen fundamento en el riesgo creado, no provienen de la culpa sino de la responsabilidad objetiva. La Corte por sentencia de abril 10 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Emilia Campo viuda de La Rosa contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca). Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 425

CAUSA DEL DESPIDO. La carta de despido no puede ser prueba de que el despido obedeció a justa causa. En tal documento se indican los motivos que el patrono manifestó como tales causas, pero esa probanza emanada del mismo patrono, es impropia para demostrar los hechos en que se funda el déspido. La Corte por sentencia de abril 15 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Rafael Fajardo Uribe contra Industrias Román Limitada y Compañía C. A. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 433

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Uno de los elementos que más la diferencia de la sociedad de personas y que más la aproxima a la sociedad de capitales, es la limitación de la responsabilidad de los socios. La Corte por sentencia de abril 18 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judical de Bogotá en el juicio de Hernando Cortés Román contra Corber Coque Limitada y a los doctores Alberto Bernal Arévalo y Joaquín Bernal Arévalo. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina.. 437

LAUDO ARBITRAL. La Corte, por providencia de 18 de abril de 1975, declara EXEQUIBLE el artículo decimosexto del laudo arbitral que resolvió el conflicto colectivo suscitado entre "Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Limitada" y el sindicato de sus trabajadores, excepto en cuanto manda que la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, y el descanso compensatorio a que haya lugar, para el personal que goza de salarios fijos, se liquiden con el salario "promedio" devengado por los trabajadores respectivos, y lo *homologa en todo lo demás*. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia..... 441

ESTIMACION POR EL JUEZ DE DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS. Conforme al artículo 277 del C. P. C., para que estos documentos, de carácter simplemente declarativo puedan estimarse por el Juez, se requiere que su contenido haya sido ratificado. La Corte por sentencia de abril 24 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Delia García de Nichelis contra la Beneficencia de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón..... 449

CALIFICACION DE LA DEMANDA DE CASACION. Cuando la Sala califica o descalifica una demanda de casación, su providencia no es de mérito pues no está estudiando las acusaciones contra el fallo: simplemente está comparando la demanda con el artículo 90 del C. P. de T. y el 63 del Decreto 528 de 1964, para establecer si de acuerdo con estos preceptos formales, el libelo reúne los requisitos en ellos establecidos. En caso afirmativo la admite, pero si no los reúne en su plenitud, la descalifica y declara desierto el recurso. La Corte, por AUTO de 2 de mayo de 1975, no repone el auto de 2 de abril de 1975, por medio del cual se descalificó la demanda de casación formulada por la Corporación Algodonera del Litoral "Coral" y se declaró desierto el recurso. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar..... 452

CONTRATO DE TRABAJO. La relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas. La Corte por sentencia de mayo 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Abel Sanín Rivera contra Capitalizadora del Caribe S. A. o Compañía Capitalizadora del Caribe S. A. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 455

PAGO DE LA PRESTACION POR MUERTE. Salta a la vista que el inciso 2º del artículo 212 del C. S. T., establece que antes de hacerse el pago de la prestación, debe el patrono dar aviso público, con 30 días de anticipación, "indicando el nombre del fallecido y *de las personas que se hubiesen acreditado como beneficiarias*". Por tanto, para que el empleador pueda indicar *el nombre de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios* se hace indispensable que ellas hayan aportado las pruebas de que lo son. Sin el lleno de este requisito, es obvio que el patrono carece de base para dar aviso público en el que conste "el nombre de las personas que se hubiesen acreditado como beneficiarias". La Corte por sentencia de mayo 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lucille Althea

Kearns y Roberta Kearns contra Hannibal Constructions Company, a Texas Petrolem Company y a Colombian Gulf Oil Company. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia..... 461

FALLO INHIBITORIO. La calidad de herederos que echó de menos el fallador, no es simplemente procesal sino sustancial y forma parte de la titularidad de la obligación. La Corte por sentencia de mayo 22 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Félix Rafael Rodríguez contra la sucesión de Michel Estefan Estefan. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón..... 471

PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. En lo que se refiere a la presunción de legalidad del acto administrativo, mientras no sea anulado, que trae como argumento el sentenciador, para aceptar la validez del contrato de trabajo, ha de observarse que esa presunción no impide al juzgador del caso particular analizar la procedencia y efectos de un contrato y determinar su validez ante la ley o su falta de aplicación en un caso dado. La Corte por sentencia de mayo 28 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Guillermo de Jesús Vivares Montes contra Central de Transportes - Estación Cúcuta y al Municipio de Cúcuta. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 476

TRABAJADORES COLOMBIANOS Y EXTRANJEROS. El inciso 2º del artículo 74 del C. S. del T., exige que existan en la empresa o establecimiento trabajadores nacionales y extranjeros y que unos y otros desempeñen iguales funciones, para que los primeros tengan derecho a remuneración y condiciones iguales. La Corte por sentencia de junio 11 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Reyes Arenas contra Compañía Fleischmann Colombiana Inc. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salaazr..... 482

PRESCRIPCION. El que la acción para reclamar la indemnización por merma de capacidad laboral, solo empiece a contarse desde el momento en que se establezca la incapacidad permanente, es correcta, pues en ese momento es cuando se hace exigible la obligación. La Corte por sentencia de junio 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Evelio Ochoa Palacio contra Fondo Ganadero de Antioquia S. A. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 497

INDEMNIZACION POR DESPIDO. Tanto es año completo (en la acepción del Diccionario de la Lengua de este adjetivo), el que se cumple después del séptimo año y un día, como los que se cumplieron antes de ellos: unos y otros responden a la noción de "lleno", "cabal", "acabado" y "perfecto". Y en la misma forma, el adjetivo *adicional* realiza su función de sumar o reunir cantidades homogéneas, cuando a los 300 días de los 7 años precisos de servicio, se agregan 30 días por cada año completo, anterior o posterior a esos siete. La Corte por sentencia de junio 17 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Reinaldo Raúl Rodríguez García contra Celanese Colombiana S. A. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia..... 504

CONSTANCIA SOBRE RESERVA EN LA LIQUIDACION DE PRESTACIONES. La constancia sobre reserva en la ilquidación de prestaciones, no constituye aceptación del hecho o hechos imputados, sino precisamente el desconocimiento de la causa de terminación, pues la indemnización no cabría si se aceptara como justo el despido. La Corte por sentencia de julio 1º de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús María Díaz Ospina contra Singer Sewing Machine Company. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 511

TRABAJADOR OFICIAL Y TRABAJADOR PARTICULAR. El demandante fue un trabajador oficial. Sus relaciones individuales de trabajo no se gobiernan por el C. S. del T. Por esto es ilícita la cláusula convencional a que dio mérito el fallador por cuanto por ella no puede sustituirse el régimen legal propio de los servidores oficiales por el que corresponde a los particulares. La Corte por sentencia de julio 2 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Milcíades Páez Arias contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón..... 514

HONORARIOS POR SERVICIOS PERSONALES DE CARACTER PRIVADO. Los servicios personales de carácter privado a que se refiere el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, pueden tener cualquier causa jurídica, menos el contrato de trabajo. La Corte por sentencia de julio 3 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Antonio Cuartas Cuartas contra Rosana Rodríguez de Martínez. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 519

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES. El artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que las relaciones de de-

recho individual del trabajo entre la Administración Pública y sus servidores no se rigen por ese Código, sino por los estatutos que posteriormente se dicten. Ante la posibilidad de que dichos estatutos no se dictaran y para evitar que se presentaren dudas sobre las normas aplicables, el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que quedarían vigentes las normas que regulan entre otros, el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales. La Corte por sentencia de julio 14 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de Mariano Combatt Lacharme contra las Empresas Públicas Municipales de Montería. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 524

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ella, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado. La Corte por sentencia de julio 15 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Javier García Hernández contra Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S. A. (Acuantioquia). Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 530

