

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

TOMO CLIX
PRIMERA PARTE

SALA CIVIL Y LABORAL
NUMERO 2400

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL
ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLIX

PRIMERA PARTE
SALAS CIVIL Y LABORAL

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

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

S A L A P L E N A

Doctor *José María Esguerra Samper*, Presidente
Doctor *José María Velasco Guerrero*, Vicepresidente
Doctor *Carlos Guillermo Rojas Vargas*, Secretario, hasta julio 31/79
Doctor *Nicolás Pájaro Peñaranda*, desde agosto 1º/79

S A L A C I V I L

Doctor *Germán Giraldo Zuluaga*, Presidente
Doctor *Carlos Guillermo Rojas Vargas*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

Héctor Gómez Uribe
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Ricardo Uribe Holguín

S A L A P E N A L

Doctor *Fabio Calderón Botero*, Presidente
Doctor *Alberto Mora Cogollos*, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Jesús Bernal Pinzón
Fabio Calderón Botero
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Pedro Elías Serrano Abadía
José María Velasco Guerrero
Dante Fiorillo Porras

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

S A L A L A B O R A L

Doctor *Jerónimo Argáez Castello*, Presidente
Doctor *Vicente Mejía Osorio*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

Jerónimo Argáez Castielo
Fernando Uribe Restrepo
José Eduardo Gnecco Correa
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture
Juan Hernández Sáenz
Hernán Rojas Otálora

S A L A C O N S T I T U C I O N A L

Doctor *Luis Carlos Sáchica*, Presidente
Doctor *Luis F. Serrano*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

Miguel Lleras Pizarro
Luis Carlos Sáchica
Luis Sarmiento Buitrago
Gonzalo Vargas Rubiano

RELATORES: Doctores:

Luis Hernando Guevara Peñafiel
Hernán Prieto Rincón
Manuel Antonio Vanegas Mendoza
Maria Teresa Garcés de Angel, hasta agosto de 1979
Miguel Roa Castelblanco, desde 17 sep. de 1979

AÑO DE 1979

C I V I L

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

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL:

RELATOR PENAL:

RELATOR LABORAL:

RELATOR CONSTITUCIONAL:

DR. LUIS HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL

DR. HERNAN PRIETO RINCON

DR. MANUEL ANTONIO VANEGAS MENDOZA

DRA. MARIA TERESA GARCES DE ANGEL

DR. MIGUEL ROA CASTELEBLANCO

TOMO CLIX — Bogotá — Colombia — Enero a Diciembre de 1979 — Número 2400

SALA DE CASACION CIVIL

PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES

Tratándose de promesa de compraventa de inmuebles, es necesario, además de la determinación de la cosa prometida en venta y del precio acordado, elementos esenciales en este contrato, señalar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de mayo pasado, dictada

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

I

El Litigio

1. Pablo Emilio Martínez Dorronsoro demandó por la vía ordinaria a Helder Jiménez Alvear, para que se declarase la nulidad absoluta del contrato de promesa de venta

de un inmueble rural denominado El Mango, ubicado en el municipio de Candelaria, promesa que celebraron el 26 de febrero de 1970, y para que, como consecuencia, se le condenase a restituirle al primero la finca objeto del contrato, con sus frutos civiles y naturales. A su turno, el demandante ofreció devolver al demandado la cantidad que había recibido como parte del precio de la finca prometida en venta.

2. Como fundamento de hecho de sus pretensiones indicó los que enseguida se resumen:

a) Mediante documento privado suscrito en Palmira el 26 de febrero de 1970, Martínez prometió vender a Jiménez, y éste comprarle, el fondo rústico antes mencionado, cuya cabida y linderos se indican en el documento respectivo.

b) El precio convenido fue el de \$ 80.000. 00, de los cuales al firmarse el documento, Jiménez pagó \$ 30.000.00. Posteriormente hizo otros pagos por la suma total de \$ 37.500.00 ..., pero han pasado casi seis años y Jiménez aún debe parte del precio.

c) El demandado recibió materialmente la finca prometida desde el día en que se suscribió el mencionado documento, en el cual se estipuló el término de dos meses para el otorgamiento de la escritura pública de venta, pero no se indicó en qué Notaría debía ser firmada ni se dijo "cuál era el plazo para pagar el resto del precio, ni el lugar del pago, ni los intereses que devengaban los dineros debidos", con transgresión de lo que ordena el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por lo cual la promesa es nula de nulidad absoluta.

3. Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia que culminó con el fallo del 30 de junio de 1977, en el que el Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira negó las súplicas de la demanda y absolió a Jiménez de los cargos formulados.

4. La apelación que interpuso el demandante Martínez contra la sentencia de primer grado fue desatada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en fallo del 30 de mayo del corriente año, por medio del cual confirmó en todas sus partes el de primer grado.

II

Motivación del fallo impugnado

Comienza el Tribunal por resumir la situación *sub judice* y enseguida acomete el estudio pormenorizado de los requisitos que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece para la validez de los contratos de promesa. Encuentra satisfechos los tres primeros y se detiene a analizar el cuarto, el de que determine de tal suerte el contrato que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

"Manifiesta el actor —se lee en la sentencia— que la promesa aportada con la demanda es nula en forma absoluta porque no se dijo por las partes en cuál notaría de Colombia se debía otorgar la escritura 'requisito indispensable para poder saber en qué sitio debían encontrarse los contratantes a fin de cumplir lo prometido'.

"Las normas de interpretación de las cláusulas contractuales son de aplicación restrictiva en materia de contratos de promesa de venta, pero en este caso no habiéndose presentado la omisión de un requisito de fondo o de forma, es perfectamente jurídico acudir a lo consagrado en la ley cuando las partes contratantes no han estipulado lugar para el cumplimiento de sus obligaciones".

Sobre esta base dice el sentenciador que "es cierto que en la promesa de venta traída a este proceso, no se dijo en qué notaría debía otorgarse la escritura, que equivale en la práctica a que las partes no consignaron expresamente el lugar donde se celebraría el contrato; la solución, ya que no se está ante una omisión de un requisito esencial, es la de acudir a las normas que consagra la ley, cuando nada se dice del lugar de cumplimiento del contrato, y en este caso sería la ciudad de Palmira, lugar donde residen los prometientes contratantes".

Insiste el Tribunal en que esa omisión que acusa la promesa de venta no es requisito o formalidad esencial para su validez y que por tanto no puede "invocarse como causal de nulidad una estipulación que es de libre voluntad de las partes dejar consignada. La ley considera el acto en

sí mismo, en atención a su naturaleza o especie, por ello exige determinados requisitos o condiciones para su validez. La omisión de esos requisitos se halla sancionada con la nulidad absoluta, ya sea establecido el requisito por la ley prohibitiva, ya lo sea por una ley imperativa o de orden público. La aplicación de las normas que las consagran son de aplicación restrictiva sin que pueda hablarse de criterios de interpretación extensiva o análoga".

Estudia enseguida el otro motivo de nulidad invocado por el demandante, o sea, que no se estipuló en la promesa cómo ni cuándo debía pagarse el saldo del precio convenido y si éste devengaría intereses y a qué tasa durante el plazo o en caso de mora. Estima el sentenciador que esa determinación del contrato prometido que exige el citado numeral 4º del artículo 89, tratándose de una venta, no es otra que la reunión de los elementos esenciales de ésta, vale decir, la cosa y el precio, y que en este caso la hubo.

"El contrato prometido —agrega— quedó determinado, se identificó plenamente el inmueble materia de al venta, como también se fijó un precio, respecto del cual se estipuló un pacto perfectamente válido, como el de que lo que se quedara debiendo el día de la celebración del contrato, se garantizaría con hipoteca de primer grado sobre el mismo bien 'y cuya forma de pago y demás obligaciones' se explicarían en la respectiva escritura pública.

"El incumplimiento de lo pactado o la renuencia, del deudor a garantizar el pago de lo debido, traería otras consecuencias, pero no la nulidad de la promesa. Hay que tener en cuenta que no es lo mismo objeto y causa de la promesa que objeto y causa del contrato prometido. La causa de la promesa, que es bilateral, es la obligación de consentir en el contrato prometido, la causa en el contrato depende de su naturaleza y de sus modalidades".

De todo lo expuesto, concluye el fallador que la promesa de venta sobre la cual versa el proceso se ajusta a todos los requisitos legales a que está sujeta esa clase de contratos; que las omisiones en que se basa el demandante para solicitar la declaratoria de nulidad son de orden secunda-

rio, porque no versan sobre aquellos requisitos o formalidades que la ley exige para su validez y, por tanto, que las súplicas de la demanda no pueden prosperar.

III

El recurso de casación

Dos cargos se formulan contra la sentencia anterior, ambos enmarcados en la causal primera de casación y formulados por la vía directa, que se tomarán en conjunto para su despacho, por encontrar la Corte que constituyen una sola impugnación con dos facetas.

Primero.

En éste se denuncia violación del artículo 89-4 de la Ley 153 de 1887, por interpretación errónea.

Al sustentar su acusación dice el recurrente que "la recta interpretación de la norma legal violada no es otra que exigir que el contrato de promesa contenga todos los detalles, condiciones, modalidades, plazos y prestaciones, ya unilaterales o reciprocas etc. que deben configurar el contrato en forma COMPLETA, es decir, que sea como la minuta misma del contrato, exigencia legal que se hace para evitar que al llegar el momento de dar cumplimiento a la promesa se presenten discrepancias o discusiones entre los contratantes, más o menos fundadas por la presencia de puntos contractuales oscuros o dudosos en la promesa, u omisiones de ésta, y que, por esta causa, fracase el precontrato de promesa originando litigios".

En apoyo de su aseveración, transcribe enseguida una doctrina de la Corte de 1953 en la que se afirma que el contrato objeto de la promesa debe "quedan plenamente definido" y hace diversas consideraciones acerca de lo que debe entenderse por esa definición. "Pero la sentencia del Tribunal de Cali ... estimó, cometiendo error de interpretación, que la fijación de un plazo, que no se puso en la promesa, para que el presunto comprador Jiménez pagara al vendedor Martínez el resto del precio de venta del inmueble, que eran \$ 50.000,00, no era algo propio y esencial

de ese contrato de compraventa, sino una simple FORMALIDAD, ignorando lo que al respecto enseña el artículo 1929 del Código Civil cuando dice que el precio deberá pagarse en el lugar y en el TIEMPO estipulados".

En cuanto a la indicación de la Notaría en que debía otorgarse la escritura pública, asevera el casacionista que "no se concibe cómo en un contrato de promesa de venta se deje de indicar en cuál de las Notarías Públicas de Colombia se va a otorgar la escritura. Dice la sentencia acusada que ésta debe otorgarse en la Notaría del domicilio de los contratantes, si se omitió en el pre-contrato la indicación de la Notaría. Pero esta afirmación cae en el vacío porque bien puede suceder que los contratantes, después de firmada la promesa, hayan cambiado de domicilio, y además, cómo podrían los contratantes, dar cumplimiento a la promesa en ciudades como Palmira, donde hay tres notarías, o en Cali, donde hay siete; o en Bogotá, donde hay más de veinte notarías".

Segundo.

En este cargo se acusa la sentencia por falta de aplicación de los artículos 6º, 1740 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

"Como lo expresé anteriormente —dice el casacionista— en el precontrato de promesa debe estar contenido íntegramente el futuro contrato con el cual se va a dar cumplimiento a la promesa. Si no está completo, si le falta uno de los requisitos que debe tenerse como esencial, la promesa no tiene valor, es absolutamente nula. Desde este punto de vista, y como ya fue expuesto, en una promesa de compraventa de inmuebles deben indicarse el precio y la forma de pago, o sea si es al contado, o no. Y si lo segundo, cuál es el plazo dentro del cual debe pagarse el precio o el saldo del precio. Debe decirse también si la venta no es al contado si durante el plazo que se concede hay lugar o no al cobro de intereses por la cantidad de dinero que quede debiendo el presunto comprador.

"Y cae de su peso, como es obvio, que en el precontrato de promesa debe decirse en qué Notaría se encontrarán los contra-

tantes para dar cumplimiento a la promesa. Si se deja de hacer esa indicación, el contrato carece de un requisito fundamental, írrito o nulo".

"El precontrato de promesa que dio origen a este proceso judicial —continúa el recurrente— tuvo precisamente las dos faltas fundamentales antes anotadas, o sea que ni señaló el plazo dentro del cual el prometiente comprador debía cancelar el resto del precio, como tampoco dijo si ese resto del precio devengaba intereses y con qué tasa durante el plazo, ni indicó la Notaría en la cual debían encontrarse los contratantes para firmar la escritura pública de venta del inmueble, motivo por el cual la promesa de compraventa carece de valor legal y debe ser anulada y reconocerse que es nula, al tenor de las disposiciones legales que se citaron al principio de esta segunda causal, ya que fueron violadas por no haberles dado aplicación.

IV

Consideraciones de la Corte

1. El recurrente comparte la apreciación del Tribunal de que la promesa de venta cuya validez se debate en este proceso, se sujetó a las exigencias que contienen los numerales 1º a 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. La acusación versa pues únicamente sobre el cuarto de tales requisitos y consiste en la falta de aplicación de las normas atinentes a la nulidad de los actos jurídicos y en la equivocada interpretación que le dio el fallador al texto en referencia que es del siguiente tenor: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes .. 4º) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

2. *En principio las promesas de celebrar un contrato no produce obligación alguna. Para que generen obligación es menester que llenen los requisitos que taxativamente señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.*

La regla absoluta que sentaba el artículo 1611 del Código Civil, relativa a que

"en ningún caso" la promesa de celebrar un contrato produce obligación, fue notoriamente atemperada por la Ley 153, pues hoy cumpliéndose las exigencias del citado artículo 89, la promesa genera obligaciones como todo contrato.

No hay duda, y así lo aceptan al unísono doctrina y jurisprudencia, que cuando en la cuarta de las exigencias previstas por el artículo 89, se requiere que el contrato esté determinado de tal suerte que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, tal exigencia se refiere al contrato que es materia de la promesa y no a la promesa misma. Por ello, en el escrito que recoge la promesa se deben determinar a cabalidad las cosas que son de la esencia del contrato prometido, pues de otro modo no podría saberse cuál fue el verdaderamente acordado, desde luego que faltando la expresión de una de las cosas esenciales, el contrato no produce efecto o degenera en otro diferente. No se requiere, en cambio, la expresión de las cosas que son de la naturaleza del contrato, pues sin necesidad de cláusula especial, se entienden pertenecerle, como lo dice el artículo 1501 del Código Civil. De otro lado, y como quiera que las cosas que son puramente accidentales a un contrato, ni esencial ni naturalmente le pertenecen, también deben determinarse en la promesa, pues siempre requieren cláusula especial, como lo dice el artículo 1501 del Código Civil.

3. Tratándose, pues, de promesa de contrato de compraventa de inmuebles, para satisfacer lo que demanda el artículo 89-4º de la Ley 153 de 1887, hácese indispensable la determinación de la cosa prometida en venta y del precio acordado, elementos esenciales de este contrato; pero por tratarse de inmuebles, es necesario, además, determinar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública, pues como lo enseña el artículo 1857 del Código Civil, en su inciso segundo, la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública. Siendo contrato solemne esta clase de ventas, y consistiendo precisamente la solemnidad en el otorgamiento de escritura

ante notario, indispensable se hace precisar la notaría donde ha de solemnizarse la venta de inmuebles.

4. Pero existe otra razón para exigir que en el escrito de promesa de venta de bienes raíces se precise en qué notaría ha de otorgarse la correspondiente escritura de compraventa; de la promesa mencionada nace una obligación de hacer, pues los prometientes acuerden, como sujeta materia de la promesa, el otorgamiento de la escritura; es este hecho el objeto prometido. De consiguiente, si ante cualquier notario del país o de quien haga sus veces en el exterior, se puede otorgar la escritura pública de venta de cualquier inmueble situado en el territorio nacional, síguese que es necesario precisar ante cuál de todos ellos debe hacerse el otorgamiento de ese acto, porque si se pasara en silencio tal precisión, habría indeterminación del objeto del contrato de promesa. (artículo 1518 del Código Civil).

5. De lo expuesto se concluye que la impugnación prospera, por lo cual será menester casar la sentencia acusada y dictar en su reemplazo la correspondiente decisión, que tendrá como soporte las consideraciones anteriores.

V

Resolución

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, CASA la sentencia del 30 de mayo pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y, en su lugar,

Resuelve:

1º Revócase la sentencia de primer grado, proferida el 30 de junio de 1977 por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Palmira.

2º Declárase que no produce obligación alguna la promesa de compraventa del inmueble llamado El Mango, ubicado en la vereda de El Lauro del municipio de Candelaria y singularizado en la demanda introductoria del proceso, contrato que celebraron el 26 de febrero de 1979 Pablo

Emilio Martínez Dorronsoro y Helder Jiménez Alvear.

3º Consecuencialmente, condénase a Helder Jiménez Alvear a restituir a Pablo Emilio Martínez Dorronsoro, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble denominado "El Mango", sitio en la vereda de El Lauro del municipio de Candelaria, bien que fue objeto de la promesa de compraventa a que se alude en el punto anterior; la restitución se hará con los frutos naturales y civiles producidos desde el 26 de febrero de 1970 los que serán regulados siguiendo el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y teniendo de presente que el demandado, a partir del nueve (9) de febrero de 1976, fecha en que se le notificó el auto admisorio de la demanda, es poseedor de mala fe.

4º Del mismo modo condénase al demandante Pablo Emilio Martínez Dorronsoro a restituir a Helder Jiménez Alvear, cuando éste le restituya la finca El Mango, la suma de sesenta y siete mil quinientos

pesos (\$ 67.500.00) que recibió como abono al precio de la venta prometida; esta restitución se hará con sus respectivos intereses desde cuando se hicieron los distintos abonos.

5º Las partes, en su momento, podrán compensar, hasta el monto de la cantidad menor, las sumas que recíprocamente quedan debiéndose.

6º Condénase al demandado Helder Jiménez Alvear a pagar al demandante las costas causadas en las dos instancias. No hay costas en casación, por cuanto el recurso prosperó.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, (salvó voto); Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Pérez Delgado, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

El recurrente comparte la apreciación del Tribunal de que la promesa de venta cuya validez se debate en este proceso se sujetó a las exigencias que contienen los numerales 1º a 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. La acusación, versa pues únicamente sobre el cuarto de tales requisitos y consiste en la falta de aplicación de las normas atinentes a la nulidad de los actos jurídicos y en la equivocada interpretación que le dio el fallador al texto en referencia que es del siguiente tenor: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: ... 4º) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

"Especificar es según el diccionario 'explicar, declarar con individualidad una cosa', dice el expositor chileno José Osuna Gómez. Lo que ha querido exigir el legislador con esta expresión, es que el *contrato prometido* esté determinado o explicado en forma clara y completa, a fin de que no haya dudas al otorgarlo". (Del contrato real y de la promesa de contrato real. Ed. Nascimiento, Santiago 1947, página 203).

"La expresión especificar del legislador quiere decir que el contrato prometido se individualice de tal manera, que no pueda confundirse con otro, en forma que las partes, al celebrar el contrato prometido, no tengan que hacer ningún agregado". (Alessandri y Somarriva, Curso de Derecho Civil. Tomo IV, Ed. Nascimiento, Santiago 1942, páginas 364 y 365).

Al comentar el requisito de que se viene hablando dice Don Fernando Vélez: "Se exige esto, porque si la promesa no contienen los elementos del contrato promete-

tido, cada parte quedaría en Libertad de no cumplirla, negándose a ponerse de acuerdo con la otra acerca del elemento que faltara. Así es que si la promesa es la venta de una casa, deben determinarse ésta y su precio (artículo 1849)". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2ª Ed. Tomo VI, página 237).

Como se ve, las exposiciones transcritas coinciden en considerar que esa *determinación* a que se refiere el texto legal que se estudia, versa exclusivamente sobre el contrato prometido, tal como aparece con claridad meridiana de su texto. "Que se determine de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo ...". Es obvio que el legislador se está refiriendo al contrato prometido y no al de promesa, porque este último se entiende que ya está perfeccionado con el cumplimiento de las formalidades que establece el citado artículo 89. Dada la claridad del texto legal transcrita, al intérprete no le es dado desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pues bien, no puede considerarse que dentro de la "determinación del contrato prometido" esté la indicación exacta de la Notaría en la que haya de otorgarse la escritura de venta que convinieron en suscribir prometiente vendedor y prometiente comprador, o al menos la ley no lo exige así, ni lo insinúa siquiera. Esa es una estipulación que para mayor claridad y conveniencia de los contratantes importa expresar en el documento de promesa, pero no hay norma positiva que exija en modo alguno que esa indicación sea requisito esencial de ésta.

La determinación de esa circunstancia lleva a que se apliquen las reglas generales sobre el pago de las obligaciones, como

con acierto lo observa el Tribunal. Recuérdese que al tenor de los artículos 1645 y 1646 no es indispensable que en la convención se designe lugar para satisfacer las prestaciones que de ella surgen. Este último artículo dice que a falta de estipulación al respecto, si se trata de cuerpo cierto "se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor".

El pago, en el caso *sub judice*, consistía en el otorgamiento de la escritura de la venta prometida que, según lo dicho, podía hacerse en el domicilio de los contratantes (Palmira, según lo declararon en el documento de promesa), y en caso de haberlo cambiado, en el lugar en que aquéllos convinieran.

No puede presumirse la imposibilidad de que los contratantes convinieran "en cuál de las Notarías de Colombia" —como dice el recurrente— debía firmarse la escritura de la venta objeto de la promesa, porque ello no se compadecería con lo que dispone el artículo 1602 acerca de que los contratos deben ejecutarse de buena fe. No puede suponerse tampoco que las partes que acuerden un negocio jurídico tienen de antemano el propósito de incumplir las obligaciones que éste les impone. Por el contrario, esta Corporación ha expuesto que "Los principios que gobiernan la dinámica contractual imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones" (LXXXVII, página 650).

Por otra parte, para que la omisión que se comenta pudiese ser considerada como motivo de nulidad de la promesa, habriase requerido que el legislador la hubiese enunciado dentro de los requisitos esenciales de ese contrato, que no lo hizo, o que la hubiese erigido expresamente en causal de invalidez de la misma. Es axioma de derecho lo que expresan los expositores franceses: "*Pas de nullité sans texte*". La Corte ha dicho que "En punto de nulidades, tanto procesales como sustanciales, nuestra legislación se ha inspirado siem-

pre en el principio de que ningún acto puede declararse nulo si la nulidad no se halla formalmente consagrada en la ley, por el carácter de sanción que aquélla tiene". (Casación Civil 30 de junio de 1972, CXL II, página 250).

Esa determinación del contrato objeto de la promesa de que se viene tratando, tampoco significa que en ella deban convenirse de antemano todos y cada uno de los pormenores del contrato prometido, tales como la fecha de entrega de la cosa, el día y la forma de pago del precio o de parte del mismo y si se concede plazo al efecto, cuál sea la tasa de interés durante el plazo o durante la mora. Una cosa es el contrato de promesa, con sus elementos esenciales que detalla el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y otra el contrato prometido, que si de venta se trata, aquéllos se reducen a la cosa existente, debidamente identificada, y al precio determinado en un guarismo cierto, pero nada más (Arts. 1849, 1857, 1864 y 1870 C. C.).

No es posible atar de antemano a las partes que celebran una promesa e impedirles que al cumplirla, solemnizando o perfeccionando el contrato prometido, en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, tengan a bien acordar las estipulaciones accesorias que quieran. Lo que importa es que en la promesa se determinen los elementos esenciales del contrato prometido, o sea, "aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente", como lo expresa el artículo 1501 del Código Civil. Que se sepa exactamente qué clase de contrato es el que se comprometen a celebrar las partes que convienen en la promesa, que lo hagan constar por escrito, que se estipule un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse y finalmente, que el contrato prometido "no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces" por falta de los requisitos que establece el artículo 1502 (no del 1511 como equivocadamente aparece en el Art. 89 de la Ley 153 de 1887).

Todo lo anterior, a mi juicio, conduciría a concluir que en la sentencia impugnada no se incurrió en la errónea interpretación del texto legal que acaba de mencionarse

ni en la falta de aplicación de los demás que señala la censura, y por tanto, que los cargos no podían prosperar.

En estos términos dejo expuestas las razones que me inducen a salvar mi voto,

con el respeto debido a mis compañeros de Sala.

Fecha *ut supra.*

José María Esguerra Samper.

A L B A C E A

Diferentes situaciones jurídicas del ALBACEA: a) Cuando tiene además la calidad de heredero. b) Si entre los herederos hay incapaces. c) Cuando todos los herederos son capaces

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de diciembre de 1977, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Mercedes Cortés como cesionaria de derechos en la sucesión de María Luisa Sagrario Hurtado de Ramírez contra Eleuterio y Cenón Ramírez Hurtado.

I

El litigio

1. Los dos expresados Ramírez Hurtado fueron llamados a proceso ordinario de mayor cuantía ante el Juez 1º Civil del Circuito de Facatativá, en demanda admitida el 23 de julio de 1973, suscitada por Mercedes Cortés viuda de Vargas, en que se pide la nulidad del “proceso de venta de bienes hipotecados” que, a instancia de los demandados y contra los herederos de María Luisa Sagrario Hurtado viuda de Ramírez se tramitó ante el Juez Civil municipal del mismo lugar y en que se adjudicaron los primeros tres inmuebles de la causante que habían sido gravados con hipoteca; también se pide que se declare la nulidad de la diligencia del remate llevado a cabo el 8 de octubre de 1968 dentro

de aquél proceso, en la que fueron adjudicados a los dos demandados los inmuebles precitados, lo mismo que la sentencia de 18 de febrero de 1969, aprobatoria de la almoneda, y, además, la inscripción que de aquella subasta pública y de esta sentencia se hizo en la Oficina de registro de instrumentos públicos del círculo de Facatativá; se solicitó asimismo la declaración de que “carecen de valor” la providencia aprobatoria del remate y su inscripción. Finalmente impetró la demandante las declaraciones de que los bienes raíces que fueron materia de subasta pública, pertenecen a la sucesión ilíquida de María Luisa Sagrario Hurtado de Ramírez, declaración que debe inscribirse en la oficina de registro, y la de que los demandados deben restituir los dichos inmuebles junto con sus frutos y ser condenado al pago de los daños y las costas.

En subsidio pidió la demandante que se declaren rescindidos el remate mencionado, el fallo aprobatorio y su inscripción.

2. Como *causa petendi* se expusieron los hechos que enseguida se comprendian:

El proceso de sucesión de María Luisa Sagrario viuda de Ramírez, se declaró abierto por auto del 31 de agosto de 1965, dictado por el Juzgado Civil de Facatativá; posteriormente por medio de providencia calendada el 18 de marzo de 1966 y de conformidad con la cláusula 6^a de la memoria testamentaria que había otorgado la causante, se ordenó tener como albacea con tenencia de bienes a Eleuterio Ramírez H., a quien, en auto del 20 de junio siguiente, se ordenó hacer entrega de las cosas relictas, la que

se llevó a cabo en diligencia del 16 de agosto del mismo año. Entre los bienes que recibió el ejecutor testamentario se encuentran los siguientes: a) un lote de terreno denominado Los Guayabos, ubicado en la vereda La Chaguya del municipio de Zipacón; b) una finca rural conocida con el nombre de María de Guaca, ubicada en la vereda de Chuscal del mismo municipio, y c) un fundo rústico llamado El Eucaliptus, sito en la fracción El Rincón Santo del mismo municipio de Zipacón, inmuebles que están debidamente singularizados en el hecho 5º de la demanda y que el albacea remató para sí y para Cenón Ramírez Hurtado, dentro del proceso de venta de bienes hipotecados que se adelantó contra la sucesión de María Luisa Sagrario con fundamento en la Escritura Nº 5075, corrida ante el Notario 7º de Bogotá el 21 de noviembre de 1962, por medio de la cual la causante gravó los tres inmuebles apuntados con hipoteca para garantizar un crédito por valor de \$50.000,00, en el cual se subrogaron Eleuterio y Cenón Ramírez Hurtado. El remate, su aprobación y su registro tuvieron lugar en las fechas arriba expresadas.

3. Con oposición de los demandados se adelantó la primera instancia que culminó con fallo en que se deniegan las peticiones, el cual, apelado por la demandante, fue confirmado por el que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó el 13 de diciembre de 1977 y que es ahora objeto del recurso de casación que interpuso la misma parte apelante.

II

Fundamentos de la sentencia del ad quem

Inicia el Tribunal sus consideraciones con la atinente a los presupuestos procesales, los que encuentra reunidos. Luego observa que la nulidad pedida lo fue con base en dos hechos diferentes: que el primero, consistente en existir vicios del procedimiento, no podría ser acogido, ni aún en la hipótesis de que tales vicios se presentaran efectivamente, "toda vez que el actual Código de Procedimiento Civil, bajo cuya vigencia se presentó la demanda que originó el presente proceso, no autoriza la revisión del juicio ejecutivo por la vía ordinaria y en cuanto a las causales de nu-

lidad provenientes de falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, el citado Estatuto Procesal, introdujo una innovación fundamental, porque es indispensable alegar la nulidad antes de la ejecutoria del auto que apruebe el remate (Art. 153 del C. de P. C.)" Con relación al segundo motivo de nulidad del remate, el de que uno de los rematadores tenía la calidad de albacea, "advierte que si bien es cierto que aparece demostrado en este proceso que el albacea Eleuterio Ramírez, remató a través de un juicio ejecutivo, tres inmuebles de la sucesión de María Luisa Sagrario Hurtado viuda de Ramírez, de la cual era albacea, y que el remate, según doctrina de este mismo Tribunal, no es otra cosa que la venta forzada por ministerio de la justicia que se hace en pública subasta de los bienes del deudor para cubrir con el producto el valor de las obligaciones que persigue el acreedor, en la cual el vendedor es el ejecutado o demandado, representado por el Juez, y que, de consiguiente, atendiendo a las normas fundamentales que gobiernan el contrato de compraventa, la que se efectúa mediante el remate, no puede ser extraña a aquellas normas, también es verdad que la compra que hizo el albacea Ramírez, a través del remate verificado en el proceso de ejecución que adelantó contra la sucesión de María Luisa Sagrario Hurtado viuda de Ramírez, resulta válida porque la prohibición impuesta al albacea por el artículo 1351 del Código Civil en armonía con el 501 del mismo Código, de adquirir para sí bienes de la sucesión en que interviene, no lo inhabilita para obtener de un tercero la cesión de un crédito hipotecario contra la sucesión y hacerlo efectivo por la vía ejecutiva, porque el albacea al ejecutar estos actos, actuó como un tercero ante la sucesión, sin menoscabar los derechos e intereses de ésta, pues el crédito hipotecario que llegó al patrimonio del albacea, en virtud de una cesión, de todos modos podía hacerse efectivo contra los bienes de la sucesión, cualquiera que fuera su titular".

III

La demanda de casación

Contiene dos cargos, montados sobre la causal primera, uno por ser la sentencia

"violatoria, en forma directa, por errónea interpretación del régimen que impone el albacea la prohibición de celebrar actos o contratos, entre ellos el de compraventa, en que tenga interés directo o indirecto"; es decir, de los artículos 501, 1351 y 1856 del Código Civil; y el segundo porque "viola en forma directa, por falta de aplicación", los artículos 575 a 578, 1341, 1343, 1350 y 1353 del Código Civil que integran "el régimen legal que impone la naturaleza y funciones del albaceazgo" y los artículos 1856 y 2170 de la misma obra que incapacitan al albacea para comprar los inmuebles de la sucesión.

En síntesis, expresa el censor que si Eleuterio Ramírez Hurtado aceptó y desempeñó, dentro de la sucesión de María Luisa Sagrario Hurtado viuda de Ramírez, el cargo de albacea para el que fue nombrado por ésta en la cláusula sexta de su memoria testamentaria, tal circunstancia le impedía, por prohibición legal, comprar los bienes de la causante, por lo cual al haber rematado para sí y para Cenón Ramírez Hurtado, tres de los inmuebles que componían el caudal hereditario, la venta pública quedó herida de nulidad, pues se hizo por persona a quien la ley inhabilita para adquirir los bienes que pasan por sus manos.

IV

La Corte considera

1. Toda la fuerza de la impugnación descansa en que los tres apuntados inmuebles de la sucesión fueron adquiridos, en pública subasta, por quien a la sazón desempeñaba el cargo de albacea en la sucesión testada de María Luisa Sagrario Hurtado de Ramírez, y que como los artículos 1351 y 1856 del Código Civil prohíben al albacea comprar las cosas hereditarias, entonces son nulos la diligencia de remate en que al albacea Eleuterio Ramírez Hurtado se adjudicaron, en pago de un crédito suyo, los tres referidos fundos rústicos, el fallo aprobatorio de la subasta pública y la inscripción en la oficina de registro.

2. Como pasa a verse, la tesis sustentada por la censura no puede ser aplicada de modo general, sin discriminación alguna, pues la doctrina no puede ser una mis-

ma en tratándose de sucesión en que haya herederos menores y en que no los haya, o en que los bienes objeto de la compra sean raices, o muebles que tengan el carácter de preciosos o de gran poder de afección, o en que el albacea actúe exclusivamente en su calidad de tal, o ya como coheredero o como acreedor hereditario.

3. La labor de hacer ejecutar las disposiciones del testador es atribución propia de la persona a quien éste haya designado como su albacea, a quien, por esta razón, también se le llama ejecutor testamentario. Pero si el testador no hace este nombramiento o falta el designado, los herederos son los encargados de llevar adelante las disposiciones de última voluntad, sin que por ello adquieran la calidad específica de albaceas. De consiguiente, cuando la ley hace expresa referencia a los cabezaleros, ha de entenderse que alude a la persona nombrada por el testador para ejecutar su memoria y no a otras que, por falta de ésta, puedan tener atribuciones similares (Art. 1327 y 1328 del C. C.).

4. Desde luego que ni los herederos ni el Juez, sino solamente el testador, pueden señalar la persona del albacea, resulta patente que esta designación se hace *intuitu personae*, se confiere a quien por sus especiales atributos se hace digno de la plena confianza del testador. Entonces, como la consideración de la persona misma es, de ordinario, la razón fundamental de ese nombramiento, acompaña con la lógica jurídica que, en principio, el albaceazgo sea indelegable y que, además, no sea transmisible a los herederos del albacea. (Arts. 1336 y 1337 *ibidem*).

5. Pero no obstante las virtudes de que ordinariamente está adornado el cabezalero y que generalmente son la causa de su designación como tal, unas veces en protección de los herederos que no tienen la libre administración de sus bienes, o en atención a la importancia económica de los bienes susesorales que son objeto de enajenación o administración, o para prevenir cualquier humana flaqueza del albacea que quisiera beneficiarse o conceder provecho a algún allegado suyo abusando de la posición de privilegio que le otorga al ser ejecutor del testamento, el legislador ha dictado normas así:

a) En el artículo 1351 del Código Civil, estatuye:

"Lo dispuesto en los artículos 484 y 501 se extenderá a los albaceas".

Es decir que cualquier *inmueble* hereditario cuando haya herederos que estén bajo guarda o patria potestad, a pesar de que sea sacado a pública subasta, en ningún caso puede ser comprado por el albacea, bajo sanción de nulidad absoluta, pues la prohibición contenida en el inciso final del artículo 501 del Código Civil genera objeto ilícito (Art. 1523). Por el contrario, con la autorización de los otros albaceas generales que no tengan interés, o del juez en subsidio, puede el cabezalero comprar los *muebles* preciosos o que tengan poder de afeción.

b) En su artículo 1856 el Código Civil dispone que los albaceas están sujetos a lo dispuesto en el artículo 2170 en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de su encargo, es decir, que pueden comprar para sí las cosas hereditarias, muebles e inmuebles, pero solamente cuando todos los herederos, siendo capaces, de modo expreso lo concedan autorización, o del mismo modo aprueben el contrato. En este caso, si el albacea compra sin el lleno de esta formalidad, el contrato queda herido de nulidad relativa, no absoluta, pues en el artículo 1856 citado no se prohíbe al albacea la compra de las cosas hereditarias, sino que para la validez del contrato de compraventa debe obtener la autorización de todos los herederos, que deben ser capaces, pues habiendo entre ellos quienes no lo sean, debe aplicarse lo dicho en la letra a) anterior.

6. Todo lo dicho ha de entenderse para cuando quien compra las cosas hereditarias ostenta el *mero* título de albacea, ya que si además es heredero en la respectiva mortuoria la prohibición y las formalidades a que antes se hizo referencia, no tocarián con él, como lo han sostenido sin vacilaciones la doctrina y la jurisprudencia; no existiría razón para que un heredero, por la circunstancia de ser también el ejecutor del testamento, quedara en inferioridad de condiciones a los demás co-partícipes.

A la misma conclusión debe llegar cuando el albacea es acreedor hereditario.

En efecto: como la muerte del deudor, fuera de hacer divisible la obligación entre los herederos a prorrata de sus cuotas (Art. 1411 del C. C.), no modifica, en general, las modalidades a que está sometido el crédito, ni altera los derechos del acreedor, resulta patente que éste desde cuando se haga exigible la obligación, si no se le hace el pago oportuno, puede adelantar el proceso ejecutivo correspondiente, ya con título hipotecario, ora con título singular, y llegado el momento de obtener que por cuenta de su crédito se le adjudiquen las cosas hereditarias embargadas, o hipotecadas para seguridad de la deuda, y aun rematar por cuenta propia esos bienes. Sería notoria injusticia, de una parte, y medida ilógica e inútil, de otra, que el acreedor que simultáneamente es albacea, no pudiera, para hacer efectiva su acreencia, utilizar las mismas vías procesales que la ley otorga a los demás acreedores hereditarios. Si los herederos, a quienes por muerte del causante deudor pasan las obligaciones transmISIBLES de éste, no pagan oportunamente las deudas hereditarias, entonces el titular del crédito, sea personal o hipotecario, en virtud de que los títulos ejecutivos contra el difunto lo son igualmente contra sus herederos, podrá entablar o llevar adelante la ejecución respectiva, una vez satisfecha la exigencia a que se refiere el artículo 1434 del Código Civil. En todo caso, en manos de los herederos está el impedir que las cosas hereditarias, ya muebles ya raíces, sean sacadas a pública subasta y rematadas por el acreedor o por extraños, suministrando los dineros suficientes para cubrir la liquidación del crédito.

Es claro entonces que las limitaciones impuestas al albacea por los artículos 1351 y 1856 del Código Civil, se refieren a quien al comprar los bienes sucesoriales ostenta *solamente* el título de ser albacea, por que siendo simultáneamente heredero o acreedor con título cuyo pago se persigue dentro del respectivo proceso de ejecución, aquella limitación no opera. Por el simple hecho de que a la vez sea cabezalero no se puede colocar en situación inferior al heredero frente a los otros coherederos, o al acreedor frente a los demás titulares de créditos hereditarios.

7. Resumiendo lo expuesto, se tiene:

a) Quien ostenta la calidad de heredero así tenga también la de albacea, puede comprar para sí las cosas hereditarias que se saquen a subasta pública, llenando los mismos requisitos exigidos a todo postor. De la misma manera y con los mismos requisitos, el acreedor hereditario, aunque a la vez sea el encargado de ejecutar el testamento, puede rematar para sí las cosas sacadas a remate dentro del proceso de ejecución en que hace efectivo su crédito.

b) Por el contrario, a quien sólo tiene el título de albacea, le está prohibido terminantemente y sin excepción, rematar inmuebles hereditarios, cuando entre los herederos hay incapaces. Si las cosas subastadas son muebles preciosos o de gran poder de afección, cesa la prohibición, pero debe obtener el asentimiento de los demás albaceas generales que no tengan interés en la almoneda o, en subsidio, el permiso del Juez. Procediendo el albacea de modo contrario, en el primer caso se genera nulidad absoluta porque el contrato de venta tendría objeto ilícito por estar prohibido y, en el segundo, nulidad relativa por ausencia de una formalidad exigida para la validez del mismo.

Siendo todos los herederos capaces, para que el albacea pueda comprar bienes sucesoriales, ya muebles ya inmuebles, requiere la aprobación expresa de aquéllos. Faltando esta aprobación, la compra sería relativamente nula por falta de una formalidad exigida para la validez del contrato.

Obsérvese que el artículo 1856 no prohíbe al albacea la compra de los bienes que forman el caudal hereditario, como si lo hace el artículo 1351 en tratándose de compra de inmuebles cuando entre los herederos existen personas incapaces. El artículo 1351 debe pues aplicarse cuando hay herederos que no tienen la libre administración de sus bienes y el 1856 cuando todos son capaces; de otra manera no se explicaría la aparente contradicción que existe entre esos dos textos y que ha sido fuente de yerro e incertidumbres.

La Corte, aunque no hizo la precisión arriba sentada según sea la naturaleza de los bienes objeto de compra por el albacea, en sentencia de 30 de octubre de 1936 (G. J. XLIII, 506), expresó:

"Al relacionar el artículo 1351 del Código Civil con el 1856, se ve claramente que

el primero, al extender a los albaceas lo dispuesto en el artículo 501, no sancionó con nulidad absoluta, en los términos del inciso final de este precepto, todas las compras que hicieran los albaceas de bienes de la respectiva sucesión, sino tan solo aquellas que se realicen cuando entre los herederos haya personas bajo guarda o patria potestad, pues las demás se rigen, como lo dispone terminantemente el expresado Art. 1856, por lo preceptuado en el 2170, que establece una simple nulidad relativa para las compras que el mandatario haga, sin expresa aprobación del mandante, de las cosas que éste le haya ordenado vender.

"El artículo 1351 simplemente significa que si hay entre los herederos de la sucesión personas que estén bajo guarda, no podrá el albacea, como no pueden los guardadores respectivos, comprar bienes de la sucesión, ni siquiera con permiso del juez. Pero cuando entre los herederos no haya personas que estén bajo guarda o patria potestad, sólo tiene aplicación, para las compras que hagan los albaceas, el ya citado artículo 2170 por virtud de lo dispuesto en el 1856, que de otro modo carecería de sentido".

8. Descendiendo al caso litigado en este proceso se tiene que Eleuterio Ramírez Hurtado, albacea en la sucesión de su madre María Sagrario Hurtado de Ramírez, adquirió, juntamente con su hermano Cenón, un crédito hipotecario contra aquélla, cuyo cobro se adelantaba judicialmente en proceso de venta de bienes hipotecados. Llegado el momento procesal, a cuenta del crédito y como cesionarios del primitivo acreedor hipotecario, por partes iguales se adjudicaron a Eleuterio y Cenón los tres inmuebles hereditarios gravados con hipoteca.

Frente a la doctrina expuesta antes, resulta que no hay vicio de nulidad en la pública subasta en que el albacea compró aquellos tres bienes raíces, pues en la almoneda actuó como acreedor hereditario con título hipotecario y porque, además, era heredero de la causante en calidad de hijo legítimo. Por tanto, no fueron violadas las normas que la censura indica y consecuencialmente los dos cargos lanzados contra la sentencia, resultan desnudos de apoyo legal.

V
Resolución

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 13 de diciembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso suscitado por los herederos de María Luisa Sagrario Hurtado contra Eleuterio Ramírez Hurtado y otro.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

SALVAMIENTO DE VOTO

Expongo a continuación las razones, primordialmente de orden ético, que me mueven a disentir de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en este proceso.

En aras de la moral hay numerosas disposiciones legales que establecen categóricas prohibiciones o bien, sometiéndolas a ciertos requisitos, restringen las facultades de quienes representan intereses ajenos en lo tocante con la contraposición en que éstos puedan hallarse con los propios de quienes ejercen esa función. Tales son, por ejemplo, el artículo 501 del Código Civil para los guardadores; el 1351 para los albaceas; el 1856 para los mandatarios, síndicos de los concursos y albaceas, en cuanto se refiere a la compra o venta de "las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos" (otro tanto dispone el Art. 906-3 del C. de Co.); y el 2170 para el mandatario respecto de los bienes de su mandante.

El primero de los artículos antes citados prohíbe tanto al tutor o curador, como "a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo", comprar bienes raíces de pupilo o tomarlos en arriendo. Igualmente la prohibición rige para los albaceas al tenor del artículo 1351.

La interpretación armónica, como debe serlo en sana hermenéutica, de los artículos 1856 y 2170 del mismo estatuto, conduce a establecer la siguiente distinción, en cuanto a las personas a las que esas normas están dirigidas: A) Los mandatarios pueden, siempre que obtengan la autorización expresa del mandante, comprar las cosas que éste les haya ordenado vender o venderle las que le haya ordenado comparar. Se trata, pues, no de una prohibición absoluta sino de un requisito cuya observancia es indispensable para la validez del contrato. B) En cambio, estimo que a

los síndicos de los concursos y a los albaceas, cuando por razón de la naturaleza de sus funciones no tienen quien les otorgue la autorización atrás comentada, les está prohibida "la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos".