IDEMA (INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO, ANTES INA). En cumplimiento del Decreto 1050 y del 2420 de 1968, se dictó el 715 de 1969, el cual expresa en su artículo 1º: El Instituto de Mercadeo Agropecuario, es un establecimiento público, esto es, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura, que se organiza conforme a las normas establecidas por el Decreto 2420 (1968), las reglamentaciones de éste y las contenidas en los presentes estatutos. Queda establecido entonces que el IDEMA sí es un "establecimiento público", sin ánimo de lucro. La Corte por sentencia de julio 16 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Armando Barreiro Montaño contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— (antes INA). Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar..... 536

PAGO POR CONSIGNACION EN LUGAR DIFERENTE A AQUEL EN DONDE EL DEMANDANTE PRESTABA SUS SERVICIOS No estando acreditada la buena fe de la sociedad demandada al consignar irregularmente el valor de las comisiones y prestaciones sociales adeudadas a G. P. Z. en el Juzgado de Barranquilla cuando lo correcto era hacerlo en un Juzgado de Bucaramanga, no incurrió el ad quem en error de hecho al no darla por demostrada. La Corte por sentencia de julio 21 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Gustavo Pizarro Zárate contra la sociedad Industria Cromogalvánica Colombiana Moisés Sradni y Cía. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 544

RELIQUIDACION, REAJUSTE Y TOPE MAXIMO DE LAS PENSIONES DE JUBILACION. La diferencia entre tope máximo, o cuantía máxima de las pensiones que se liquidan o reajustan en un momento determinado, y el reajuste, o sea el aumento de la cuantía de las pensiones reconocidas, tiene como origen la ley, que aumenta las pensiones para que no sufran grave deterioro con la desvalorización de la moneda, y fija una nueva cuantía máxima, superior a la anterior, para que las que se reajusten o reliquiden o reconozcan en el futuro puedan ser liquidadas, reajustadas o reliquidadas con mayor amplitud. La Corte por sentencia de agosto 20 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Humberto Zimmerman contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca". Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 548

PERITAZGO. El Juez debe designar perito en los asuntos que requieran conocimientos especiales, de acuerdo con el artículo 51 del C. de P. L. y de acuerdo con el 233 del C. de P. C. la peritación es procedente para verificar hechos que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos. La Corte por sentencia de agosto 22 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Humberto Gómez Vanegas contra Jardines del Recuerdo de Bogotá S. A. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia..... 555

INDEMNIZACION MORATORIA EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PENSIONES DE JUBILACION, INVALIDEZ O RETIRO POR VEJEZ. El artículo 8º de la Ley 10 de 1972 y el artículo 6º del Decreto 1672 de 1973 establecen una indemnización por mora que difiere de la establecida en el artículo 65 del C. S. del T., en que no se causa a partir de la terminación del contrato de trabajo, sino noventa días después de que se haya acreditado el derecho a gozar de la respectiva pensión. La Corte por sentencia de agosto 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Joaquín Pablo Acosta contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca". Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 564

LAUDO ARBITRAL. La Corte, por providencia de 15 de septiembre de 1975, declara inexequibles los siguientes pasajes del laudo arbitral en el que son partes el Departamento de Antioquia y el Sindicato

de Trabajadores del Gobierno Departamental: a) Los artículos 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del laudo; b) El artículo 13, título "oficios nuevos", en cuanto a los tres cargos que en él se crean; c) El artículo 17, inciso primero, en cuanto crea la prima de alimentación allí mencionada; d) El artículo 26 sobre cómputo de días para efecto dè vacaciones. En todas sus demás partes se homologa el mencionado laudo arbitral. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz..... 569

SUSTITUCION PENSIONAL. En ninguno de los textos invocados por el recurrente se establece prevalencia de la concubina sobre la esposa legítima para efecto de recibir la pensión en reemplazo del jubilado muerto, ni siquiera en la hipótesis de que la viuda pierda el derecho a disfrutarla conforme a la ley, y esta prevalencia es la pretensión del dicho recurrente, no aparece configurado ningún quebranto de la ley sustancial, ni por infracción directa ni por interpretación errónea, de los que le fueron atribuidos al Tribunal *ad quem* en la demanda de casación que adolece, por cierto, en los dos cargos que contiene de una imperfección técnica que apenas permitía analizarlos en conjunto, como queda hecho, por derivar de un mismo razonamiento. Ninguno de los cargos está pues llamado a prosperar. La Corte por sentencia de octubre 9 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ester Morales Quintero viuda de Tilano contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz..... 579