El artículo 501, que forma parte del Título XXIV del Libro 1º del Código Civil referente a la "administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes", y que es aplicable también a los albaceas por mandato del 1351, establece una distinción, así: A) Como requisito indispensable para la validez de *cualquier acto o contrato* en que tengan interés directo o indirecto el albacea, el tutor o el curador o las demás personas allegadas a los mismos que enumera el primer inciso, se exige la autorización de los otros albaceas, tutores o curadores generales "que no estén implicados de la misma manera o por el juez o prefecto en subsidio". El no cumplimiento del requisito indicado vicia de nulidad relativa el acto o contrato. B) En cambio, al tenor del segundo inciso del mencionado artículo 501, "*ni aún de este modo podrá el tutor o curador (o el albacea) comprar bienes raíces* del pupilo o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo". Esta es una prohibición terminante de la ley que por consiguiente según los artículos 6º y 1523 del Código Civil, acarrea la nulidad absoluta. Sin embargo, la Corte la ha atemperado en el sentido de que el citado artículo 501 sólo es aplicable cuando entre los herederos hay incapaces, porque si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes, como representantes de la herencia pueden dar la autorización a que se refiere el artículo (XLIII, pág. 506).

Para dar acatamiento a lo dispuesto en el artículo 2170, estimo que la doctrina de

la Corte que la sentencia transcribe, solamente es aplicable en el caso de que esos herederos capaces *autoricen expresamente* al albacea para comprar bienes sucesoriales. Sin tal autorización o habiendo herederos incapaces, la compra hecha por el albacea queda viciada de nulidad.

De otro lado, el artículo 1350 ordena a los albaceas "con anuencia de los herederos presentes", proceder a la venta de los bienes muebles de la sucesión "y subsidiariamente de los inmuebles sino hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o los legados". Sin embargo, los herederos podrán oponerse a la venta entregando al albacea el dinero que necesite para cumplir con el deber de hacer esos pagos. Obsérvese que para estos efectos la Ley ya no exige, como en la situación anterior, la autorización expresa de los representantes de la sucesión, sino apenas la "anuencia" de los presentes. Lo cual indica que para la venta a personas distintas del propio albacea de bienes sucesoriales, con el fin de obtener dinero para el pago de deudas y legados, basta la anuencia de los herederos presentes (Art. 1350), al paso que para que el albacea pueda adquirirlos se requiere indispensablemente la "autorización expresa" de tales herederos y que éstos sean capaces (Arts. 1856 y 2170), en desarrollo de la doctrina antes mencionada.

En todo caso, la venta de los bienes sucesoriales, de conformidad con lo que ordena el artículo 484, que es aplicable a los albaceas, por mandato del 1351, como se dijo, debe hacerse en pública subasta, la que a no dudarlo debe llevarse a cabo dentro del proceso de sucesión por el ciento por ciento de su avalúo, o por el CONVENACIONAL que acuerden todos los herederos capaces, al tenor de los artículos 617 y 471-7 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 1351 dispone que a los albaceas le son aplicables las normas restrictivas de los artículos 484 y 501 atinentes a los tutores y curadores. La primera ordena que la venta de inmuebles de la sucesión o de los pupilos en su caso, se haga precisamente en público subasta y el segundo inciso del 501 de manera muy clara impide al propio albacea y al guardador, participar en tal remate y adquirir en esa

forma inmuebles sucesoriales. Esta prohibición, como quedó dicho, según el artículo 1856 en relación con el 2170, está atemperada respecto de los albaceas, si además los herederos, en cuanto sean capaces, como representantes de la sucesión expresamente los autorizan para adquirir aquellos bienes. De ahí que la jurisprudencia haya considerado que en este caso no se trata propiamente de una prohibición, cuya violación generaría necesariamente la nulidad absoluta del contrato, sino apenas de las exigencias de un requisito (la autorización de los herederos) cuyo incumplimiento produce nulidad relativa.

Es igualmente doctrina jurisprudencial como lo expresa la sentencia, que si el albacea es al mismo tiempo heredero, no hay lugar a la aplicación de las normas antes mencionadas para que adquiera bienes de la sucesión, porque no sería razonable colocarlo en condiciones de inferioridad respecto de los demás coherederos. Y esta doctrina por idénticas razones, la amplía el fallo a que me refiero a los albaceas que al mismo tiempo sean acreedores de la sucesión.

Sobre este preciso punto radica mi disentimiento por las razones que brevemente expongo enseguida:

1. Todos los artículos del Código Civil que he mencionado y el 906 del Código de Comercio, se inspiran en un profundo sentido moral, en atención a la contraposición de intereses que se suscita en los casos a que ellos se refieren. El guardador, como representante legal del pupilo, no puede adquirir bienes que pertenezcan a éste, porque dado su propio interés en el contrato, la ley supone que el de su representado quedaría desprotegido. Dualidad inaceptable, que una persona actúe como representante del vendedor y al mismo tiempo como comprador; esta posibilidad es la que rechazan tanto la ley como la moral especialmente. Otro tanto ocurre con el albacea respecto de los bienes sucesoriales, del mandatario en cuanto a los del mandante y del síndico en lo tocante con los del concurso.

En cuanto al albacea se refiere no sobra recordar que el Código de Comercio, en su

artículo 906 en forma tan severa como el Civil, dispone: "No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aún en pública subasta (se subraya), las siguientes personas: ...³⁹ Los albaceas o ejecutores testamentarios, respecto de los bienes que sean objeto de su encargo".

2. Dentro de los deberes que la ley impone al albacea están el de exigir que en la partición de los bienes sucesoriales se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas (Art. 1343 C. C.); cuidar de que se cite a los acreedores de la sucesión (Art. 1342); responder de los perjuicios que sufran los acreedores cuando omite el cumplimiento de las obligaciones que acaban de mencionarse (Art. 1344); y pagar las deudas hereditarias con intervención de los herederos o del curador de la herencia yacente, en su caso, y también los legados (Arts. 1345 y 1347), para cuyo efecto, si no hubiere dinero suficiente de la sucesión, está facultado para vender bienes herenciales "con anuencia de los herederos presentes" (Art. 1350).

3. No me merecería reparo la nueva doctrina que sienta la Corte en la sentencia anterior si se la circunscribiera únicamente a los siguientes dos casos: a) que el acreedor albacea, con los requisitos antes indicados, haga postura por cuenta de su crédito en el remate que se lleve a cabo dentro del proceso de sucesión; y b) que el albacea haya tenido la calidad de acreedor del causante antes de la muerte de éste.

Sirven de fundamento tanto moral como legal, aplicables a todos los casos en que la situación de hecho sea como la que ofrece este proceso, los siguientes argumentos:

a) Si el acreedor de la sucesión como tal pretende hacer valer su derecho de crédito, olvidando su calidad de albacea que igualmente ostenta, y en desarrollo del artículo 1346 del Código Civil, promueve un proceso de ejecución contra los herederos representantes de la sucesión, estaría en capacidad de adquirir tales bienes haciendo postura en la subasta o pedir su adjudicación (Art. 557-1 del C. de P. C.), por un valor cuando menos inferior al treinta por ciento (30%) de su avalúo, y no requeriría la autorización expresa de los herederos que exige el artículo 2170.

En cambio, si en cumplimiento de sus deberes de albacea y con el fin de pagar legados y deudas, y dentro de éstas la que tiene a su favor, da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1350 y pide el remate dentro del proceso de sucesión, también podría —en desarrollo de la nueva doctrina que me merece estos reparos— adquirir en la subasta los bienes sucesoriales necesarios para la satisfacción de su crédito, pero ya por el ciento por ciento (100%) de su avalúo. Desde luego quedaría faltando, como ocurrió en el caso *sub judice*, la autorización que ordena el citado artículo 2170 del Código Civil.

b) Si no obstante tener un derecho de crédito contra el testador, éste lo designa como albacea, está bien que no quede colocado en condiciones de inferioridad a las de los otros acreedores, y que pueda hacer valer sus derechos de tal en la forma expuesta en el párrafo inmediatamente anterior, sin incumplir al mismo tiempo sus deberes de albacea. Que siendo acreedor suyo el testador lo nombre cabezalero es una prueba más de la confianza que le merece.

Otra cosa bien distinta es, como ocurre en este caso, que ese albacea, depositario de la confianza del testador y a mi modo de ver traicionándola, después de la muerte de éste, se hubiera convertido en acreedor de la sucesión adquiriendo créditos a cargo de ésta. Y más grave aún, por el aspecto ético, que incumpliendo sus deberes de albaceaatrás señalados, concretamente con los que le imponían los artículos 1343 y 1350, hubiera promovido un proceso de ejecución contra los herederos de quien lo había distinguido con el nombramiento de albacea. Y todavía más, que en dicho proceso hubiera adquirido, en asocio de su hermano, las fincas que pertenecieron al causante por el setenta por ciento (70%) de su avalúo pericial, o sea, por la cantidad de \$ 99.400.00. Estas fincas, no sobra advertirlo, fueron valuadas pericialmente en este proceso en cantidad superior al medio millón de pesos.

"En dónde encontrará el Juez el derecho de afirmar que una acción es buena o es mala? —se pregunta Georges Ripert— Quién pronunciará esa sentencia que haya de recaer sobre la moralidad de las acciones humanas? He aquí una cuestión que

se prefiere no plantear, para no tener que darle la única solución posible. El Juez habrá de observar la ley moral que reine en la sociedad. Para decidir si una convención tiene un objeto o una causa inmoral, si un acto es culpable o correcto, si una especulación es lícita, será preciso que, juez y moralista a la par, pronuncie una apreciación respecto de la conducta del hombre en este mundo ... Hay que invocar entonces la moral para suplir el derecho o, si es necesario, para combatirlo". (La regla moral en las obligaciones civiles, La Gran Colombia, Bogotá 1946. Trad. Carlos Valencia Estrada, págs. 314 y 318).

4. Por el aspecto puramente legal, además de todo lo expuesto anteriormente, se destaca que los herederos no aprobaron expresamente esa adquisición de bienes sucesoriales que hizo el albacea, como lo exigen los artículos 1856 y 2170 del Código Civil.

En esta forma dejo consignado mi disentimiento a lo resuelto en la sentencia anterior.

Fecha *ut supra*.

José María Esguerra Samper.

AUDIENCIAS DE CONCILIACION

La omisión de las audiencias de conciliación constituye una grave irregularidad en el trámite del proceso, pero no acarrea la nulidad de éste

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

En el proceso de separación de cuerpos promovido por Hilda Lilia Ruiz de Bernal contra Carlos C. Bernal López ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de que conoce la Corte por apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de primer grado, dicha parte ha pedido que se decrete la nulidad de lo actuado en consideración a que durante la primera instancia no se llevaron a cabo las audiencias de conciliación que ordena el numeral 3º del artículo 27 de la Ley 1ª de 1976.

Como el trámite incidental respectivo está debidamente surtido se procede a decidir el incidente en cuestión, previas las siguientes

Consideraciones:

1. A partir de la providencia proferida el 13 de junio de 1978 en el proceso de separación de cuerpos promovido por Santiago de la Hoz contra Maritza Manotas (aún no publicada), la Sala había venido sosteniendo que la omisión de las audiencias de conciliación que ordena el numeral 3º del artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, en su primer inciso, (Art. 27 de la Ley 1ª de 1976), comportaba trámite inadecuado en esa clase de procesos y por ende

produce una nulidad no susceptible de ser saneada.

2. Sin embargo, en providencia del 30 de noviembre del mismo año dictada en el proceso suscitado entre Armando Ríos Varegas y Marleny Navas de Ríos (todavía sin publicar), se rectificó la tesis expuesta en el punto inmediatamente anterior y se llegó a la conclusión de que el no hacerse la citación a las audiencias de que se trata, si bien constituye grave irregularidad en el trámite a que está sujeto el proceso de separación de cuerpos, ello no significaba que dicho trámite sea inadecuado, para los efectos del numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Dicho con otras palabras, que tal omisión no produce una nulidad insaneable, sino que por el contrario, que ora desde el punto de vista de ésta, ya de la mera irregularidad, por grave que se la considere, el no reclamo oportuno de las partes a ese respecto produce el saneamiento respectivo, al tenor de lo dispuesto en numeral 1º del artículo 156 y en el último inciso del artículo 152, ambos del Código de Procedimiento Civil.

3. En efecto, en la citada providencia del 30 de noviembre, en la que se decidió cuestión idéntica a la que ahora se contempla, se dijo lo siguiente:

“a) Surge, de la sola lectura del texto del nuevo Concordato con la Santa Sede, el claro interés del Estado colombiano para intervenir directamente, a través de sus jueces, en las causas en que se demande el rompimiento del vínculo o la separación de cuerpos de quienes habían contraído matrimonio civil, y reafirmado este interés en lo añadido también a la vida en

común de los casados católicamente, el Estado convino con la otra alta parte contratante en tomar para sí la potestad de conceder o no la separación de cuerpos. De consiguiente, hay todos los procesos de separación que se presenten a partir de la vigencia del Concordato, deben ser decididos exclusivamente por el Estado colombiano, así se trate de cónyuges que estén unidos por matrimonio canónico. Esta competencia, pues, que rigiendo el Concordato de 1888 estaba adscrita, para los casados católicamente, a los Tribunales Eclesiásticos, es ahora privativa de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial en primera instancia, y en segunda, de la Corte Suprema de Justicia; son los jueces civiles y en ningún caso los eclesiásticos, quienes pueden hoy decretar la separación de cuerpos de los cónyuges, así estén unidos por matrimonio canónico".

"Desde luego que el Estado colombiano reconoce que el matrimonio es la única fuente de la familia legítima, y como encuentra que él es institución que merece la tutela legal porque, en principio, las nupcias crean el mejor medio para el desarrollo de la familia, no es velado su propósito de que la unidad matrimonial y la comunidad de vida perdure. Por ello sólo permite el rompimiento del vínculo en los contados casos que la ley señala y, de la misma manera, sólo autoriza la separación de cuerpos en ciertas circunstancias".

"Lo anterior lleva a concluir que las audiencias de conciliación que deben celebrarse en los procesos de divorcio (Artículo 423-3 del C. de P. C.) y que por disposición del párrafo 1º de esta misma norma han de celebrarse también en los procesos de separación de cuerpos, no sólo deben realizarse cuando los cónyuges están casados civilmente, sino también cuando los une un matrimonio canónico. La circunstancia de que para estos últimos, en el inciso 2º del artículo IX del Concordato se haya dejado abierta la posibilidad de la intervención de la Iglesia, facultándola para ejercer su acción conciliadora y pastoral, siempre que uno de los cónyuges demande, con ese fin y sólo durante la primera instancia, la suspensión de la causa civil, no entraña delegación del Estado en la Iglesia de su potestad de lograr la conciliación de los cónyuges que litigan

la separación. Obsérvese que si ninguno de los consortes católicos pide la intervención de la Iglesia, en tal hipótesis, no habría posibilidad de celebrar audiencias de conciliación si se aceptara que el Juez Civil sólo debe decretarlas en tratándose de matrimonios civiles y no eclesiásticos".

"Es suficiente lo expuesto para concluir que, en todos los procesos contenciosos de separación de cuerpos, trátese de matrimonios civiles o canónicos, contestada la demanda o la de reconvenCIÓN en su caso, siempre debe ordenar el juez la citación de los cónyuges para que concurran personalmente a las audiencias de conciliación".

"(b) No obstante la importancia que estas audiencias revisten, como se dejó visto, la grave irregularidad que se cometería con omitirlas no constituye nulidad del proceso, pues esa omisión no está enlistada como generadora de vicio tal, y es bien claro que hoy, en virtud del acogimiento del principio de la especificidad, las nulidades procesales no son otras que las que expresamente ha señalado la ley".

"De otro lado, si a pesar de la omisión dicha, el trámite seguido en el proceso de separación es el del abreviado y no el de otro proceso, la irregularidad anotada constituiría notorio recorte de una de las etapas de aquél proceso, mas no alcanzaría a constituir trámite inadecuado en el sentido que a esta expresión le ha dado la doctrina, inadecuación que sólo ocurre cuando se adelanta el proceso por un procedimiento distinto al que la ley le señala, como cuando debiéndose seguir el rito del proceso abreviado la causa se tramita por el verbal o el ordinario".

"Como todos, el proceso de separación de cuerpos está formado por la concatenación de varias etapas, una de las cuales es precisamente la de las audiencias de conciliación. Por tanto, el pasarlo por alto no comporta cambio del específico procedimiento (el abreviado), que es el que legalmente corresponde, sino irregularidad del trámite, saneable por el solo hecho de que los interesados no reclamen oportunamente por la omisión, según lo declara el Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, en su parte final".

4. Una nueva meditación sobre el punto de que se trata, ha llevado a la Sala a

reiterar el criterio expuesto en la providencia transcrita y a recoger el opuesto que algunos de los Magistrados que suscriben esta providencia expusieron en su salvamento de voto a aquélla y que habían sostenido igualmente en la mencionada en el punto 1º de la presente y las que le subsiguieron.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Ci-

vil no accede a decretar la nulidad solicitada en este incidente.

Cópíese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Pérez Delgado, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA EN LOS FALLOS

Incongruencia por fallo "ultra petita"

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Pérez Delgado).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 14 de julio de 1978.

I

El litigio

1. En escrito que por reparto debió conocer el Juzgado Tercero del Circuito Civil de Tunja, el ciudadano Fidel López, en su propio nombre, formuló demanda ordinaria de mayor cuantía contra la empresa de transporte "Rápido Duitama Ltda", representada por Fruto Mejía, y contra José Domingo Flechas, para que con su citación y audiencia se les condenara como responsables solidarios de los daños "materiales, morales y de lucro cesante", causados al vehículo XA-0794 que fuera colisionado por el bus de placas SV-0134, afiliado para la época del insuceso a la empresa de Transporte Rápido Duitama, conducido por José Domingo Flechas. Estimó el actor en el *petitum* del libelo que los perjuicios sufridos por su automotor fueron del orden de los \$ 350.000.00 "por concepto de daños materiales, morales y de lucro cesante".

2. Los presupuestos fácticos de las pretensiones contenidas en el *petitum*, pueden resumirse así:

a) El 11 de abril de 1975 en la ciudad de Tunja hizo colisión el automotor de pla-

cas XA-0794 de propiedad del demandante que en ese momento lo conducía José Rodrigo Eslava, con el vehículo de placas SV-0134 conducido por su propietario José Domingo Flechas, afiliado a la empresa arriba mencionada, colisión que, según el demandante, se debió al exceso de velocidad que se le imprimió al automotor del demandado;

b) Estimó el actor que el impacto sufrido por el automotor de su propiedad ocasionó graves deterioros en el mismo y los consiguientes perjuicios económicos. Con la finalidad de fijar y determinar el *quantum* del daño reclamado, fijó en la *causa petendi*, el valor del daño emergente en la suma de \$ 250.000.00 y el del lucro cesante en \$ 30.000.00 mensuales desde el día del choque. En cuanto a los perjuicios de orden moral, cuyo pago también reclamó en el *petitum*, dice que deben fijarse de acuerdo con la tasa legal;

c) La parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas por considerarlas infundadas y temerarias. Además, en el capítulo correspondiente, negó los hechos capaces de servir de soporte a las pretensiones del actor, para terminar proponiendo las excepciones que denominó "Incompetencia de Jurisdicción", "Falta de Personería del Actor" y, por último, la de "Inepta Demanda";

d) Tramitada en forma legal la primera instancia, el litigio fue fallado en sentencia totalmente estimatoria de las pretensiones del actor, y recurrida por los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, le impartió su aprobación sin reserva de ninguna clase;

e) La parte resolutiva de la sentencia dictada por el *a quo* y que el Tribunal Superior de Tunja prohijó en su integridad, es del siguiente tenor literal:

"Primero. De acuerdo con la responsabilidad civil extracontractual, declarar solidariamente responsables de los perjuicios causados en el accidente ocurrido el 11 de abril de 1975, entre los vehículos X-A-07-94 y S-V-0134 al señor José Domingo Flechas, y a la empresa 'Rápido Duitama Ltda', por ser responsables del insuceso su automotor (sic) y su chofer.

"Segundo. Declarar no probada la excepción de 'Falta de Personería Sustantiva del actor'.

"Tercero. Condenar conjunta y solidariamente a las partes demandadas al pago de las siguientes sumas: Doscientos sesenta mil pesos (\$ 260.000.00) valor de repuestos y mano de obra a que ascendió la reparación de los perjuicios causados al camión, y sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) de lucro cesante, por el tiempo que el camión accidentado debió permanecer inactivo, lo anterior de acuerdo al dictamen rendido por los expertos que no fue objetado por la parte demandada, por los perjuicios morales se condene en la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) que solidariamente deberán pagar las partes demandadas".

La sentencia impugnada

A vuelta de resumir los antecedentes del litigio y de llegar a la conclusión de que se encontraban reunidos los presupuestos procesales, expresa el Tribunal que la parte demandante pretende la indemnización de los perjuicios de orden material causados con motivo del accidente de tránsito que se produjo por la imprudencia del conductor del vehículo afiliado a la empresa demandada. Agrega el Tribunal que la pretensión intentada no ofrece reparos, y después de citar algunas normas del Código Civil, concluye que cuando el daño tiene origen en una actividad peligrosa, se presume que se ha producido por culpa de su actor, presunción que no se destruye con la prueba de haberse actuado con diligencia y cuidado, sino con la demostración del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño, o de culpa exclusiva de la víctima.

Para terminar la parte motiva de su proveido, sostiene el Tribunal que de acuerdo con los elementos de convicción que

obran de autos "el accidente se produjo por imprudencia del conductor del bus, por exceso de velocidad y por la forma imprudente como hizo la maniobra para adelantar a otro vehículo en la curva".

Respecto a la existencia y cuantía de los perjuicios sufridos por el actor, el fallo atacado se limita a expresar que ese extremo se encuentra por fuera de toda duda, porque la Policía Vial y los peritos que intervinieron, los apreciaron casi desde el mismo momento en que se produjo el choque, lo mismo que los testigos. Los peritos designados para evaluar los perjuicios rindieron su dictamen, el que corrido en traslado no fue objetado, lo que indica que tiene todo su valor probatorio y que por tanto, la indemnización corresponde a la allí determinada que coincide con la fijada por la Policía Vial.

La demanda de casación

El recurrente formuló ocho cargos, los siete primeros dentro del marco de la causal primera, y el octavo con fundamento en la causal segunda. Habida cuenta de que la Sala en providencia del 6 de noviembre del año próximo pasado admitió la demanda de casación sólo con relación al cargo octavo, y declaró desierto el recurso respecto a los demás, el pronunciamiento de la Corte debe concretarse a la censura que el recurrente formula a la sentencia del Tribunal dentro del campo de la causal segunda, en los siguientes términos:

"La sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja viola una norma de derecho sustancial por no haberse proferido la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda, incurriendo en la causal contemplada en el numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

"Al obrar así, el fallador incurrió en error *'in procedendo'* violando los artículos 302 y 305 del Código de Procedimiento Civil".

Al fundamentar el cargo el recurrente agrega lo siguiente:

"En la demanda inicial, el actor señaló como valor de la indemnización por daño emergente, representado en el daño direc-

to material que sufrió el camión placas XA-0794, la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00) ver folio 2 vuelto del cuaderno principal.

"No dijo el actor del juicio que si la prueba pericial que pedía sobrepasaba en cuantía la que fijaba la demanda, se atenía a lo dicho por los peritos.

"En el fallo acusado, en su numeral 3º de la parte resolutiva, condenó a los demandados a pagar la suma de doscientos sesenta mil pesos (\$ 260.000.00) tomado del fallo de primera instancia, que confirmó en todas sus partes, por concepto de valor de repuestos y mano de obra (o daño emergente). Ver folio 56 vuelto del cuaderno principal".

Consideraciones de la Corte

1. Compendia en su texto el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, directrices de derecho procesal divulgadas y explicadas por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, según las cuales el poder del Estado de someter a sus decisiones jurisdiccionales la composición de los conflictos de intereses que se susciten entre sus asociados, debe ejercitarse dentro de los parámetros que le señalen las partes en contienda en los actos que le son propios dentro de la relación jurídico procesal. Es así como la norma en cita previene que la sentencia que ponga fin al debate, debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley.

2. Es, entonces, obligación perentoria del juez decidir únicamente sobre los extremos propuestos, porque de no proceder así quedaría pendiente la relación jurídico procesal en cuanto a lo no resuelto, o excedería los límites de su competencia si fallara sobre puntos no contenidos en la demanda, o más allá de lo demandado.

3. La violación, por parte del juez, de las pautas que le señalan el alcance de su poder decisorio en un determinado caso, conducta que puede llevarlo a proferir sentencias inconsistentes, puede enmendarse

mediante la oportuna interposición de los recursos que la ley autoriza a la parte que resulte agraviada. Ante la Corte este vicio de actividad que cometan los tribunales el dictar en segunda instancia las sentencias enumeradas en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, se puede impugnar por medio del recurso extraordinario de casación, con apoyo en la causal segunda.

4. Sentadas las anteriores premisas, debe recordarse que ha sido pensamiento de la Corte que como las pretensiones de los litigantes son las que determinan la materia del debate judicial, la incongruencia de la sentencia resulta necesariamente de confrontar aquéllas con la parte resolutiva de ésta.

Ahora bien, para identificar las pretensiones de la demanda y determinar los límites de la actividad del juez, sostuvo esta Corporación en sentencia de 9 de mayo de 1967 "que la indicación de los hechos en la demanda es cuestión fundamental en todo litigio, no sólo porque informan la historia y el desenvolvimiento del proceso, sino también, y esto es lo más importante, porque de ellos emana el derecho que se pretende, por lo cual se dice generalmente que la causa de una demanda está constituida por los hechos en que se funda el derecho.

Tales hechos como integrantes de la causa petendi o título de donde se hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del litigio, pues fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito del desarrollo del pleito.

"De aquí se deduce que no basta enunciar la parte petitoria de la demanda para que los fundamentos de la pretensión o causa petendi se consideran afirmados".

5. La pertinencia de las apuntaciones contenidas en el ordinal anterior es evidente, si se recuerda que el actor en el petitum de su escrito incoatorio del proceso solicitó se condenara a los demandados a pagarle como indemnización de perjuicios la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$ 350.000.00) "por concepto de daños materiales, morales y lucro cesante o perjuicios estos sufridos por su vehículo XA-0794, el cual fue estrellado por el bus

de placas SV-0134", mientras en la causa *petendi* limitó el daño emergente a la cantidad de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00) y el lucro cesante a treinta mil (\$ 30.000.00) durante cada uno de los tres meses que su vehículo estuviere fuera de servicio.

6. También ya se dijo que el juez de primera instancia en sentencia que el Tribunal acogió en su integridad al despachar la apelación que contra ella interpusiera el apoderado de los demandados, condenó a éstos a pagarle al actor doscientos sesenta mil (\$ 260.000.00) pesos por concepto de daño emergente, y sesenta mil (\$ 60.000.00) a título de lucro cesante, todo con fundamento en el dictamen pericial rendido por los expertos nombrados por el juez para atender la petición que de este medio probatorio hizo el actor en el respectivo capítulo de la demanda.

7. Al confrontar la condena que por daño emergente fulminó la sentencia recurrida, con los principios regulativos de la incongruencia como causal de casación, aparece de bullo que el Tribunal incurrió en el vicio de actividad que le endilga el impugnante, yerro que lo llevó a un pronunciamiento que rebasó el campo que a su actividad decisoria de fondo le señalaban la relación jurídico procesal, y la preceptiva contenida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Y no puede caber duda acerca de la seriedad del cargo que el recurrente le enrostra a la sentencia de haber fallado *ultra petita*, que es una de las modalidades de la inconsonancia, puesto que la providencia mencionada condenó a los demandados a pagar una suma superior a la reclamada, como se demuestra comparando el monto del valor pretendido por daño emergente con el que se les ordenó pagar a los demandados.

De todo lo expuesto se desprende que, por ser fundado el cargo estudiado contra el fallo impugnado, éste debe ser casado, y que, consiguientemente, la Corte debe proferir el que deba reemplazarlo.

Sentencia sustitutiva

Para estos precisos efectos basta observar que por haber prosperado el recurso de casación únicamente con base en el cargo encaminado a corregir el desajuste entre lo pedido y lo decretado por daño emergente, esta instancia debe limitarse a la revisión y decisión de este punto, para lo cual será suficiente acudir a las mismas consideraciones que determinaron la casación del fallo, concretamente las relativas a la limitación del juez para estimar las pretensiones de la demanda.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia del recurso dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y procediendo como Tribunal de instancia.

Resuelve:

Confirmar la sentencia del Juzgado 3º Civil del Circuito de Tunja excepto en lo concerniente a la condena por daño emergente que será por la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00).

Condénase a los demandados al pago de las costas de la segunda instancia en proporción de un 80%.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Pérez Delgado, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Responsabilidad aquiliana especial consagrada por el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil para magistrados y jueces

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

(Magistrado ponente: Ricardo Uribe Holguín).

1. En libelo presentado ante la Corte el 2 de diciembre de 1977, el MUNICIPIO DE CALARCA, del Departamento del Quindío, por medio de apoderado legalmente constituido, demandó a los doctores BENJAMIN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, en su calidad de Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío, para que por los trámites del proceso ordinario de una sola instancia de que trata el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil se hicieran contra ellos los siguientes pronunciamientos:

“PRIMERO: Que los doctores BENJAMIN LOPEZ DE LA PAVA, y MARINO RESTREPO MURILLO, en su calidad de Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío, al dictar sentencia de única sentencia proferida dentro del JUICIO DE PLENA JURISDICCION DE CARACTER LABORAL de TARCISIO GARCIA MONTOYA contra el Municipio de Calarcá, el día 28 de febrero de 1977 (fallo en el cual DECLARARON LA NULIDAD DEL ACTO ACUSADO, ordenando el REINTEGRITO del accionante a DOS CARGOS PUBLICOS y CONDENARON al MUNICIPIO DE CALARCA a pagar a TARCISIO GARCIA MONTOYA *extra petita* lo dejado de percibir por éste, en dos cargos, a partir del día 22 de agosto de 1975 y el día que se verificó su reintegro a ambos cargos), incurriendo en:

“A) Abuso de autoridad conforme a lo preceptuado en el artículo 40 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil y/o B) Obraron con error inexcusable (artículo 40, numeral 3º Código de Procedimiento Civil) al dictar tal sentencia, en perjuicio de los intereses del Municipio de Calarcá, Quindío.

“SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, los señores doctores BENJAMIN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, en forma SOLIDARIA, y/o individualmente considerados, SON CIVILMENTE RESPONSABLES DE LOS PERJUICIOS, de todo orden, causados al Municipio de Calarcá con la sentencia de 28 de febrero de 1977, proferida por éstos como Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío dentro del JUICIO DE PLENA JURISDICCION DE CARACTER LABORAL de TARCISIO GARCIA MONTOYA contra el Municipio de Calarcá, Quindío.

“TERCERO: Que como consecuencia de tal RESPONSABILIDAD CIVIL, SE CONDENE a los doctores BENJAMIN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, de las calidades civiles ya enunciadas, a RECONOCER, INDEMNIZAR y PAGAR, en forma solidaria y/o individual, al Municipio de Calarcá, Quindío, como consecuencia de la expedición de la sentencia de 28 de febrero de 1977, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, integrado por los doctores BENJAMIN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, dentro del juicio de plena jurisdicción de carácter laboral de TARCISIO GARCIA MONTOYA contra el Muni-

cipio de Calarcá, Quindío, conforme a las siguientes cuantías y conceptos:

"a) Por la suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 942.484.52) a título de daño emergente, suma de dinero que corresponde a la liquidación presentada por el actor TARCISIO GARCIA MONTOYA ante el Tribunal Administrativo del Quindío y que una vez aprobada se le debe pagar por el Municipio de Calarcá, conforme a lo ordenado en el NUMERAL TERCERO de la parte resolutiva de la sentencia de 28 de febrero de 1977.

"b) Por los salarios, primas, prestaciones sociales, indemnizaciones, etc., que el Municipio de Calarcá tuvo que pagar a los doctores HEBERT MORA GUEVARA y HERNAN VIGOYA NARANJO, al despedirlos de los cargos de Secretarios Ejecutivos de la Oficina de Valorización Municipal de Calarcá y del Fondo Rotatorio de Vivienda Popular de Calarcá, para poder reintegrar al señor TARCISIO GARCIA MONTOYA a dichos cargos públicos conforme a lo ordenado en el NUMERAL SEGUNDO de la parte resolutiva de la sentencia de 28 de febrero de 1977, perjuicios estos que ascienden a la suma de SETENTA MIL PESOS moneda legal (\$ 70.000.00).

"c) Por los intereses de las anteriores sumas de dinero, contados desde el momento en que el Municipio de Calarcá haya efectuado el pago de las mismas, hasta el momento en que se opere, por los condenados doctores BENJAMÍN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, su reintegro al Municipio de Calarcá, liquidados al interés fiscal o en subsidio al interés civil legal.

"CUARTO: Que en el evento de que se declare por la Honorable Corte Suprema de Justicia que la responsabilidad en que incurrieron los Magistrados BENJAMÍN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO se debió a que procedieron con 'abuso de autoridad', dolo o fraude, como lo preceptúa el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, numeral 1º, de acuerdo a (sic) lo preceptuado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, se ordene abrir contra los mismos la corres-

pondiente investigación penal, a fin de que se diluciden los posibles delitos en que pudieron haber incurrido los doctores BENJAMÍN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO como Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío, al proferir la sentencia de 28 de febrero de 1977, dentro del proceso de acción de Plena Jurisdicción de Carácter Laboral de TARCISIO GARCIA MONTOYA contra el Municipio de Calarcá.

"QUINTO: Que se condene a los doctores BENJAMÍN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO al pago de las costas y gastos que ocasione este proceso incluyendo los honorarios de abogado.

"SEXTO: PETICION SUBSIDIARIA. Que en el evento de que los doctores BENJAMÍN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, a título de indemnización, no sean condenados a pagar individual y/o solidariamente al Municipio de Calarcá, Quindío, en las cuantías, por los conceptos, y en los términos específicos, detallados en el NUMERAL TERCERO de estas PRETENSIONES, SUBSIDIARIAMENTE pido sean condenados a reconocer y pagar en forma solidaria y/o individual, al Municipio de Calarcá, Quindío, a título de indemnización, la TOTALIDAD DE LOS PERJUICIOS Y DAÑOS SUFRIDOS por el Municipio de Calarcá, Quindío, como consecuencia de la expedición de la sentencia de 28 de febrero de 1977, dentro del Juicio de Plena Jurisdicción de Carácter Laboral de TARCISIO GARCIA MONTOYA contra el Municipio de Calarcá, por el Tribunal Administrativo del Quindío, integrado por los doctores BENJAMÍN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO, perjuicios y daños en la modalidad de daño emergente, lucro cesante, intereses, costas, etc., que se demostrarán en cuantía exacta, dentro del curso del presente proceso ordinario, todo ello de conformidad con las estimaciones periciales y demás medios probatorios legales, que oportunamente se allegarán a los autos".

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* se invocaron en la demanda los que a continuación se resumen:

a) Los demandados fueron elegidos Magistrados del Tribunal Administrativo del

Quindío para el período comprendido entre el 1º de agosto de 1973 y el 31 de julio de 1977, y reelegidos como tales para el período que se extiende del 1º de agosto de 1977 al 31 de julio de 1981 cargos de los cuales tomaron posesión y han desempeñado sin interrupción hasta la fecha actual.

b) Mediante el Decreto número 062 del 18 de agosto de 1975, el Alcalde Municipal de Calarcá declaró insubsistente a TARCISIO GARCIA MONTOYA como Secretario Ejecutivo de la Oficina de Valorización Municipal de Calarcá y Secretario Ejecutivo del Fondo Rotatorio de Vivienda Popular del mismo Municipio, con fundamento en que dicho funcionario estaba devengando simultáneamente dos sueldos del tesoro público, uno de \$ 5.850.00 mensuales, correspondiente al primer cargo mencionado, y otro de \$ 4.150.00 por mes, correspondiente al segundo, lo que está prohibido por el artículo 64 de la Constitución Nacional.

c) Inconforme con lo así resuelto por el Alcalde, GARCIA MONTOYA demandó al Municipio de Calarcá ante el Tribunal Administrativo del Quindío, en acción de plena jurisdicción, para que se hicieran a su favor las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que es nulo, de nulidad absoluta, el acto administrativo contenido en el Decreto 062 del 18 de agosto de 1976, que declaró ‘insubsistente el nombramiento del señor TARCISIO GARCIA MONTOYA de los cargos de Secretario Ejecutivo del Fondo Rotatorio de Vivienda y Secretario Ejecutivo de la Oficina de Valorización Municipal’, proferido por el señor Alcalde Municipal de ese entonces, señor Guillermo Jaramillo Palacio, por ser violatorio ostensiblemente de la Constitución Nacional, por ser ilegal, por violar los acuerdos y reglamentos, por ser falsa su motivación; por haber sido expedido en forma irregular y ser incompetente el órgano que lo profirió, con abuso de poder y desviación del mismo.

“SEGUNDA. Que es igualmente nulo, de nulidad absoluta, el contenido del Oficio número 256 de 21 de agosto del corriente año, mediante el cual el señor Alcalde comunicó a mi mandante la decisión de in-

subsistencia, y le solicitó la entrega de los despachos u oficinas a su cargo.

“TERCERA. Que como consecuencia de las nulidades anteriores se ordene el REINTEGRO del señor TARCISIO GARCIA MONTOYA al cargo de Secretario Ejecutivo de la Oficina de Valorización Municipal, con las funciones de Secretario Tesorero del Fondo Rotatorio de Vivienda de Calarcá que le fueron adscritas por medio de la Resolución 002 de 27 de marzo de 1970, emanada de la Junta Directiva de esta entidad; es decir, que se ordene el reintegro de mi mandante a las mismas funciones que desempeñaba antes de producirse su desvinculación irregular del servicio público municipal, hasta que sea legalmente reemplazado y con el sueldo propio de sus funciones. Para tal fin, ruego disponer que se le entreguen las oficinas, dependencias, muebles y enseres pertinentes que hagan viable la condena respectiva.

“CUARTA. Que se declare que no hay interrupción para los efectos legales, laborales y prestacionales en el desempeño de sus funciones, por parte del señor TARCISIO GARCIA MONTOYA, en el período comprendido entre el 21 de agosto de 1975, fecha de la desvinculación ilegal del servicio y el día en que tenga lugar efectivamente su reintegro al mismo. En subsidio, hasta el día en que según el artículo 279 del Código de Régimen Político y Municipal, debe durar en su empleo.

“QUINTA. Que se hagan a la Alcaldía Municipal de Calarcá, a la Contraloría Departamental del Quindío, a las Juntas Directivas del Fondo Rotatorio de Vivienda y de la Oficina de Valorización Municipal las prevenciones y comunicaciones establecidas por la ley, una vez quede ejecutada la correspondiente providencia en donde se disponga el cumplimiento de la sentencia a que hubiere lugar”.

d) Admitida la demanda por el Tribunal Administrativo del Quindío, el Municipio de Calarcá pidió reposición del auto en que la admisión se dispuso, alegando que no se había agotado la vía gubernativa, puesto que GARCIA MONTOYA no interpuso el recurso de reposición ni el de apelación en subsidio contra el Decreto del Alcalde; mas el Tribunal no revocó dicho

auto, fundándose en que el recurso que tenía cabida no era el de reposición, sino el de súplica.

e) Insistiendo en que la vía gubernativa no estaba agotada, y considerando que, por lo tanto, el Tribunal Administrativo carecía de competencia para conocer de la demanda de GARCIA MONTOYA, el Municipio de Calarcá propuso incidente de nulidad de lo actuado por "incompetencia de jurisdicción", incidente que, una vez transmitido, se decidió por el Tribunal adversamente, con apoyo en que él sí era competente, puesto que, dada la calidad del acto administrativo acusado, no era necesario agotar la vía gubernativa.

f) En la debida oportunidad procesal, el Municipio pidió como prueba, entre otras, el interrogatorio de parte del demandante, para acreditar que éste había percibido doble sueldo del Tesoro Municipal; pero el Tribunal Administrativo negó esta prueba por considerar que, obrando en el expediente "la totalidad de las nóminas percibidas y cobradas por el señor TARCISIO GARCIA MONTOYA, como Secretario Ejecutivo de la Oficina de Valorización Municipal de Calarcá, desde el día 1º de enero de 1967 al 21 de agosto de 1975, y de Secretario Ejecutivo del Fondo Rotatorio de Vivienda Popular de Calarcá, en el período comprendido entre el 1º de julio de 1970, al 21 de agosto de 1975", el interrogatorio de parte solicitando carecía "de fundamento legal".

g) Cumplido el trámite del proceso administrativo, el Tribunal dictó sentencia con base en estos considerandos:

"Estudiados con detenimiento los planteamientos formulados por el recurrente con apoyo en las normas legales que invoca como infringidas y respaldados con los elementos de juicio aportados al proceso, concluye el Tribunal que debe accederse a las pretensiones del actor, esto es, en cuanto a la declaratoria de nulidad del acto administrativo protestado, a su reintegro al cargo que desempeñaba al momento de producirse la remoción, a la condena a su favor del pago de los sueldos dejados de devengar y prestaciones sociales a que por ley tenga derecho, etc., pues es irrebatible que el accionante debía permanecer en la posición oficial que ostentaba hasta tanto fuera sustituido legalmente por el

funcionario o entidad nominadora competente que, para la fecha de autos, no lo era en manera alguna el señor burgomaestre de Calarcá. De suerte que de parte de este funcionario hubo usurpación de facultades con quebrantamiento de las normas legales que se citan como infringidas en el concepto expresado, porque su proceder censurable al expedir un acto administrativo ilegal lo despoja del derecho de ampararse en preceptos normativos jurídicos que reglan su actividad pública.

"La precedente conclusión deja sin piso jurídico el criterio del señor Fiscal y la argumentación de la parte opositora, porque es indiscutible que si de acuerdo con el principio general de derecho las cosas se deshacen en la misma forma en que se hacen, no ve razón legal la Sala para que el señor Alcalde de Calarcá sin facultad para ello declare insubstancial a un empleado del Municipio cuya designación y remoción está adscrita a otra autoridad del mismo orden regional. Es decir, si al señor Tarcisio García Montoya lo nombró la Junta de Valorización como Secretario Tesorero y con igual denominación la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Vivienda Popular de Calarcá le adscribió las funciones inherentes a su administración, correspondería a las mismas removerlo del cargo y nunca al burgomaestre del mismo municipio, toda vez que ninguna norma legal le atribuía dicha gestión y menos el Decreto 418 de 3 de marzo de 1976, como lo pregonó el representante judicial de la parte demandada, de no aplicación para el caso *sub lite* por razón de la fecha de su vigencia que abarca los asuntos posteriores a su expedición y nunca con efecto retroactivo, que lo sería para la controversia objeto del libelo. Luego con base en esta disposición no se puede justificar la conducta del señor Alcalde de Calarcá al expedir el acto enjuiciado ante esta jurisdicción. De allí el por qué de la prosperidad de las peticiones impetradas por el demandante".

b) Los considerandos transcritos, agrega el Municipio demandante, merecen los reparos siguientes:

1º No se trata de un solo acto administrativo acusado, sino de dos: el Decreto del Alcalde de Calarcá y el oficio mediante el

cual se comunicó el contenido de dicho Decreto;

2º El demandante pidió su reintegro "al cargo de Secretario Ejecutivo de la Oficina de Valorización Municipal" (ordinal TERCERO del *petitum*, y el Tribunal, en la parte resolutiva de la sentencia, ordenó que fuera reintegrado a ambos cargos, con violación del artículo 64 de la Constitución Nacional y del Decreto número 1713 de 1960, artículo 1º;

3º El Tribunal expresa que debe accederse "a la condena por sueldos y prestaciones sociales a que por ley tenga derecho" el actor, no obstante que esta condenación no fue pedida expresamente en la demanda de GARCIA MONTOYA y a pesar de que había jurisprudencia en contrario del mismo Tribunal;

4º Imputa éste al Alcalde de Calarcá falta de competencia para remover de sus cargos a GARCIA MONTOYA, y usurpación de facultades que, a juicio del fallador, corresponden a las entidades nominadoras, o sean la Junta de Valorización y la Junta del Fondo Rotatorio de Vivienda, pese a que los artículos 2º de la Ley 72 de 1926, 1º y 2º de la Ley 89 de 1936 y 2º de la Ley 115 de 1948 confieren a los Alcaldes de Municipios cuyo presupuesto anual no sea inferior a \$ 200.000.00 (el de Calarcá en 1975 tenía uno de \$ 10.000.000.00) la facultad de "remover libremente a sus agentes", facultad que, por el artículo 1º del Decreto 418 del 3 de marzo de 1976, fue ampliada en el sentido de que los Alcaldes pueden remover "a todos los empleados municipales, tales como Gerentes, Directores o Presidentes de los establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales de creación municipal, salvo aquellas designaciones que por constitución o ley están atribuidas a otra autoridad";

5º Finalmente expresa el Tribunal, como pilar en que reposan sus conclusiones, que "las cosas se deshacen en la misma forma en que se hacen", aforismo que no corresponde a la realidad en el campo físico, en el biológico, en el síquico, en el sociológico ni, en especial, en el jurídico, en todos los cuales ocurre precisamente lo contrario, esto

es, que las cosas se hacen de una manera y se deshacen de otra distinta.

i) Con fundamento en esta motivación, el Tribunal Administrativo resolvió:

"Primero. Declárase nulo el artículo primero del Decreto número 062 de agosto 18 de 1975 por medio del cual se declaró 'insubsistente' el nombramiento del señor TARCISIO GARCIA MONTOYA, de los cargos de Secretario Ejecutivo del Fondo Rotatorio de Vivienda de Calarcá y de Secretario Ejecutivo de la Oficina de Valorización Municipal de Calarcá.

"Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, se ordena el reintegro del demandante Tarcisio García Montoya a las mismas posiciones oficiales que desempeñaba en la fecha de su remoción.

"Tercero. El Municipio de Calarcá, por intermedio de su Tesorero, pagará al accionante Tarcisio García Montoya, de las condiciones civiles conocidas de autos, los sueldos, primas legales, vacaciones y demás prestaciones sociales a que por ley tenga derecho, dejados de percibir a partir del 22 de agosto de 1975 y hasta el día en que se opere su reintegro, sobre la base de la última remuneración vigente y previa deducción de los valores que haya recibido durante el mismo lapso por concepto de servicios personales al tesorero nacional, departamental o municipal.

"Cuarto. Declárase que no ha existido solución de continuidad en el cargo, por virtud de la remoción, y para efectos de las prestaciones sociales.

"Quinto. Esta sentencia deberá ser cumplida dentro del término del artículo 121 del Código Administrativo.

"Sexto. Por tratarse de un proceso de única instancia, no se ordena la consulta del presente fallo".

j) La parte resolutiva antes transcrita contiene las siguientes violaciones de la ley sustancial:

1º Infringe el artículo 2º de la Ley 72 de 1926, adicionado por el 2º de la Ley 89 de 1936 y modificado por el 2º de la Ley 115 de 1948, conforme a los cuales los alcaldes municipales de ciudades cuyo presupuesto

anual excede de \$ 200.000.00 pueden remover libremente a sus agentes;

2º Quebranta el artículo 64 de la Constitución Nacional y el 1º del Decreto número 1713 de 1960, textos conforme a los cuales nadie puede devengar del tesoro público más de una asignación;

3º Viola, en fin, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el ordinal 2º del 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo y el 1º del Decreto 2051 de 1966, por cuanto el hecho de reconocerse al demandante sueldos, primas, vacaciones, y demás prestaciones sociales desde la fecha del acto acusado, súplica que la demanda no contiene, constituye decisión *extra petita*.

k) Ejecutoriada la sentencia del Tribunal Administrativo, el Alcalde de Calarcá procedió a reintegrar a GARCIA MONTOYA en los dos cargos que venía desempeñando antes de la declaración de insubstancialidad, y éste demandó que, por el trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, se regulara el monto de las remuneraciones a que tenía derecho conforme a dicha sentencia.

1) El Municipio tuvo que prescindir de los servicios de los dos funcionarios que venían desempeñando esos cargos, lo que causó a aquél daño emergente por concepto de indemnizaciones y prestaciones que fue menester pagarles. Por otra parte, GARCIA MONTOYA calculó, dentro del incidente de liquidación de sus remuneraciones, que éstas valen la suma de \$ 942.484.52. El incidente se encuentra en trámite. Los demandados deben pagar al Municipio demandante todas estas cantidades, con sus correspondientes intereses legales, a título de indemnización de perjuicios.

II) Se configuran, pues, los tres elementos de la responsabilidad aquiliana: culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste.

En cuanto al primer elemento, por el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil está dispuesto que "Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causan a las partes, en los siguientes casos: 1) Cuando proceden con dolo, fraude o abuso de autoridad; 2) Cuando omiten o retarden injustificadamente una providencia o el corres-

pondiente proyecto; 3) Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer...".

Los Magistrados demandados incurrieron en dos de las causales previstas por el texto transrito, así:

Causal primera. Procedieron a dictar la sentencia violando la Constitución y la ley con ABUSO DE AUTORIDAD por las siguientes razones:

"1ª) Estaban advertidos en el mismo acto acusado (Decreto 062 de 18 de agosto de 1975, originario de la Alcaldía de Calarcá), que TARCISIO GARCIA MONTOYA estaba percibiendo DOS SUELDOS DEL TESORO EN FORMA SIMULTANEA, siendo esta la causal principal para la declaratoria de insubstancialidad, y sin embargo ordenaron el reintegro del mismo A AMBOS CARGOS;

"2ª) Violaron el artículo 21 de la Constitución Nacional, conforme al cual 'en caso de INFRACCION MANIFIESTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL en detrimento de alguna persona el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta'. En el presente caso, al violar ostensiblemente el artículo 64 de la Constitución Nacional por ordenar un reintegro a dos cargos públicos, conforme al artículo 21 de la Constitución Nacional, los anotados Magistrados incurrieron en RESPONSABILIDAD;

"3ª) Alcurrir en una CONDENA *extra petita* siendo que recientemente por el mismo Tribunal y los mismos Magistrados en otro proceso (el de acción de plena jurisdicción de carácter laboral de Rogelio Correa Bonilla y otros contra el Departamento del Quindío, en sentencia de 3 de junio de 1974) dijeron que los salarios, primas y prestaciones legales DEBIAN SER EXPRESAMENTE SOLICITADOS EN EL *petitum* DE LA DEMANDA, hay que presumir que 'a sabiendas' sabían (sic) que estaban profiriendo una CONDENA *extra petita* con manifiesta violación de la ley...";

"4ª) Por tratarse de Magistrados de un Tribunal Administrativo a tenor de lo preceptuado en el artículo 9º del Código Civil, y el artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal, que 'la ignorancia de las leyes no sirve de excusa' y que 'no po-

drá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla' y por consiguiente aplicarla (en el presente caso los Arts. 21 y 64 de la Carta, en el Art. 1º del Decreto 1713 de 1960, las Leyes 72 de 1926, 89 de 1936, 115 de 1948, los Arts. 84 y 85 del C. C. A.; el Art. 1º del Decreto 2101 de 1956 y el Art. 305 del Código de Procedimiento Civil) y teniendo en cuenta que la mayoría de dichas normas aparecen citadas y transcritas tanto en el acto administrativo que sirvió de base al proceso contencioso, como en las alegaciones presentadas por el mandatario judicial del Municipio de Calarcá, en sana crítica es menester reconocer que los demandados sí conocían las normas anotadas, pero que INTENCIONALMENTE o cuando menos NEGLIGENTEMENTE omitieron dar aplicación a las mismas, es decir, incurrieron en la llamada infracción por omisión;

"5º) Cuando la violación a las normas es tan de bulto y tan ostensible, a pesar de que dentro del respectivo proceso se ha advertido al Magistrado de su contenido y alcance y de que el texto literal de la ley es claro, y pese a ello el Juez o Magistrado se obstina en darle una aplicación que no tiene, u omite en aplicarla, y si a ello hay que agregar que dichas normas aparecen consagradas en la Carta fundamental, todo ello permite presumir y colegir que el factor 'a sabiendas' se halla reunido, que no se trata de un 'mero error de interpretación', sino que va mucho más allá, incurriendose en el 'abuso de autoridad', que tal es el caso aquí contemplado y no es necesario que se trate de un abuso de autoridad de carácter penal; no, el abuso de autoridad de que trata el artículo 40 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, es un abuso de autoridad de origen administrativo, o también de origen civil, equiparable *mutatis mutandis* a todos los 'abusos de autoridad' o de poder en que incurren los funcionarios públicos cuando expiden actos en forma irregular, o por falta de competencia, o por vicios de procedimiento o por desviación de poder, de los cuales a diario nos da cuenta, razón y conocimiento de ello la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en consecuencia, conforme al artículo 40 numeral 1º del C. de P. C., puede haber 'abuso de autoridad' por incompetencia, por expedición irregu-

lar del acto, o por desviación del poder y sin embargo no incurirse en la comisión de uno de los delitos de que trata el artículo 171 y siguientes del Código Penal, pues de ser así, entonces sobraría la expresión 'cuando proceden con dolo' (artículo 40 numeral 1º del C. de P. C.), que es el caso típico del abuso de autoridad penal el cual debe ser intencional".

Causal tercera

Los funcionarios demandados incurrieron, además, en ERROR INEXCUSABLE.

".....error inexcusable es aquel en que incurren las personas normales, comunes y corrientes y que por su naturaleza no les es admisible excusa, o que si dan tal excusa, ésta no es digna de ellos (que en el caso concreto para jueces y magistrados), o finalmente, que no podían omitir de realizar el hecho, dadas sus calidades y funciones o de evitarlo porque profesionalmente debían asumirla.

"En consecuencia por MANDATO LEGAL cuando por ignorancia o desconocimiento de un precepto jurídico, el Juez o Magistrado al dictar una sentencia, no ha aplicado la norma de derecho positivo correspondiente al caso, e incurre con ello en un error al dictar el fallo, tal error será de la calidad de INEXCUSABLE en virtud de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, que es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, con la sentencia de 28 de febrero de 1977, proferida por los Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío en contra de los intereses del Municipio de Calarcá".

3. En sendos escritos, los demandados contestaron oportunamente esta demanda manifestando oponerse a todas las pretensiones deducidas en ella.

En cuanto a los hechos, aceptaron algunos como ciertos, advirtieron que otros son meras consideraciones de orden jurídico carentes de fundamento e hicieron las siguientes rectificaciones:

a) En la reunión de las Juntas de la Oficina de Valorización y del Fondo Rotatorio de la Vivienda Popular de Calarcá que tuvo lugar el 20 de diciembre de 1975, el Alcalde Municipal, en su carácter de Presidente de ambas, propuso que se pidiera a Tarcisio García Montoya su renun-

cia de los cargos de Secretario de ambas entidades, proposición que fue negada después de que dos días antes el propio Alcalde, sin competencia para ello, había declarado a García Montoya insubstancial en tales cargos; b) El Fondo Rotatorio de la Vivienda Popular es una entidad anexa a la Oficina de Valorización Municipal, y el Secretario de ambas devenga en realidad un sueldo y un sobresueldo; c) En la demanda de Tarcisio García Montoya sí se pidió expresamente la condenación del Municipio por sueldos, vacaciones y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde cuando se dictó el acto acusado, como puede comprobarse en la lectura de la cuarta súplica de la demanda.

4. Abierto a prueba el proceso, se practicaron las pedidas por cada una de las partes, o sean las que fueron decretadas mediante el auto que ordenó tenerlas como tales. Luego hicieron uso la una y la otra, sucesivamente, del derecho de alegar, y finalmente se citó para sentencia. Es pues procedente dictar ésta, lo que hace la Corte previas las siguientes

Consideraciones:

a) *Cuestiones preliminares*

1. Los presupuestos procesales se cumplen cabalmente en este debate:

Por lo que toca con el de demanda en forma, la que dio origen al proceso reúne todos los requisitos que exige la ley. En cuanto a la capacidad para ser parte, la tienen tanto el Municipio de Calarcá, que es persona jurídica de derecho público, como los dos demandados, que son personas naturales plenamente capaces. Estos y aquél tienen además la debida capacidad procesal, habiendo comparecido el Municipio representado por el Alcalde Municipal, quien tiene hoy la personería de la entidad que gobierna y quien ha actuado por medio de apoderado judicial debidamente constituido, y siendo los dos demandados personas naturales, representadas por mandatarios judiciales. Además, quien tiene la competencia funcional para conocer del proceso es la Sala de Casación Civil de la Corte, con arreglo a lo dispuesto por el ordinal 6º del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la legitimación en causa de ambas partes litigantes, el derecho a indemnización lo tendría el Municipio demandante, por ser quien habría sufrido el daño como consecuencia de los hechos que se imputan a los demandados, y la pretensión está bien dirigida contra éstos, por cuanto está debidamente probada su calidad de Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío y actuaron como tales en el pronunciamiento de la sentencia que se señala como origen de ese daño.

Por lo demás, no se observa causal alguna de nulidad capaz de invalidar la actuación.

Finalmente, la demanda fue presentada dentro del año siguiente a la terminación del correspondiente proceso administrativo, lo que determina que el derecho de promoverla no hubiera caducado en el momento de su presentación (artículo 40 del Código de Procedimiento Civil).

b) *El asunto debatido*

2. Pido al Municipio de Calarcá que se declare que los Magistrados doctores Benjamín López de la Pava y Marino Restrepo Murillo, al proferir la sentencia que puso fin al proceso administrativo promovido por TARCISIO GARCIA MONTOYA, incurrieron en *abuso de autoridad* y en *error inexcusable*, culpas estas, la una o la otra, que los hacen civilmente responsables ante la entidad demandante y los obligan a indemnizar a ésta en cuantía de \$ 1'012.484.52, más los correspondientes intereses fiscales o legales, o en subsidio, en la cuantía que se demuestre dentro del proceso.

Tanto el abuso de autoridad, como el error inexcusable, se hacen consistir por el Municipio en que los dos Magistrados, que pronunciaron el fallo en cuestión infringieron la Constitución y la ley por haber decidido en él: a) Que el Alcalde de Calarcá no tenía competencia para remover de sus cargos a TARCISIO GARCIA MONTOYA, no obstante que legalmente sí la tenía; b) Que este funcionario debía ser reintegrado a tales cargos con derecho a devengar los dos sueldos correspondientes a ellos, a pesar de que la Constitución prohíbe devengar más de una remuneración del tesoro público; c) Que el Municipio de Calarcá quedaba obligado a recono-

cer y pagar a GARCIA MONTOYA todos los sueldos y prestaciones sociales que le correspondieron a partir del decreto municipal que lo declaró insubsistente, siendo así que tal pretensión no la dedujo expresamente dicho funcionario en su demanda ante el Tribunal, razón por la cual éste falló extra petita.

3. Se trata pues de la responsabilidad aquiliana especial prevista por el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto conviene transcribir ahora nuevamente: "Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad; 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto; 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1º y 3º no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos".

a) Por el ordinal 1º de que se trata se prevén los efectos puramente civiles del abuso de autoridad consagrado en el Código de la materia. De modo que tal abuso, a que alude el citado ordinal 1º, no corresponde, como lo sostiene el Municipio demandante, a noción más amplia que la estrictamente penal. Se trata de un mismo hecho ilícito, con secuelas penales previstas en dicho Código, y meramente civiles, en el del Procedimiento Civil.

b) El error inexcusable en que pueden incurrir los magistrados y los jueces, previsto por el ordinal 3º del artículo 40 atrás citado, consiste, por una parte, en un falso concepto de los factores de hecho o de derecho que intervienen en el proceso y deben servir de base para el pronunciamiento del juzgador, y por otra, en que ese falso

concepto no tenga excusa, es decir, no pueda justificarse.

Sobre este punto ya se pronunció la Corte en sentencia del 26 de octubre de 1972 (publicada en la Gaceta Judicial Tomo 143 Nos. 2358 a 2363, págs. 229 a 236). En ella se dijo:

"Muy sabia resulta la disposición al exigir que el error sea del abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse. Si la comisión de yerros, sin calificativo alguno, pudiera servir de estribo a procesos de responsabilidad contra los jueces, tales contiendas judiciales proliferarían de una manera inusitada y podría menguarse ostensiblemente la independencia y libertad que tienen para interpretar la ley y se abriría ancha brecha para que todo litigante inconforme con una decisión procediera a tomar represalia contra sus falladores, alegando simples desatinos en faena tan difícil como lo es la de administrar justicia.

"El error a que se refiere el numeral 3º del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, ha de entenderse como equivocación o desacuerdo que puede dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. De modo pues que la responsabilidad civil de jueces o magistrados puede originarse en una equivocación, sea que ésta haya tenido como causa un conocimiento falso de hechos o de normas legales o un completo desconocimiento de los mismos.

"Pero es claro que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, desde luego que exígesese que el desatino sea de aquellos que no pueden excusarse, que quien lo padece no puede ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo....

"Y finalmente se advierte que no podría existir error inexcusable cuando se sostiene punto de vista defensable respecto a una materia controvertida de derecho, comoquiera que la incertidumbre en su interpretación lo excusaría".

4. GARCIA MONTOYA no era "agente" del Alcalde de Calarcá, sino de la Oficina de Valorización y del Fondo Rotatorio del Municipio. El Alcalde era apenas, con relación a ellas, el Presidente de sus Juntas, y no es admisible que obrara independien-

temente de lo que en ellas se dispusiera. Así lo entendió él mismo, puesto que sometió a tales corporaciones, reunidas en una misma sesión, su propuesta de remover a GARCIA MONTOYA de los cargos para los cuales ellas lo habían nominado, propuesta que fue negada por ambas Juntas.

Es cierto que por el artículo 1º del Decreto Nº 418 del 3 de marzo de 1976 se dispuso que los alcaldes pueden "nombrar y remover a todos los empleados municipales, tales como Gerentes, Directores o Presidentes de los establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales de creación municipal, salvo aquellas designaciones que por Constitución o ley estén atribuidas a otra autoridad". Pero esta disposición no estaba aún vigente cuando el Alcalde de Calarcá dictó el Decreto Nº 052 del 18 de agosto de 1975, por el cual removió a GARCIA MONTOYA de los cargos para los cuales había sido nombrado por la Oficina y por el Fondo.

5. Por lo que concierne a la prohibición constitucional de que un mismo funcionario público devengue más de una remuneración, el punto escapaba al estudio de los Magistrados demandados. Lo primero que debe examinarse para juzgar sobre la validez o nulidad de un acto administrativo es la *competencia* del funcionario que lo haya expedido. Si esa competencia falta, no procede entonces a estudiar la constitucionalidad o legalidad del *CONTENIDO* del acto, pues a pesar de que lo que por él se dispone se ajusta a la Carta y a las leyes, el juzgador está obligado de todos modos a declararlo nulo si fue expedido sin competencia para dictarlo.

Habiendo decidido el Tribunal Administrativo del Quindío que el Alcalde de Calarcá *no era competente* para remover a GARCIA MONTOYA de los cargos que venía ejerciendo, era forzoso que declarara nulo el Decreto acusado y ordenara restituir las cosas al estado en que se hallaban antes de dictarse aquél, independientemente de la constitucionalidad y legalidad de lo que por él se disponía.

Por lo mismo, no puede haber abuso de autoridad ni error inexcusable en haberlo hecho así los demandados, puesto que al hacerlo cumplieron su deber y no incurrieron, por ende, en acto arbitrario o in-

justo, ni en yerro alguno, menos aún inexcusable.

6. Finalmente, se acusa a los demandados de haber fallado *extra petita*, porque en la demanda de GARCIA MONTOYA no se solicitó condenación al pago de sueldos y prestaciones sociales causados desde la fecha del Decreto por el cual se lo removió.

Este tercer yerro, tampoco fue cometido por los Magistrados doctores López de la Pava y Restrepo Murillo.

La cuarta súplica de dicha demanda, en efecto, está concebida así: "Que se declare que no hay interrupción para los efectos legales, laborales y prestacionales en el desempeño de sus funciones, por parte del señor TARCISO GARCIA MONTOYA, en el período comprendido entre el 21 de agosto de 1975, fecha de la desvinculación ilegal del servicio, y el día en que tenga lugar efectivamente su reingreso al mismo.....".

Qué significado puede atribuirse a esta pretensión? Luégo de solicitarse en la demanda la declaración de nulidad del Decreto (primera súplica) y el reintegro del actor a los cargos que desempeñaba (tercera súplica), la petición de que se decida que *no hay interrupción para los efectos legales, laborales y prestacionales*, esto es, que el demandante ha permanecido en el ejercicio de sus cargos sin solución de continuidad y por tanto ha seguido devengando sus sueldos y prestaciones, no puede entenderse de otra manera que como una solicitud de que se ordene el pago de tales sueldos y prestaciones durante el período en que el Decreto acusado produjo sus efectos. No cabe otra interpretación, habida cuenta de que la ley no exige palabras sacramentales en las demandas, las cuales deben interpretarse más por su intención que por su tenor literal. Por lo tanto, al ordenar el Tribunal ese pago no falló *extra petita*, ni cometió acto injusto o arbitrario, ni incurrió en error excusable ni inexcusable.

Mas si por vía de hipótesis se admitiera que la demanda fue mal interpretada por el Tribunal Administrativo, y que su correcta inteligencia es la de que por la cuarta súplica no se pidió el reconocimiento y pago de sueldos y prestaciones —interpretación a todas luces inadmisibles, entre

otras razones porque la acción de plena jurisdicción por su naturaleza misma se encamina al *restablecimiento* del derecho violado, esto es, a su completa satisfacción—, entonces se estaría ante un error claramente excusable, porque la súplica cuarta admitiría dos posibles interpretaciones, ambas igualmente aceptables, y en tal evento no cabe el error inexcusable, menos todavía un proceder injusto o arbitrario por parte del juzgador.

7. De lo hasta aquí expuesto se concluye que los demandados doctores Benjamín López de la Pava y Marino Restrepo Muriel, al pronunciar la sentencia que puso fin al proceso administrativo promovido por TARCISO GARCIA MONTOYA sobre nulidad del Decreto 062 del 18 de agosto de 1975, dictado por el Alcalde de Calarcá, no incurrieron en abuso de autoridad, ni en error inexcusable, lo que determina que no sean civilmente responsables ante dicho Municipio en los términos de la demanda que dio origen a este proceso ordinario. Y como, por disposición del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, en caso de absolución del funcionario o funcionarios demandados, la parte demandante debe ser condenada a los perjuicios causados y a una multa de mil a diez mil pesos, según la gravedad del asunto, así se hará en la parte resolutiva de esta sentencia, fijándose por este último concepto la cantidad de diez mil pesos, o sea la máxima, que se estima justa en consideración de la cuantía de la demanda, la falta de fundamento de las pretensiones en ella deducidas y el rango y calidad de los funcionarios demandados. No habrá, en cambio, condenación por costas, en atención a lo dis-

puesto por el artículo 392, del Código de Procedimiento Civil.