RENUNCIA DEL TRABAJADOR Y POSTERIOR RETIRO DE ELLA. Quedó visto al estudiar el cargo que la retractación que de su renuncia hizo S. de M. fue un acto válido por cuanto se dirigió al gerente de la empresa que era el funcionario competente para decidir sobre ella y, por ende, sobre la suerte del contrato de trabajo que vinculaba a las partes contendientes en este proceso. Y si la retractación fue válida, la Electrificadora estaba en el deber de demostrar que la renuncia ya había sido aceptada cuando se produjo el arrepentimiento de la actora porque después de éste ya no le era legítima esa aceptación como forma de que el contrato se entendiera terminado por mutuo consentimiento de trabajador y patrono. La Corte por sentencia de octubre 10 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Marina Sanmiguel de Melo contra Electrificadora del Atlántico S. A. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz..... 581

FONDO NACIONAL DE AHORRO. En el Decreto número 3118 de 1968, "por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantía de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones", fue dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades concedidas por el Congreso Nacional al Presidente de la República por la Ley 65 de 1967. La Corte por sentencia de octubre 14 de 1975, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Julio Borrelly Mier contra la Corporación Nacional de Turismo. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 588

LA PENSION DE JUBILACION A CARGO DEL I. C. S. S. COMO JUSTA CAUSA DE DESPIDO. Si el trabajador cumple los requisitos exigidos por las normas sobre seguridad social para que el Instituto respectivo esté en el deber de pensionarlo, puede el patrono lícitamente dar por terminado el contrato de trabajo, sin que sea necesario el previo reconocimiento de la pensión por el Instituto. La Corte por sentencia de octubre 16 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Enrique Garrido Santacoloma contra David y Eduardo Puyana. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz..... 595

INDEMNIZACION POR MORA EN EL CAMPO DEL TRABAJADOR OFICIAL. La indemnización por mora no procede, en el campo del trabajador oficial, ha dicho la jurisprudencia, cuando el patrono tiene razones atendibles para no pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, por lo cual no puede imponerse la sanción cuando el patrono ha obrado de buena fe en la falta de pago. La Corte por sentencia de octubre 24 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Roberto Forero contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D. E. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 598

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. La Sala observa que, aun cuando el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 no indique "la renuncia" entre los modos de terminación del contrato laboral, la jurisprudencia ha entendido siempre que ella, seguida de su aceptación por el patrono, constituyen el mutuo consentimiento señalado por el citado precepto como uno de los modos de dicha terminación. La Corte por sentencia de octubre 28 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Christian Acevedo López contra Singer Sewing Machine Company. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia..... 601

REQUISITO INDISPENSABLE PARA GOZAR DE UNA PRESTACION SOCIAL. Es

verdad evidente que para tener derecho a recibir una prestación social establecida por el legislador en beneficio de los trabajadores se debe tener esa calidad en el momento en que empiece a regir el precepto que consagre la prestación de que se trate. La Corte por sentencia de octubre 29 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Eduardo de las Casas Casas contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —Avianca—. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz 614

LAUDO ARBITRAL. La Corte, por providencia de 31 de octubre de 1975, procede a resolver el recurso extraordinario de homologación que tanto la Flota Mercante Grancolombiana S. A., como la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar" interpusieron contra el laudo arbitral de fecha 13 de junio de 1975, proferido por el Tribunal de Arbitramento obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que estudiara y definiera el diferendo laboral colectivo existente entre las partes mencionadas. Magistrado ponente, doctor Luis B. Flórez Suárez..... 619

APLICABILIDAD DE LA CONVENCION COLECTIVA. La empresa y sus trabajadores estipularon una indemnización especial a cargo de la empresa y distinta de la que señala por vía general el artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965 para la hipótesis de ruptura injusta del contrato de trabajo imputable a ella. O sea que en el caso *sub júdice* el monto de la indemnización reclamada por el demandante debía regularse conforme a lo previsto en la cláusula 27 y no de acuerdo con lo estatuido en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, como lo creyó el Tribunal, para aplicar así indebidamente dicho precepto según lo aseverado por el impugnador. La Corte por sentencia de noviembre 7 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de José María Manjarrés Z. contra la Compañía Industrial Colombiana Marysol S. A. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz..... 640