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,

Resuelve:

1º Niéganse las súplicas de la demanda y, en consecuencia, se absuelve a los demandados, doctores BENJAMIN LOPEZ DE LA PAVA y MARINO RESTREPO MURILLO de los cargos que les formula el MUNICIPIO DE CALARCA.

2º Impónese al MUNICIPIO DE CALARCA una multa de diez mil pesos (\$ 10.000.00) a favor del erario.

3º Condénase al mismo Municipio a pagar a los demandados el valor de los perjuicios que con este proceso les haya causado.

4º Para la efectividad de la multa impuesta al Municipio, remítase al funcionario fiscal correspondiente copia de la parte pertinente de esta sentencia, una vez quede en firme.

5º No se hace condenación en costas, por tratarse de un Municipio.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Pérez Delgado, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

S I M U L A C I O N

Concepto. Régimen probatorio de la simulación. Insuficiencia de la capacidad económica de la demandada

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

(Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez, Abogado Asistente).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de febrero de 1973, proferida por el Tribunal de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado contra MARINA DIAZ DE SOLA por TONY MARIA GALVIS DE MANTILLA, INES MERCEDES DEL ROSARIO MANTILLA GALVIS y LUIS GUSTAVO MANTILLA GALVIS, en sus calidades de cónyuge sobreviviente y herederos de JOSE IGNACIO MANTILLA CORTES.

I

Antecedentes

1. En demanda que correspondió al juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, TONY GALVIS DE MANTILLA y sus mayores hijos INES MERCEDES y LUIS GUSTAVO MANTILLA GALVIS, entablaron proceso ordinario contra MARINA DIAZ DE SOLA a intento de alcanzar la declaratoria de simulación del contrato de compraventa de que trata la Escritura 699, otorgada el 20 de febrero de 1975 en la Notaría 9^a de Bogotá, mediante la cual José Ignacio Mantilla Cortés dijo vender

a Marina Diaz de Sola el inmueble determinado por su situación y linderos en el hecho 7º del libelo.

Y como consecuencia de la anterior declaración pidieron se decretara la cancelación del registro de la precitada escritura; el reintegro del bien a la mesa de bienes relictos de la sucesión ilíquida del causante, esposo legítimo y padre de los demandantes; la restitución del inmueble con sus mejoras y anexidades a quien represente la sucesión, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo y el pago de los frutos naturales y civiles del bien producidos durante todo el tiempo que permaneciere en poder de la demandada. Por último y para el evento de dársele un valor jurídico a la donación oculta bajo el negocio simulado, se impetró la limitación del acto gratuito a la suma de \$ 2.000.00.

En su oportunidad los demandantes adicionaron el libelo con una nueva pretensión consistente en que también se declare simulado el contrato de compraventa de un automóvil, cuyas características señalaron en el escrito de adición, efectuado por el causante JOSE IGNACIO MANTILLA a favor de la demandada.

2. La causa para pedir todas estas súplicas la apoyaron los demandantes en hechos que cabe resumir así:

a) José Ignacio Mantilla Cortés y Tonny Galvis de Mantilla contrajeron matrimonio católico el 2 de julio de 1948. De esta unión nacieron Inés Mercedes y Luis Gustavo, residentes con su madre en Norte América desde hace mucho tiempo, pues los esposos se separaron de hecho pocos años después de efectuado el matrimonio;

b) por la misma época de la separación, Mantilla Cortés empezó a hacer vida marital con la demandada Marina Díaz de Sola, con quien procreó dos hijos y a cuyo lado permaneció hasta el día de su muerte acaecida el 26 de septiembre de 1975 en Bogotá;

c) el causante había adquirido el dominio de la casa de habitación a que se refiere la demanda, por compra que de ella hizo a Emilio Saravia, mediante Escritura 3584 corrida en la Notaría 3^a de Bogotá el 4 de agosto de 1970, y a poco antes de su muerte la transfirió a Marina Díaz de Sola a título de compraventa según consta en el citado instrumento público del 20 de febrero de 1975;

d) en esta escritura aparece que el precio de la venta fue de \$ 290.000.00 y que el vendedor recibió esa suma a su entera satisfacción. Sin embargo, tal precio no existió, como tampoco existió intención de vender: lo que hubo fue una donación entre vivos sin el lleno de las formalidades que para el caso exige la ley, en detrimento de la herencia de los hijos legítimos del causante y de la sociedad conyugal, pues la compradora dependía económicamente del vendedor, no disponía de dineros para comprar, por consiguiente no pagó precio alguno y, además, el bien objeto de la pretendida venta continuó en poder de su primitivo dueño comoquiera que la demandada obtuvo la posesión del mismo solamente después de fallecido Mantilla;

e) José Ignacio Mantilla también había adquirido, por conducto del Fondo de Empleados de Telecom, un automóvil Renault de las características anotadas en la adición de la demanda, vehículo cuyo dominio transfirió a la demandada "por acto igualmente simulado".

3. La demandada se opuso a todas y cada una de las súplicas de la parte actora y rituada la primera instancia el juzgado del conocimiento le puso fin en sentencia del 23 de febrero de 1977 que negó las súplicas en la demanda y después de haber sido recurrida en apelación fue confirmada por el Tribunal de Bogotá, en el fallo del 20 de febrero de 1976, a su turno impugnado en casación por los demandantes, recurso del cual ahora se ocupa la Corte.

II

Motivaciones del Tribunal

Comienza el *ad quem* por transcribir las pretensiones de los demandantes y pasa a resumir tanto los hechos que las sustentan, como los fundamentos de derecho invocados. Y luego de hacer un brevísimo recuento de la actuación procesal, anota que no existe causal alguna de nulidad que pueda invalidarla y que se hallan satisfechos los presupuestos procesales.

Analiza a continuación la naturaleza jurídica de la pretensión principal, encaminada a obtener declaratoria de simulación de los contratos de compraventa celebrados entre el extinto José Ignacio Mantilla Cortés y la demandada, Marina Díaz de Sola, por cuanto en ninguno de tales negocios existió precio ni hubo intención de transferir ni de adquirir el dominio a ese título por parte de quienes lo suscribieron.

Acude luego al artículo 1766 del Código Civil, considerándolo "fundamento de la simulación como institución jurídica de nuestro Derecho Positivo", para cuyo mejor entendimiento transcribe doctrinas de la Corte con las cuales llama la atención sobre la evolución del concepto tradicional de simulación que admitía la existencia de dos contratos coetáneos: el uno público y aparente y el otro privado u oculto, contentivo de la verdadera voluntad de las partes, hasta llegar a los nuevos lineamientos que descartan la dualidad de contratos con prevalencia del acuerdo privado, para dar paso a la teoría monista que predica la existencia en la simulación de una sola operación jurídica que se desdobra en dos declaraciones: una sin fuerza vinculante entre las partes por carecer de consentimiento y la otra contentiva de su única verdadera voluntad.

Encuentra que el litigio se enmarca dentro de la figura de la simulación relativa y no de la absoluta, como que el acuerdo de los contratantes "no se endereza a descartar todo efecto negocial" sino a cubrir con ropaje diferente, el de la compraventa, una donación entre vivos.

Indaga luego el sentenciador, a la luz de los distintos medios de prueba aportados al proceso "si en verdad el aludido

contrato de compraventa es simulado, esto es, si se trata de un simple acto aparente que no obliga ni produce efectos interpartes, lo cual corresponde demostrar a los demandantes, según lo preceptuado en los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil. Para ello —advierte— gozan las partes de entera libertad probatoria, pues a partir de la sentencia de la Corte de 25 de septiembre de 1973 ya no es indicado reparar si la acción es promovida por uno de los contratantes o por un tercero ajeno al negocio, habida cuenta de la igualdad probatoria en que unos y otros se hallan colocados".

Al iniciar el examen de las pruebas alude en primer término a la inspección judicial practicada en el inmueble objeto de la controversia, sobre la cual apunta que solamente sirvió para identificarlo y permitió constatar que se hallaba ocupado por la demandada o sea por la misma persona a que se refiere la escritura 688 de 20 de febrero de 1975 de la Notaría 9^a de Bogotá.

En relación con la prueba pericial acoge el dictamen rendido por los expertos en términos que conviene transcribir: "La peritación emitida por los expertos el 26 de noviembre de 1976 condujo a definir que el inmueble en cuestión tenía para el 20 de febrero de 1975 un avalúo comercial de \$ 440.880.00, lo que comparado con el precio de la venta estipulado en la escritura, es decir, el de \$ 290.000.00, descarta por completo la afirmación que se hace en la demanda de que valía mucho más de \$ 500.000.00, y, obviamente, alude cualquier posibilidad de lesión enorme. Tal es el resultado probatorio del dictamen pericial de los doctores Roberto Suárez Franco y Alberto Sánchez Barreto (fl. 18 Cdno. 5) que por haber quedado en firme, sin objeción alguna, y encontrarse fundado, claro y preciso, constituye la prueba del avalúo de la casa objeto de la traba en el presente caso".

Pasando al interrogatorio absuelto por la demandada, encuentra que los hechos por ella afirmados, atinentes al arbitrio de fondos para pagar el precio de los bienes que le transfirió JOSE IGNACIO MANTILLA CORTES antes de su muerte a título de venta, se corroboran plenamente

con otros medios de prueba existentes en el proceso y sobre todo con la prueba testimonial, a la cual da entero crédito, sin quedarle duda de que la demandada sí dispuso de fondos suficientes para cumplir sus obligaciones económicas con el vendedor, así como éste se vio obligado por su grave estado de salud a disponer de los dineros que le proporcionaron las ventas cuyo producto consumió en el largo tratamiento de la enfermedad que lo aquejó hasta su muerte. "Ciertamente —escribe el fallador, al emprender la valoración individual de cada uno de los testimonios— se ha predicado en los autos la falta de capacidad económica que tenía la demandada Marina Díaz de Sola por la época en que adquirió el inmueble de la transversal 20 números 59-21 y 59-23 de esta ciudad, constituyendo esa circunstancia uno de los motivos centrales de la simulación impetrada en la demanda. Empero, es lo cierto que en ese sentido la señora Marina Díaz de Sola ha sido explícita en expresar, como también en demostrar, sus distintas posibilidades pecuniarias que le permitieron comprar dicho inmueble. Fue así como adujo al proceso la constancia del Brigadier General Gutiérrez Caicedo (fl. 25) de haber prestado, con fecha 2 de febrero de 1975, a título de mutuo a interés y con destino a la compra de la casa en mención la suma de \$ 200.000.00 moneda legal, habiendo dado como garantía de la obligación anterior un pagaré y como deudor solidario al señor José Hugo Velásquez". (fl. 36 Cdno. 6).

Y agotando el examen de los declarantes que presentó la demandada, todos los cuales pasaron uno a uno por el matiz de la sana crítica, el Tribunal recalca que "no acontece lo mismo si se analiza el lote de pruebas que trajo la parte demandante en orden a demostrar sus pretensiones y que no obstante la comunidad de intereses existentes entre la señora Díaz de Sola y don José Ignacio Mantilla y de haber sido tratado el último por cuenta de la empresa donde trabajaba, no se demerita la convicción de la Sala de que los negocios celebrados entre aquellas dos personas fueron reales, serios y efectivos, puesto que la demandada disponía y dispuso de los siguientes bienes para afrontar el pago de las obligaciones emanadas de los respecti-

vos contratos: a) de la venta de su casa en Barranquilla; b) de fondos depositados en Colpatria, provenientes de sus labores de modistería y de arrendamientos; c) de dinero en efectivo producto de la herencia de su señora madre, y d) del préstamo que le hizo el señor general Germán Gutiérrez Caicedo".

El Tribunal halla igualmente probado, a través de las declaraciones de los testigos, que Mantilla Cortés tuvo urgente necesidad de conseguir el dinero para atender los gastos de su enfermedad que no daba espera, mientras la empresa aprueba y definía su traslado al exterior, y que los dineros provenientes de la venta de sus bienes le permitieron consultar otros especialistas y hacerse otros tratamientos; que Marina Díaz de Sola concurrió personalmente a la Notaría con el fin de suscribir la escritura; que pagó la totalidad del precio acordado entre ellos y que poco después de transferido el dominio en su favor mandó efectuar reparaciones a la casa por valor de \$ 80.000.00.

A lo dicho agrega el sentenciador que la parte actora, en cambio, no logró establecer ni la falta de precio en el contrato solemne, ni el no pago del mismo, y como no desvirtuó ninguno de estos dos requisitos que constituyen "la razón y motivo determinante del debate planteado", lo cual era de su resorte, "cumple en derecho y en justicia" absolver a la demandada, para así confirmar en todas sus partes el fallo de primera instancia.

III

El recurso de casación

Un solo cargo formula el demandante a la sentencia impugnada, dentro del ámbito de la causal primera, por vía indirecta que condujo a violación de normas sustanciales, por falta de aplicación de los artículos 1766, 1524, 1603 del Código Civil y 267, 166, 194, 195, 197, 228, 241, 217, 218, 248, 249, 250, 232, 268, 276 y 280 del Código de Procedimiento Civil y por aplicación indebida de los artículos 1847, 1857, 1864 y 1866 del Código Civil.

En la sentencia materia de esta censura, afirma el recurrente, el Tribunal incidió en manifiestos errores de hecho en la estimá-

tiva probatoria, los cuales a continuación puntualiza así:

1. En relación con las probanzas de las cuales dedujo el sentenciador la capacidad económica de la demandada:

a) la demandada confesó cuál era su capacidad económica en la época en que se hizo la negociación del inmueble, al dar respuesta a la primera pregunta del interrogatorio que se le formuló, cuando dijo: "pues mis ingresos durante el año de mil novecientos setenta y cuatro constan en mi declaración de renta porque como yo trabajo en modistería y hasta el instante en que vendí la casa de Barranquilla recibía cánones de arrendamiento" (fl. 6 Cdno. 3), y de esta confesión no tomó nota el Tribunal;

b) tampoco tuvo en cuenta el fallador el contenido de las declaraciones de renta de la demandada que obran a folios 18, 19 y 20 del Cdno. primero. Las rentas brutas por ella declaradas durante los años de 1972, 1973 y 1974 fueron, respectivamente, de \$ 6.500.00, \$ 7.000.00 y \$ 34.000.00. Estos documentos, que tienen la eficacia probatoria prevista en el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 258 y 276 *ibidem*, los ignoró el sentenciador al hacer la evaluación de la prueba;

c) la sentencia pasó de igual manera por alto la contradicción que envuelve la afirmación de la demandada en el sentido de que ella dispuso de los dineros que le proporcionó la venta de su casa en Barranquilla para celebrar los negocios con el señor Mantilla Cortés, puesto que dicha venta se llevó a cabo el 11 de agosto de 1975, en tanto que la compra del inmueble situado en Bogotá se efectuó el 20 de febrero del mismo año, o sea con seis meses de anterioridad; y

d) "Sin existir en autos medio alguno de prueba que así lo demuestre", el Tribunal "supuso" la existencia y retiro de dineros depositados en Corporaciones de ahorro por la señora Marina Díaz de Sola.

2. Respecto del crédito de \$ 200.000.00 contraído por la señora de Sola con el fin de arbitrar fondos que le permitieran atender sus obligaciones contractuales con Mantilla Cortés, sobre el cual la demandada presentó con la contestación de la demanda constancia suscrita por su acreedor, no

se percató el Tribunal del contenido objetivo de dicho documento, pues éste, unido a la circunstancia de no haberse presentado ni siquiera en fotocopia el pagaré a que en él se hace mención, configura un grave indicio de la inexistencia del contrato de mutuo que con dicha constancia se pretendió probar, tal como lo prevé el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil. "Por qué no se presentó una copia o fotocopia del pagaré en la forma indicada en el ordinal 3º del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, —se pregunta la censura— para verificar su fecha cierta, conforme con el artículo 280 *ibidem*?" Y ella misma se contesta diciendo: "Porque ese acto o contrato es totalmente inexistente como precisa el texto del artículo 232 citado, artículo 277 *ibidem*".

3. Acomete luego el ataque contra la prueba indiciaria que a su vez tampoco considera que fue tenida en cuenta por el fallador, habiendo podido servir de base a la declaración de simulación, en la forma que sigue:

a) indicio de "Contenido del contrato", consistente en hacer figurar como precio de la pretendida venta uno menor del que realmente tiene el inmueble vendido, a fin de justificar la incapacidad económica de la compradora, que no se apreció, como ha debido serlo.

El sentenciador admite que el vedadero precio del inmueble es superior al de \$ 290.000.00 fijado en la escritura de compraventa, pero no vacila en acoger un dictamen pericial que carece de toda fundamentación y que resulta inferior al avalúo presentado por la misma parte demandada al objetar el primer experticio en donde se estimaba el inmueble en la suma de \$ 1.137.000.00. La sentencia acusada sostiene que la diferencia entre el precio del inmueble acordado por las partes y el que se estableció en el avalúo decretado para resolver la objeción al primer dictamen "obviamente alude cualquier posibilidad de lesión", siendo que aquí no se discute la lesión enorme, sino la existencia de un indicio configurativo de la simulación, plenamente demostrado con la sola comparación de los diferentes precios dados al inmueble en este proceso, pues aún comparando el que aparece en la escritura con el más bajo de los avalúos pericia-

les, la diferencia que resulta de \$ 150.880.00, es significativamente apreciable;

b) indicio de la "Inexistencia patrimonial del vendedor fallecido", o sea que el sentenciador no se percató de la objetividad material de este indicio, no obstante hallarse plenamente probado con la confesión de la demandada, que es del siguiente tenor: "Pues el señor Mantilla no dejó nada", y con la de su apoderado que dijo: "Es por ello que el señor Mantilla al morir no tenía dinero, porque lo había gastado en su enfermedad". Al proceso no se trajo ninguna prueba, según el casacionista, de que los \$ 400.000.00 que el causante debió haber recibido poco antes de su muerte por concepto de la venta de la casa y del carro de su propiedad, los hubiera gastado en su enfermedad. Por el contrario, la demandada admitió que el viaje de Mantilla a los Estados Unidos en busca de su salud, lo pagó la empresa con la cual trabajaba;

c) indicio consistente en la "dependencia económica de la demandada y de sus hijos del señor José Ignacio Mantilla, establecido fehacientemente a través del memorial dirigido por doña Marina Díaz de Sola al señor Juez 1º Civil de menores de Bogotá para que se recepcionaran declaraciones en tal sentido, que fue presentado personalmente por la interesada y a pesar de contener una confesión conforme al artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, no fue apreciado por el Tribunal;

d) indicio resultante del hecho de que Mantilla no convivía con su esposa e hijos legítimos, demostrado con las confesiones del apoderado de la parte demandada y que el Tribunal, como los anteriores, pasó por alto;

e) indicio que se configura con el hecho de haberse desprendido el señor Mantilla de la totalidad de su patrimonio cuando ya padecía su última enfermedad y en favor de su compañera de 22 años, de cuya mención no hizo ningún caso el Tribunal en la sentencia recurrida; y

f) indicio que aparece de la ausencia de causa legítima en la celebración de los contratos llevados a cabo entre José Ignacio y Marina, que no fue la necesidad de atender los gastos que provocó la enfermedad del primero, los cuales fueron cubiertos en su integridad por la empresa donde tra-

bajaba. El testimonio rendido por la doctora ROSA NATALE DE PRIMERO —que pasó inadvertido por el sentenciador—, conforme al cual lo que Mantilla se propuso fue “dejar todas sus cosas arregladas” dada la enfermedad que padecía, indica que “el único móvil fin de las ventas fue que la esposa e hijos legítimos no heredaran nada de su patrimonio y las pretendidas compraventas sólo encubren donaciones por acto entre vivos, de donde se infiere que el Tribunal también violó por falta de aplicación los artículos 1443, 1458 del Código Civil”, (Cdno. 7, pág. 8).

4. El ataque final se enrumba contra la prueba testimonial que, a decir de la censura, “el Tribunal desnaturalizó en su fiabilidad objetiva atribuyéndole un alcance probatorio de que carece” (pág. 10 Cdno. 7). Y con este fin examina una a una las declaraciones: de Germán Gutiérrez Caicedo, la cual halla consistente por no haberse presentado el pagaré que, según sostiene el testigo, le firmó la deudora demandada; de Rodrigo Alberto Betancourt, que no desvanece la simulación sino que la confirma, pues según el testigo recibió \$ 80.000.00 “por concepto de reparaciones que hizo al inmueble de doña Marina Díaz de Sola en abril de 1975”, sin que previamente se hubiese establecido que la demandada disponía de medios para atender ese otro gasto; de María Stella Jaramillo Ramírez a quien critica que es testigo de oídas y porque hace afirmaciones de carácter general sin dar un dato concreto; y de Jose Hugo Velásquez, que no da razón de su dicho. Todos los testigos, recalca el censor, son sospechosos “pues todos tenían interés en favorecer a dicha parte (a la demandada) dados todos sus antecedentes personales”. (fl. 12, Cdno. 7), y agrega que auncuando la sospecha se planteó concretamente el en alegato de segunda instancia, “ni siquiera mencionó en su fallo estos elementos de sospecha”.

Para finalizar, enrostra también a la prueba testimonial que los testimonios no son exactos, responsivos y completos al narrar los hechos, y que lo que ellos no dicen “lo supone el Tribunal al margen de la realidad probatoria”, tal como aconteció con la prueba de la capacidad económica

de la demandada; que el Tribunal violó las reglas de la sana crítica, la cual “no constituye una facultad arbitraria sino que se encuentra sujeta a los principios inflexibles de la lógica objetiva”; y que las declaraciones de los testigos no merecían la más mínima credibilidad por no estar conformes con los dictados de la experiencia y porque no resisten el método comparativo con las demás pruebas que ha debido aplicársele, razones por las cuales eran ineficaces para desvirtuar los indicios graves, precisos, concordantes y convergentes que concurren a demostrar la existencia de la simulación en los contratos atacados.

Considera la Corte

1. Sin pretender un extenso, y si se quiere exhaustivo recuento de la naturaleza y consecuencias del fenómeno simulatorio a través de los diferentes sistemas y concepciones del derecho privado, y de los varios pasos de nuestra jurisprudencia sobre tan interesante tema, basta observar que en un principio la simulación se asimiló a la nulidad, respetando eso sí la posición de terceros de buena fe; luego se desdobló en dos actos, el aparente y el prevalente; y por último, opinión que para esta Sala es la más valedera y apropiada, se ha considerado que se trata de un acto único y verdadero, que por razones de distinta índole se quiere mantener oculto enfrente de quienes no han sido partes en él, a cuyo efecto por lo general se procura su disfraz mediante la preconstrucción de pruebas de otro acto diferente que en realidad no existe.

En la simulación hay un solo acto o contrato, no uno ostensible y otro oculto, y en ningún caso se trata de contrabalancear dos situaciones jurídicas, las en un tiempo llamadas aparente y prevalente, sino dos pruebas o conjuntos de pruebas contrarios. De adoptar la tesis, todavía parcialmente en boga, que se trata de dos actos o contratos, y no de uno solo y verdadero que las partes han querido simular o disfrazar como si fuera otro, se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento —de vender y de donar simultáneamente, verbigracia— que necesariamente im-

plicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el reciproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para acto distinto. Esto, en caso de que ese pretendido doble consentimiento fuere simultáneo, como forzosamente no podría dejar de serlo para quienes quieren ver en la simulación una duplicidad de acuerdos de voluntades. Y tampoco sería aceptable sostener que, para defender la tesis de la duplicidad de actos o de contratos, el consentimiento para uno de ellos —para cuál se preguntaría?— se conjuga en primer término, y luego, como sucedáneo, lo reemplaza un nuevo y distinto concenso para el otro acto o contrato. Se tratará en esta hipótesis de un fenómeno de sustitución o sucesión de voluntades y actos jurídicos asimilables a fenómenos de novación o de mutuo dicensis suyo ajeno al simulatorio.

De ahí que quienes sostienen que la simulación implica dos actos o contratos están expuestos a regresar a la anterior tesis de la simulación-nulidad, pues no otro escape les queda para sostener y concluir que el llamado por ellos acto aparente *ES NULO O NO EXISTE POR FALTA DE CONSENTIMIENTO*. Y quedarán de nuevos enfrentados al problema de conciliar entre sí los artículos 1748 y 1766 del Código Civil, que consagran efectos diferentes respecto de terceros en caso de simple nulidad o de "nulidad simulación".

Por tanto, es más congruente y armónica la tesis reiterada en este fallo, o sea que la simulación no implica dos actos o contratos sino uno solo y verdadero, y que la contienda se reduce a un confrontamiento de pruebas; las que se encaminan a demostrar las verdaderas características del acto o contrato celebrado, y las que las partes en ese mismo acto o contrato preconstituyeron para disfrazarlo o simularlo, y para exhibir ante terceros una situación jurídica irreal difícilmente desvirtuable por el aspecto probatorio.

Todo lo anterior sin perjuicio de que, respecto de terceros de buena fe y precisamente como adecuada protección para éstos, no se permita en su contra la prevalencia de la prueba del verdadero acto o contrato celebrado. Esto, no por razones

de duplicidad de actos o contratos, sino en guarda de la buena fe creadora de derechos.

2. Sentado lo anterior, es pertinente comentar lo relativo al régimen probatorio de la simulación.

Con ese fin y sin pretender un completo recuento histórico de las diferentes tesis y doctrinas sobre el particular, o sea las relativas a la posición de las partes procesales en contienda, especialmente si ellas invocan actuación de una voluntad de la ley como partes o sucesores de las partes que concurrieron a la formación del acto o contrato verdaderamente celebrado, o si fincan sus pretensiones en condición de terceros y extraños a dichas partes, vale la pena notar que el actual Código de Procedimiento Civil introdujo novedosas modificaciones sobre el particular, ya recogidas en anterior jurisprudencia.

En efecto: cabía sostener antes de su vigencia que la categoría de la prueba de la simulación era diferente si el actor invocaba el carácter de parte en el acto o contrato, o si derivaba sus pretensiones del simple carácter de tercero.

En el primer caso la prueba era restringida —contraescritura, confesión, principio de prueba escrita debidamente complementado— en guarda de la fe que debía dársele a la prueba documental y en especial a la escritura pública, que es el medio por excelencia para consignar la prueba aparente de un acto o contrato no realmente efectuado. Y al caso se aplicaba la restricción de prueba testimonial respecto de obligaciones contractuales de valor superior a quinientos pesos.

En la segunda situación la prueba era libre, pues el tercero que invocaba el acto o contrato real u oculto, lo hacía no para acogerse a un acto sino a un *hecho jurídico*, bien fuere hecho-condición que le permitiría ejercer un derecho autónomo, o bien hecho-obstáculo que le impediría o estorbaría el ejercicio de un derecho también autónomo e independiente.

La notable reforma del Código de Procedimiento Civil sobre el particular consiste en acoger el principio de la persuasión racional como sustituto de la tarificación del valor probatorio antes vigente. Es sustancial el tránsito y modificación que implicó el nuevo estatuto cuando consagra el principio de apreciación conjunta

de las pruebas en función de las reglas de la sana crítica (Art. 187 C. de P. C.), en sustitución del sistema de demostración en forma plena y completa según la ley mediante prueba específica y determinada (593 C. J.).

Desde luego, todo lo anterior sin perjuicio de la vigencia, incólumemente conservada en el nuevo régimen respecto de las solemnidades prescritas para la existencia o validez de determinados actos, preceptiva que indudablemente no toca con aspectos exclusivos y propios de la valoración probatoria sino con requisitos de orden sustancial para la validez intrínseca o "per se" del acto o contrato —ad solemnitatem, se llaman—, que no pueden suplirse por medio diferente (232 C. de P. C.).

De paso valga anotar que la expresión a veces usada por tratadistas y doctrinantes "prueba ad solemnitatem" no es rigurosamente técnica ni cabalmente apropiada, pues no hace relación a una prueba en sí misma considerada cuya finalidad sea demostrar determinado acto o contrato, sino a un requisito esencial (1500 C. C.) cuya ausencia, aun habiéndose comprobado que tal acto o contrato sí se pactó, impide tenerlo por realizado no por falta de prueba, sino por defecto insubsanable en su formación. Con mayor propiedad podría hablarse de prueba del requisito "ad solemnitatem", cabe observar.

Importante corolario de lo anterior es tanto la norma constitucional que garantiza los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (30 C. N.), como facultad excepcional, en vigencia de un régimen legal posterior, de probar un acto o contrato válidamente celebrado bajo el imperio de una ley anterior, por los medios que ésta consagraba para su justificación, auncuando la forma de rendir dicha prueba deba acomodarse a la ley nueva (39 L. 153 de 1887).

. Significa todo ello que si un acto o contrato exigía, o no, formalidades irremplazables ad solemnitatem— para su formación y existencia, tal disciplina no puede variarse por disposiciones legales posteriores auncuando éstas atañen simplemente al régimen probatorio, el cual de por sí sería aplicable de inmediato, pues en tal

caso se permite (podrán, dice el texto legal) acudir al régimen formal o probatorio existente para la época en que tal acto o contrato fue celebrado.

Y no sobra advertir que siendo excepcional la normatividad comentada, su artículo siguiente (40 ibidem) consagra la aplicación inmediata de las normas procesales, que para el tema que nos ocupa comenzaron a regir el 1º de julio de 1971. Es así como, ya no tratándose de requisitos "ad solemnitatem" sino de simples restricciones o ampliaciones probatorias, en virtud de la derogación de los artículos 91, 92, y 93 de la Ley 153 de 1887, desapareció la restricción de la prueba testimonial allí consagrada, abolición que por referirse al simple aspecto probatorio, no —"ad solemnitatem"— y en virtud de la inmediata aplicabilidad de las leyes procesales, actúa aún para actos o contratos de valor mayor de quinientos pesos celebrados antes de comenzar la vigencia del nuevo estatuto procedural.

Si a todo lo anterior se agrega, en suma, que no se trata de comprobar la existencia de un requisito "ad solemnitatem", que la simulación no implica la existencia de dos actos o contratos sino de uno solo, que en consecuencia el debate al respecto se contrae simplemente al campo probatorio, o sea si las pruebas aportadas al proceso desvirtúan la prueba preconstituida por las partes para disfrazar el verdadero acto o contrato, y si la prevalencia de la prueba de este acto o contrato verdadero no implica desmendro de la situación de terceros de buena fe, se concluye que no hay razón para sostener hoy día diferencia alguna de régimen probatorio, ora sea la parte o el tercero quien actúe, a efecto de demostrar una simulación, como es el caso de los demandantes en este litigio.

3. Descendiendo al propio terreno de la censura, es evidente que se dirige contra dos aspectos fácticos principales, que en su orden de importancia serán analizados y decididos.

Capacidad económica de la compradora. El reparo del casacionista estriba en que el Tribunal dio por demostrada dicha capacidad, con notorio desacuerdo fáctico, pues el expediente no permite comprobarla.

Y en efecto: el precio de la compra del inmueble y del automóvil, que la demandada dice haberlos adquirido de contado al causante en febrero de 1975, fue de \$ 400.000.00 pagados en efectivo y de contado. Además, la propia demandada manifestó haber efectuado y pagado reparaciones en dicho inmueble, el 15 de abril de 1975, por valor de \$ 80.000.00. O sea un desembolso de \$ 480.000.00.

Y para tratar de justificarlo, aduce un préstamo en efectivo que le hizo el General Germán Gutiérrez el 2 de febrero de dicho año, contenido en un pagaré que ni siquiera ha sido exhibido en copia, por \$ 200.000.00, y el precio de la venta de un inmueble que la demandada tenía en Barranquilla y que enajenó por escritura de agosto de 1975 por \$ 100.000.00. O sea un total de \$ 300.000.00.

La capacidad económica de la demandada para absorver la diferencia de \$ 180.000.00, no aparece demostrada como lo pretende el sentenciador, pues en su declaración de renta y patrimonio de 1974 aparece la compradora con un patrimonio de \$ 46.000.00 consistente en un inmueble —la propiedad en Barranquilla— que ya figuraba en 1973, y en la capitalización de sus ingresos obtenidos en 1974, ingresos que sumaron \$ 34.000.00 y que fueron capitalizados en cuantía de \$ 20.000.00 únicamente.

De manera que, aún aceptando la capitalización total de dichos ingresos en Cajas de Ahorro o en efectivo, las disponibilidades patrimoniales por este concepto alcanzarían cuando más a \$ 34.000.00, restando la suma de \$ 146.000.00 por recibir adecuada explicación para justificar las inversiones hechas por la demandada, o sea para tener como suficiente su capacidad económica en orden a realizar dichas adquisiciones, suficiencia que el Tribunal dio por comprobada alegremente al mencionar, sin prueba alguna, como acertadamente lo expone la censura, que la demandada había podido obtener tal dinero acudiendo a "retiro de fondos que tenía depositados en algunas corporaciones de crédito de Bogotá, tal como, concretamente, en Colpatria (?), y otros dineros en efectivo que tenía ahorrados y adquiridos por herencia (?) de su señora madre".

De manera que es evidente y trascendente el grave error del Tribunal al haber designado como principal soporte del fallo atacado, que estaba demostrada cabalmente la capacidad económica de la demandada para invertir de febrero a abril de 1975 \$ 480.000.00, siendo así que a lo sumo contaba con \$ 234.000.00 en febrero, y luego \$ 100.000.00 en agosto de dicho año.

Se agrega a lo anterior que tangencialmente el Tribunal menciona, para corroborar la capacidad económica de la demandada, los testimonios del General Germán Gutiérrez Caycedo y de Rodrigo Alberto Betancourt, María Stella Jaramillo, Humberto Torres y José Hugo Velásquez, todos atacados por la censura, que en su orden cabe analizar así:

a) El *General Gutiérrez Caicedo* se limita a declarar que, con dineros que tenía en efectivo provenientes de la venta de cuatro casas y un anticipo de cesantía, prestó \$ 200.000.00 en febrero de 1975 a la demandada más que todo por razones de amistad, préstamo que quedó recogido en un pagaré que, según su dicho, no exhibió por no estar reconocido ni estampillado.

Sin analizar a fondo la eventual existencia de dicho pagaré, contentivo de un contrato solemne como es el mutuo comercial artículos 619 y ss. del Código de Comercio, "between the four corners of the piece of paper"), en gracia de discusión se ha aceptado que mediante ese título-valor la demandada obtuvo \$ 200.000.00 para sus negociaciones por valor de \$ 480.000.00.

b) *Rodrigo Betancourt* se limita a declarar que la demandada le pagó \$ 80.000.00 en abril de 1975 por unas reformas en la citada casa, inversión que sirve apenas para mostrar, por iniciativa de la demandante, cómo gastó \$ 80.000.00 adicionales a las compras por \$ 400.000.00 que dijo realizar de contado dos meses antes.

c) *María Stella Jaramillo*, amiga de la demandada, afirma que Telecom y Caprecom pagaron el viaje de salud de José Ignacio Mantilla a los Estados Unidos. Agrega que la demandada vendió su casa en Barranquilla por \$ 100.000.00, lo que sucedió seis meses después de las compras que ésta hizo a José Ignacio. Menciona que cree haber sido testigo del préstamo del General Gutiérrez, y de oídas refiere que

Mantilla consultó varios médicos especialistas y que este le dijo que había efectuado varios gastos en procura de su restablecimiento.

Nada dice la testigo sobre la real capacidad económica de la demandada, excepto lo relativo al discutible préstamo del General Gutiérrez y a la venta de la casa de Barranquilla, factores ambos que combinados no alcanzan a configurar sino una disponibilidad, por crédito en su mayoría, de \$ 300.000.00 frente a un gasto de \$ 480.000.00. Y en ningún caso muestran la plena y suficiente capacidad económica de Marina Díaz de Sola que el Tribunal dio por comprobada.

d) *Humberto Torres* menciona únicamente que Telecom sufragó algunos de los gastos del tratamiento de Mantilla, pero que éste tuvo que vender su casa y su automóvil para efectuar el viaje a los Estados Unidos, sin mencionar concretamente estas circunstancias.

Nada refiere, por tanto, en orden a comprobar la capacidad económica de la demandada.

e) *José Hugo Velásquez* refiere que la demandada compró la casa y el automóvil de su compañero José Ignacio con el préstamo del General Gutiérrez Caicedo y con dinero que la compradora tenía como resultado de una herencia que le había dejado su mamá, cuyo fallecimiento ocurrió en Barranquilla el 17 de marzo de 1972.

Pero esta última afirmación carece de todo respaldo probatorio, como lo apunta la censura, pues dicho dinero herencial no figura en las declaraciones de renta y patrimonio de la demandada que, conforme ella misma lo expresó, mostraban su real situación económica en los años de 1973 y 1974.

Por último, la aseveración del Tribunal de que la demandada tenía dineros depositados en la Corporación de Ahorros de Colpatria, tampoco tiene respaldo probatorio, conforme lo menciona la censura, pues ni está acreditada en el expediente y ni siquiera la demandada menciona su cuantía.

Por todo lo expuesto cabe concluir que es equivocada la apreciación fáctica del sentenciador sobre suficiente capacidad

económica de la demandada, error cuya trascendencia es indudable en orden a socavar este fundamento del fallo atacado.

Valor real del inmueble enajenado.. El Tribunal, al advertir la desproporción entre el precio de la compraventa (\$ 290.000.00) y el valor mínimo probable del inmueble (\$ 440.000.00), comenta que ello "elude (sic) cualquier posibilidad de lesión enorme".

Pero esta desproporción, sobre la cual inclusive hay apreciaciones provenientes de la propia demandada en el sentido de que el inmueble valía \$ 620.000.00, no tiene relación alguna con lesión enorme de acto tal, pues el *petitum* no clama por esta causal sino que tiende a que se declare una simulación y expone que uno de sus indicios, común en esta clase de situaciones, es la desproporción entre el precio simulado y el valor real del inmueble, que por lo general es más alto.

Y así sucede en el negocio que se examina, pues si el precio fue apenas de dos terceras partes del valor real mínimo, la tercera parte faltante, que el Tribunal sí observó pero que le dió significado distinto, de bastante importancia si bien no para constituir lesión enorme no alegada, sí para configurar un hecho indicador del fenómeno simulatorio en referencia. Y tal grave error fáctico, aún sin tener la trascendencia del anterior, sí viene a socavar la equivocada base en que el Tribunal edificó su sentencia absolutoria, consistente en restarle toda importancia o influencia a la referida desproporción.

4. Tales equivocaciones, palmarias y trascendentales, condujeron a que el Tribunal se hubiera abstenido de decretar la simulación impetrada y de condenar a la demandada, con desvío y violación de las normas sustanciales indicadas en la censura, que debiendo ser aplicadas no lo fueron, en orden a declarar que el verdadero acto celebrado entre la demandada y José Ignacio Mantilla Cortés no fue una compraventa sino una donación de unos bienes, que, por no haber sido insinuada, sólo vale hasta la suma de dos mil pesos.

En consecuencia, siendo acogible la censura, debe quebrarse el fallo del Tribunal para en su lugar dictar la correspondiente sentencia de reemplazo.

Sentencia sustitutiva

1. Los presupuestos procesales no merecen respaldo alguno.

2. *La pretensión simulatoria, ya analizada con detenimiento al despachar el recurso extraordinario, es aceptable pues del examen conjunto del material probatorio se deduce, como quedó explicado en las anteriores motivaciones, que la compradora no tenía suficiente capacidad económica para actuar como adquirente, a lo cual se acumulan la desproporción entre el valor y el precio del inmueble, los vínculos efectivos entre el supuesto vendedor y la compradora con quien cohabitaba y de la cual tenía dos hijos a quienes sostenía, la existencia de los demandados como eventuales interesados en el patrimonio que el enajenante quiso transferir en vida, y la inexistencia de todo patrimonio suyo al ocurrir su fallecimiento poco tiempo después, siendo así que un semestre antes tenía \$ 600.000.00 o más.*

Es procedente, por tanto, declarar la simulación y establecer que se trata en realidad de unas donaciones entre vivos.

Por último, deberá tenerse en cuenta que los demandantes obran para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que José Ignacio Mantilla tuvo con su cónyuge *súpérstite* y demandante Tonny María Galvis de Mantilla, y para su sucesión, cuyos herederos, en calidad de hijos legítimos, son Inés Mercedes y Luis Augusto Mantilla Galvis.

Se harán las declaraciones pertinentes en orden a decretar que en realidad los actos simulados implicaron unas donaciones entre vivos no insinuadas, y válidas, por este motivo, hasta la suma de dos mil pesos en relación con el precio estipulado en las compraventas, o sea a \$ 290.000.00 para el inmueble y \$ 110.000.00 para el vehículo, debiéndose decretar la restitución de los excedentes y las correspondientes prestaciones mutuas, para lo cual la demandada recibirá tratamiento, no desvirtuado, de poseedora de buena fe, siendo además de advertir que la actitud procesal de las partes y de sus apoderados no les implica responsabilidad derivada de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 20 de febrero de 1978 por el Tribunal de Bogotá en este proceso ordinario, REVOCA la de primera instancia que en el mismo dictó el 23 de febrero de 1977 el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar

Resuelve:

Primero. Es relativamente simulada, por encubrir una donación, la compraventa que José Mantilla hizo a Marina Díaz de Sola mediante Escritura 688 del 20 de febrero de 1975 de la Notaría 5^a de Bogotá, referente al inmueble que consiste en "una casa con todas sus anexidades y dependencias, junto con el lote en que se halla edificada, distinguida con los números cincuenta y nueve veintiuno (59-21) y cincuenta y nueve veintitrés (59-23) de la transversal veinte (20) de la nomenclatura urbana de Bogotá y comprendido todo dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, en quince metros con setenta y dos centímetros (15.72 mts.) con el lote número seis (6) de la misma manzana dos (2) del plano de la urbanización San Luis; por el Oriente, en diez metros (10.00 mts.) con la transversal veinte (20); por el Sur, en diecisiete metros (17.00 mts.) con propiedad de Francisco Soto Montes y José Oscar Mojica; y por el Occidente, en diez metros con cincuenta centímetros (10.50 mts.) con el lote número ocho (8) de la misma manzana dos (2)".

Segundo. Al respecto declarase que se trata en realidad de una donación de José Ignacio Mantilla a Marina Díaz de Sola, valedera hasta la suma de dos mil pesos (2.000.00) en relación con un precio de \$ 290.000.00 para la totalidad del citado inmueble, y nula en el exceso.

Tercero. Comuníquese al Notario y al Registrador respectivos para que tengan en cuenta las anteriores declaraciones y hagan las anotaciones y desanotaciones del caso.

Cuarto. Es asimismo relativamente simulada la compraventa que José Ignacio Mantilla hizo a Marina Díaz de Sola del

automóvil marca Renault 6, modelo 1974, placas AH-8339, color azul.

Quinto. Al respecto declarase que se trata en realidad de una donación de José Ignacio Mantilla a Marina Díaz de Sola, valedera hasta la suma de dos mil pesos (\$ 2.000,00) en relación con un precio de \$ 110.000,00 para la totalidad del citado vehículo, y nula en el exceso.

Sexto. Comuníquese al Instituto Nacional del Transporte INTRA, para lo de su cargo.

Séptimo. Condénase a Marina Díaz de Sola a restituir para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Mantilla-Galvis y para la sucesión intestada de José Ignacio Mantilla Cortés, las cuotas del inmueble y del vehículo en referencia que no quedaron comprendidas en las declaradas donaciones.

Octavo. Para efecto de prestaciones mutuas, declarase que la demandada es poseedora de buena fe y que, en consecuencia, sólo deberá reintegrar la cuota correspondiente de sus frutos naturales o civiles a partir del 1º de junio de 1976, fecha en que se le hizo la notificación del auto admisorio de la demanda integrada, teniendo

a su favor el derecho que se le reconozcan y paguen, con derecho de retención, las cuotas de las reparaciones locativas y las mejoras útiles, estas últimas realizadas en el referido inmueble, en cuantía de \$ 80.000,00.

Respecto del vehículo, deberá restituirse la cuota de sus frutos naturales o civiles a partir del 1º de junio de 1976, teniendo en cuenta sus deterioros por su uso normal hasta esa misma fecha.

Para liquidar estas prestaciones mutuas se seguirá el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Las costas de ambas instancias serán a cargo de la parte demandada.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, (con salvamento de voto); Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas, Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Por cuanto no comparto la decisión tomada por la mayoría de la Sala, ni, por ende, la motivación cardinal en que dicha resolución se apoya, con el respeto que debo al criterio de mis compañeros procedo a exponer las razones de mi disentimiento.

1. Tomando apoyo en el interrogatorio absuelto por la demandada, en las declaraciones testimoniales recibidas en el proceso a instancia de ésta y en la prueba documental aducida, dedujo el Tribunal de Bogotá en su sentencia aquí impugnada, y en tal conclusión edificó cardinalmente su fallo desestimativo de la pretensión de la demandante, que ésta "no probó la simulación impetrada" y, en consecuencia, confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia.