SOCIO EMPLEADO DE UNA SOCIEDAD LIMITADA. La sociedad es un ente distinto de las personas físicas que hayan intervenido en su formación. La existencia de la una y de las otras son independientes y aunque el desarrollo de sus actividades se cumple de manera simultánea en el campo jurídico no pueden nunca llegar a confundirse. La Corte por sentencia de noviembre 13 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Gilberto Londoño Arango contra Peláez y Londoño Limitada. Magistrado ponente, doctor Juan Hernández Sáenz..... 643

CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD Y SU OBJETO SOCIAL. Es verdad que la constitución de una sociedad y el establecimiento de su objeto social requieren solemnidades especiales, y que la demostración de la existencia de la compañía y de la determinación de su objeto social exigen pruebas determinadas, pero las actividades que realmente ejerce una sociedad son hechos que admiten cualquier clase de prueba, ya que pueden corresponder o no al objeto social autorizado, y si solamente se pudieran demostrar con la escritura pública, nunca se podría establecer que una sociedad ejerce funciones no comprendidas en su objeto social. La Corte por sentencia de noviembre 19 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alcides Gaitán Vásquez contra la sociedad Jaar & Cía. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina..... 647

RECARGO POR SALARIO NOCTURNO. El fallador de segunda instancia no accedió a las peticiones de recargo del 35% sobre el valor del trabajo diurno por el solo hecho de ser nocturno y a la sobrerremuneración por trabajos en días de descanso obligatorio, argumentando para ello que el salario devengado por los demandantes, de $ 77.77 diarios, compensaba el recargo y la sobrerremuneración por cuanto el salario mínimo en la época en que prestaron sus servicios era de $ 20.00. Es decir, que se rebeló contra los artículos 166, Num. 1º y artículo 12 del D. L. 2351 de 1965, que consagran dichos derechos, y que no hacen excepciones, cuando el salario ordinario del trabajador sea superior al mínimo legal y ni establecen que el mayor valor compensa tales recargos y sobrerremuneración. La Corte por sentencia de noviembre 20 de 1975, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio de Ivar Ferla, Luis Eduardo Ferla y Alfredo Ferla contra la Texas Petroleum Company. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 658

BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE JUBILACION CUANDO FALLECE UN TRABAJADOR JUBILADO. El Tribunal Superior declaró que era nulo el matrimonio celebrado en la República del Ecuador y que la señora de S. no tenía derecho para disfrutar la pensión de que venía gozando el señor G. S. Solo que, para no incurrir en lo que consideró sería una reformatio in pejus por no haber apelado el Banco, confirmó la decisión del Juez de primer grado, cuando lo procedente, según lo establecido en el proceso, era reconocer el 100% de la pensión a los hijos menores, por haber perdido el derecho la cónyuge supérstite dentro del supuesto encontrado por los falladores de instancia, y no tener ese carácter la señora de S., por ser nulo, también de acuerdo con las conclusiones del Tribunal, su matrimonio con el transmisor de la pensión, el finado G. S. La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Agudelo viuda de Salcedo contra el Banco de la República de Medellín. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 667

NULIDADES. En cuanto a la nulidad solicitada, es sabido que esa declaración no cabe en el recurso de casación, puesto que la causal respectiva, creada por el Decreto 528 de 1964, fue derogada por la Ley 16 de 1968. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Julio A. Franco M. contra la Fábrica de Licores del Atlántico. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia..... 674

TRANSACCION. La violación final de normas sustanciales de carácter civil es admisible en el recurso de casación laboral cuando la materia que contemplan no está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo o lo está en forma incompleta, caso este último en el cual procede el señalamiento tanto de las laborales como de las de naturaleza civil. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A. y Productos Lever S. A. contra Guillermo Botero Mejía. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C..... 676

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTE
LIBRO EN MAYO DE 1979.