Acogiendo el cargo formulado en la demanda de casación, estima la Corte que tal juicio probatorio del Tribunal *ad quem* es el producto de un error de hecho ostensible y trascendente, y, por tanto, casa el fallo recurrido para, en su lugar, decretar la simulación pedida. En lo fundamental, dice el fallo de mayoría de cuyas motivación y resolución me separo, que "es equivocada la apreciación fáctica del sentenciador sobre suficiente capacidad económica de la demandada, error cuya trascendencia es indudable en orden a socavar este fundamento del fallo atacado" (el subrayado es mío).

Como por mi parte, luego de aquilatar en su conjunto las pruebas referidas, no encuentro que el *ad quem* les haya alterado o modificado, aumentando ni restringiendo, el contenido objetivo que todas ellas ostentan, sino que, contrariamente, advierto que las tomó y ponderó en su real significado, me veo precisado a recha-

zar el error de hecho en que se edifica la censura y por ende a no compartir la quiebra de la sentencia de segundo grado a que arriba la mayoría de la Sala.

2. La técnica probatoria de la acción de simulación, también llamada de prevalencia, consiste en sacar a flote la voluntad privada de los contratantes para que prevalezca sobre la externa que ostenta el acto público, sin perjuicio, desde luego, de terceras personas. Para la prosperidad de la pretensión simulatoria es necesario demostrar, entonces, aquella voluntad privada que es la que contiene la verdadera de las partes.

Y como en los procesos de simulación, tal cual ocurre en este caso, el demandado está amparado en la fuerza probatoria y obligatoria que son propias de la escritura pública, la que como plena prueba conserva todo su vigor mientras no se presente la demostración contraria, entonces corresponde al demandante, por imperio del principio de la carga de la prueba que es fundamental en nuestro sistema positivo, aducir los medios de prueba que acrediten suficientemente los supuestos de hecho en los cuales estriba su pretensión.

Que es, a mi juicio, justamente lo que en este caso la demandante no logró demostrar. Porque, en primer lugar, los documentos por ella allegados, atinentes al pago de prestaciones sociales y auxilio de enfermedad por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones a José Ignacio Mantiella son inanes para desvirtuar la autenticidad presunta de la escritura pública N° 688, contentiva de la venta que se tilda de simulada, desde luego que si los referidos auxilios evidentemente se recibieron, ello sucedió en una época muy posterior a la fecha en que se celebró el contrato: éste se ajustó el 20 de febrero de 1975, al paso que aquéllos se pagaron después de agos-

to siguiente, o sea, mucho tiempo después de haber comenzado el costoso tratamiento médico que requirió la grave enfermedad padecida por el citado Mantilla. Lo que me hace pensar en que la afirmación de la demandada, consistente en que la venta la hizo Mantilla para atender a los gastos del tratamiento tanto en Colombia como en Estados Unidos, no está infirmada.

3. Por cuanto la sentencia de la cual me separo deduce LA INSUFICIENTE CAPACIDAD ECONOMICA de la demandada, en lo que edifica su fallo estimativo, del propio interrogatorio que ésta absolvio el 15 de julio de 1976, dada la relevancia jurídica que se le atribuye, dicha prueba reclama detenida consideración.

Cuando a la interrogada en dicha diligencia se le preguntó sobre sus bienes en el año de 1974, contestó que tenía entradas por concepto de su trabajo en modisteria; que recibía arrendamientos por \$ 1.500.00 mensuales de una casa de su propiedad ubicada en Barranquilla, los cuales "ahorraba, los tenía en corporaciones de ahorro y me producían un interés mensual"; y cuando se le preguntó con qué había pagado el precio de \$ 290.000.00 de la casa que compró a Mantilla, respondió que para ello "le hice un préstamo al General Germán Gutiérrez Caicedo por \$ 200.000.00, deuda que todavía tengo pendiente...; el resto o sean \$ 100.000.00 con la venta de mi casa de Barranquilla". Explicó la interrogada que Mantilla "necesitaba vender su casa porque ya estaba muy enfermo y necesitaba viajar a los Estados Unidos a hacerse un tratamiento, además de todos los especialistas de la Empresa donde él trabajaba, se fue para Estados Unidos, fuera de eso necesitó llevar un acompañante y fuera de todos los médicos que lo vieron en Estados Unidos se hizo ver de varios especialistas y para eso necesitaba él plata y por eso vendió su casa, para poder cumplir con los gastos que se le iban presentando,..... la enfermedad era tan sumamente grave que era UREMIA; se fue con la posibilidad de hacerse un trasplante de riñón en Estados Unidos, pero en vista de que eso era un tratamiento de más de un año, en Nueva York resolvió volver a Colombia hasta el mes de septiembre en que falleció". Y después de rei-

terar en varias respuestas la seriedad de la venta contenida en la Escritura Nº 688, agregó que para comprarle el carro ella empleó algunos dineros que su madre le dejó al morir.

Si la gran mayoría de las explicaciones que la confesante hace, guardan íntima relación con el hecho principal por ella reconocido; y si de otra parte no hay en el proceso prueba que infirme tales aclaraciones, me parece que su confesión tiene que tenerse como indivisible, para atender las voces del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe". No puede olvidarse que la interrogada, como demandada, está amparada en la presunción de autenticidad de un documento público, la precitada escritura, y que es al demandante a quien corresponde, según el principio de la carga de la prueba, la demostración de lo contrario, o sea la simulación del acto jurídico enjuiciado.

Y en la hipótesis de que pudiera decirse que las aclaraciones o explicaciones dadas por la confesante carecen de íntima relación con el hecho por ella básicamente afirmado, o sea que se trata de una confesión cualificada, me parece que también se impone aceptarlas, pues el proceso contiene abundante prueba que las ratifica. Ahí están, en efecto, sus declaraciones de renta en las que, particularmente en la correspondiente al año gravable de 1974, figuran, en el activo, partidas por arrendamientos y ahorros; ahí están, además, los muchos testimonios que acreditan que la gravísima enfermedad de Mantilla lo llevó hasta Estados Unidos en procura de encontrar allí mejoría para su salud, después de haberla buscado inútilmente en Colombia; dicen igualmente las declaraciones que a pesar de que la Empresa donde el enfermo trabajó le dio algunos dineros para atender al tratamiento, éstos no fueron empero suficientes ni oportunos para atender los gastos urgentes que la grave enfermedad implicó; y aseveran también los testigos, concorde y razonadamente, que para comprarle a Mantilla la casa, Marina Díaz de Sola debió hacer un préstamo por \$ 200.000.00.

4. La demandada, para comprobar su afirmación cardinal consistente en que para pagar el precio de la compraventa debió hacer un préstamo por \$ 200.000,00, adujó al proceso el certificado expedido por el acreedor, Brigadier General Germán Gutiérrez Caicedo, quien así lo certifica en documento visible al folio 25 del cuaderno Nº 1. Este documento está expresamente reconocido por su autor, quien bajo juramento reiteró la existencia del préstamo, su fecha y su causa en diligencia visible al folio 2 del cuaderno Nº 4.

Ello no obstante, la sentencia de la cual me separo desconoce, o cuando menos pone en duda la existencia del mutuo, por dos razones, a saber: a) porque no se aportó original el pagaré respectivo; y b) porque tratándose de un contrato solemne, como lo es, dice, "el mutuo comercial", requería esa prueba específica.

Mas, a mi juicio, si la aquí demandada aparece como deudora del referido préstamo de \$ 200.000,00, no podía aportar al proceso el pagaré original, pues es de suponer que tal documento, en caso de existir, lo detenta legítimamente el acreedor de la obligación; y si el mutuo, que en el presente caso no hay prueba alguna que permita calificarlo de comercial, no es un acto jurídico solemne, ahí está el certificado antedicho que, por haberse aportado en original, con reconocimiento bajo juramento de su autor, tiene que ameritarse en su valor probatorio, tal cual lo establece el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás, me parece necio desconocer un hecho de cuya ocurrencia dan fe, con atendibles razones y en forma concorde, no solamente sus autores sino además muchos testigos.

5. En diligencia practicada el 21 de junio de 1976 ante el juez de la causa, el Brigadier General Germán Gutiérrez Caicedo, quien aparece suscribiendo como acreedor el documento de préstamo atrás referido, expresó bajo juramento que "efectivamente" ese documento "es auténtico y reconozco la firma consignada en el mismo". En esa misma diligencia el declarante, también bajo juramento, testifica, dando amplias razones de la ciencia de su dicho, sobre la grave enfermedad que padeció Mantilla, el costoso y largo trata-

miento médico que tanto en Colombia como en Estados Unidos dicha enfermedad requirió; asevera este testigo que Mantilla "continuó haciendo diligencias ante los funcionarios de Telecom para que se le diera solución a su problema de cambio de especialistas y pidió que lo trataran en Estados Unidos, la respuesta que obtenía en esta empresa era que estaban estudiando el caso que ya iba a ser presentado a la Junta Directiva, pero el asunto se estaba dilatando y su enfermedad continuaba avanzando deteriorando su salud notablemente, en tales circunstancias resolvió viajar a los Estados Unidos con la esperanza de que sus gastos serían cubiertos por Telecom"; que, en esto "incidía otro aspecto de importancia y era que por razón de su salud debía viajar con una persona que lo acompañara cuyos gastos tendría que absorver por su cuenta"; que "también sabía que en caso de viajar a los Estados Unidos corría el riesgo de que los gastos de viaje, hospital, exámenes de laboratorio y tratamiento en general sino los pagaba telecom tendría que cubrirlos de su propio peculio"; que por todo ello, a petición de Marina Diaz de Sola, el testigo prestó a ésta los \$ 200.000,00 al inicio del año de 1975". En este asunto, dice el declarante, "antes que intereses que iba a devengar el dinero me animó un sentimiento de amistad y solidaridad con mi buen amigo el señor Ignacio Mantilla quien consideraba de vida o muerte su viaje a los Estados Unidos teniendo como único recurso la venta de su propiedad".

Concordando con el anterior, la declaración de José Hugo Velásquez Cañola, quien dice haber sido fiador de la señora Diaz de Sola en el préstamo que hizo de \$ 200.000,00, narra ampliamente todo lo sucedido con la enfermedad de su amigo Mantilla, los tratamientos que éste requirió tanto en Colombia como en el exterior; la necesidad que tuvo para vender su casa a fin de atender con el precio los gastos indispensables, etc.

María Estella Jaramillo Ramírez dice en su declaración jurada que por razón de la enfermedad de Mantilla éste tuvo que vender su casa y su automóvil a Marina Diaz de Sola, persona con la cual convivía de tiempo atrás, y que ésta, para poder com-

prar el bien, tuvo que acudir al préstamo que le hizo el General Gutiérrez Caicedo; que, además, "vendió una casa que tenía en Barranquilla, pidió prestado dinero, y realizó papeles que tenía en entidades financieras, producto de la herencia de la señora madre", "me constan todas estas cosas porque yo la acompañé inclusive a varias de las vueltas que hubo que hacer, o casi en todas las vueltas inclusive yo creo que fui testigo del préstamo que le hizo el general....".

Humberto Tores Cortés, primo hermano de José Ignacio Mantilla, dando amplias razones de sus dichos depone sobre la grave enfermedad que éste padeció, la necesidad que tuvo de tratársela en Estados Unidos ante el poco éxito que al efecto tuvieron los médicos nacionales; la urgencia que tuvo para vender su casa, pues los auxilios de Telecom, a más de ser insuficientes, le fueron prestados tardíamente; la venta que hizo a Marina Díaz de Sola en febrero de 1975. "no me cabe la menor duda, —dice éste testigo— de que para poder atender a tan altos gastos mi primo se vio en la necesidad, como así lo hizo, de vender su residencia y su carro"; que "Telecom le sufragó algunos gastos de su tratamiento, pero él con la angustia que tenía que estaba en peligro su vida quería consultar a un mayor número de médicos y esto lo hizo gastando su dinero personal"; y que ofreció la casa en venta a varias personas, quienes entonces no pudieron comprarla; que finalmente se la vendió a Marina Díaz quien, para pagarla, debió acudir a algunos préstamos.

6. Ciertamente, la venta que Marina Díaz de Sola hizo de su casa ubicada en Barranquilla por \$ 100.000.00 se perfeccionó, según lo dice la Escritura Nº 1995, el 11 de agosto de 1975, es decir, algunos meses después de que se realizó la compraventa que aquí la Corte declara simulada. Mas, de que ello sea así no puede desecharse la posibilidad de que se le hubiera anticipado algún dinero, o al menos, que el precio de esta venta lo hubiera destinado para atender la enfermedad de Mantilla, su concubinario, tanto más si se considera que ese hecho ocurrió en la época en que los quebrantos de salud de éste se habían hecho más críticos.

De todas maneras, no aparece, a mi entender, que por el año de 1975, más precisamente en febrero, Marina Díaz de Sola careciera *absolutamente* de capacidad económica para comprar un bien que, según la escritura, le costó \$ 290.000.00, si se ha de aceptar, como tiene que aceptarse, que cuando menos contó con los \$ 200.000.00 del préstamo que hizo y que para mí es indiscutible, y con los ahorros que por razón de arrendamientos y trabajos en monasterio indica su declaración de renta.

El hecho de que entonces, como lo reconoce la sentencia que genera mi discrepancia, la capacidad económica de la demandada no fuera *suficiente*, no constituye el indicio de tal relevancia que la Corte le da para decretar la simulación de un acto jurídico; con tanta mayor razón si la mayoría de la Sala acepta que la demandada, para pagar lo comprado, tenía, entre febrero y abril de 1975, "a lo sumo \$ 234.000.00 en febrero, y luego \$100.000.00 en agosto de dicho año".

7. Creo pues, en suma, que el error de hecho que la censura le endilga al Tribunal de Bogotá en la apreciación de las pruebas, y que la Corte acoge, no tiene existencia, pero muchísimo menos con los caracteres de ostensible o evidente y trascendente que la mayoría de la Sala le atribuye. Estimo, en cambio, que la sentencia hoy casada se ajustaba a las prescripciones legales pertinentes y, además, encarnaba los más claros postulados de equidad y de justicia que el caso controvertido reclama.

8. Apoyado en las anteriores apreciaciones, me aparto respetuosamente de los planteamientos hechos por la mayoría de la Sala respecto del despacho del recurso extraordinario, como también y fundamentalmente de la conclusión a que llegó.

Fecha ut supra.

Humberto Murcia Ballén.

Por cuento comproto en su integridad el anterior salvamento de voto, también lo suscribo.

Alberto Ospina Botero.

R E I V I N D I C A C I O N

Interpretación de la demanda. Error in procedendo y error in judicando. Consecuencias para el demandado que no contesta la demanda en esta clase de procesos. Artículo 971 del Código Civil, rectificación doctrinaria de la Corte para la correcta interpretación y aplicación de este artículo

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandado GUILLERMO VASQUEZ contra la sentencia de 10 de mayo de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario suscitado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

I

El litigio

1. En demanda que fue admitida por auto del 21 de octubre de 1975, dictado por el Juez Civil del Circuito de Armero, el "INCORA" convocó a proceso ordinario a Guillermo Vásquez para que se declarase que al Instituto demandante pertenece el dominio pleno de una parcela con extensión aproximada de 17 hectáreas y 3.000 metros cuadrados y otra de 13 hectáreas y 6.000 metros cuadrados, respectivamente alindadas como se indica en la demanda, parcelas que son parte de una finca de mayor extensión conocida con el nombre "La Joya", sita en términos del municipio tolimense de Armero; para que, consecuencialmente, se condenase al demandado a restituir esos dos predios con sus frutos "desde el 19 de octubre de 1972,

día en que entró en posesión", hasta cuando los restituya, y para que, expresamente, se declarara que el demandado es poseedor de mala fe desde el 1º de abril de 1974 "fecha en que debía entregar el predio", por lo cual el Incora no está obligado a indemnizarle expensas necesarias.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* el Instituto demandante alegó que, por Escritura Nº 283 del 24 de enero de 1964, corrida ante el Notario 5º de Bogotá, adquirió la finca La Joya, de la que hacen parte las parcelas cuya restitución se demanda; que el Incora entregó, desde el 7 de febrero de 1972, a la Asociación departamental de usuarios campesinos la granja que se formó con las dos parcelas antedichas, Asociación que, a su vez, el 19 de octubre de 1972 la entregó a Guillermo Vásquez, "a quien se designó como coordinador de la misma"; que desde entonces éste "ha explotado ininterrumpidamente los dos predios, sin dar participación a ninguna persona o entidad, usufructuándolos en su propio y exclusivo beneficio"; que la Asociación acordó, en reunión del 30 de octubre de 1973, devolver al Incora los citados predios, decisión que fue firmada por todos los integrantes de su Junta, entre quienes se cuenta el demandado, que es secretario de la misma; que llegado el día convenido para la restitución, ninguno de los miembros de aquella Junta se hizo presente; que desde el 1º de abril de 1974, "el demandado Guillermo Vásquez se colocó como poseedor de mala fe".

3. No obstante que se hizo personal notificación del auto admisorio de la deman-

da y se corrió traslado de ésta al demandado, Vásquez no dio contestación al libelo. Tramitada la primera instancia, el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia en que acoge las súplicas, decisión que, apelada por el demandado, fue confirmada por el fallo que, el 10 de mayo pasado, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y que, ahora, es materia del recurso de casación que interpuso la misma parte apelante.

II

Fundamentos del fallo del Tribunal

Empieza sus consideraciones el sentenciador *ad quem* afirmando que "al leer desprevenidamente el libelo inicial pudiera pensarse que la acción allí instaurada es la reivindicatoria o de dominio consagrada en el artículo 945 de nuestro Código Civil como aquélla que tiene 'el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla'".

"Sin embargo de lo anterior, siendo los hechos, como lo anota la doctrina nacional, la voz del Derecho y la causa eficiente de la acción, la lectura detenida del libelo nos pone de presente que la acción allí incoada no es propiamente la del titular del derecho de propiedad contra un poseedor material que retiene los inmuebles objeto de restitución, sino que ella se dirige contra un injusto detentador que, como mero tenedor, retiene esos inmuebles". Reafirmando luego que "la acción instaurada en la demanda se dirige contra Guillermo Vásquez como mero tenedor e injusto detentador del predio 'La Joya', concluye que debe entenderse que 'en el presente caso se dan los presupuestos indispensables para la prosperidad de la acción consagrada en el artículo 971 del Código Civil'", que autoriza aplicar "las normas del título de la reivindicación contra el que poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raiz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor". Asevera más adelante que la Corte ha dicho que el ejercicio de la acción establecida por el artículo 971 citado no entraña

propiamente el de la acción reivindicatoria. Y después de transcribir apartes de la sentencia de 4 de octubre de 1971, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo CXXXIX, pág. 153, 31 de diciembre de 1971, expresa que con la Escritura Nº 283 corrida el 24 de enero de 1964 ante el Notario 5º de Bogotá, el Instituto demandante probó ser el dueño de las dos parcelas cuya restitución demanda, las cuales, de otro lado, fueron plenamente indentificadas, durante la diligencia de inspección judicial practicada por el *a quo*, como las mismas que detenta el demandado. Que está demostrado que Guillermo Vásquez entró como mero tenedor al recibir la granja "La Joya", según se desprende del documento que obra a folios 16 del cuaderno 1º y de la prueba testimonial, particularmente de la declaración del agrónomo Parmenio Salamanca Porras. (fl. 11 del cuaderno de pruebas del demandante). Que es indebida la retención que de aquel predio ajerce el demandado, surge "no solamente del conjunto de la prueba aportada por la parte demandante", sino porque existe el indicio en su contra por no haber dado contestación a la demanda (Art. 95 del C. de P. C.) y, además porque si Vásquez, en su condición de secretario de la Junta directiva de la Asociación de usuarios campesinos del Tolima, suscribió la resolución por la cual, y en forma voluntaria, se determinó la entrega al "Incora" de la finca "La Joya", su incumplimiento de la obligación de entregar en la fecha convenida lo torna en tenedor indebido del inmueble. "Todo lo cual —dice el Tribunal— pone de presente que en el caso *sub lite*, se dan a cabalidad los presupuestos o postulados de la acción consagrada en el artículo 971 del Código Civil, como acción de restitución de carácter personal contra el demandado Guillermo Vásquez".

"En consecuencia, como así lo analizó y entendió el señor Juez *a quo*, la sentencia apelada, por aparecer ajustada a derecho, debe mantenerse.

"Como también debe mantenerse lo relacionado con las prestaciones mutuas, particularmente con el pago de los frutos civiles y naturales que debe solucionar el

demandado Vásquez al Incora, dada su calidad de injusto detentador del inmueble cuya restitución persigue la entidad demandante. Por sabido se tiene que, la jurisprudencia de nuestra Corte reiteradamente ha venido pregonando que, cuando existe carencia total de título que justifique la invasión u ocupación del bien reivindicado, dicha carencia implica, generalmente mala fe por parte de los poseedores vencidos. Este aspecto resalta aún más en el caso presente, puesto que el demandado aparece como un mero tenedor que indebidamente retiene la granja 'La Joya', no obstante haberse obligado a restituirla a la parte demandante el día 1º de abril de 1974. Por tanto, su mala fe aparece de bulto en los autos.

"Por ello, tampoco tiene derecho al pago de mejoras, ni al pago de las expensas necesarias para la conservación de la cosa y sí debe pagar en cambio a la entidad demandante, los frutos civiles y naturales, cuya cuantía fue evaluada por los peritos en la suma de \$ 120.000.00 moneda corriente".

III

La demanda de casación

Tres cargos, que serán despachados en el orden de su proposición, lanza el recurrente contra la sentencia del Tribunal. El primero se apoya en la causal quinta de nulidad; el segundo, en la segunda de incongruencia, y el tercero, en la primera de violación de la ley sustancial".

Cargo primero

Dice el censor que el proceso es nulo, porque versando sobre la restitución de un predio rústico que tiene un procedimiento específico, señalado "en los artículos 414, numeral 12, 434, 435 y 436 del Código de Procedimiento Civil" no ha debido tramitarse la causa por el rito del proceso ordinario, es decir, que si la ley señala el proceso abreviado para el lanzamiento de arrendatario o de tenedor a cualquier otro título (Art. 414-12 *ibidem*) y si hay disposiciones especiales que en tal caso deben aplicarse (Arts. 434 a 436 *ibidem*),

al haberse tramitado este litigio por la vía ordinaria, se incurrió en la causal de nulidad erigida en el artículo 152-4 del Código de Procedimiento Civil por haberse adelantado por el procedimiento ordinario un proceso que debió rituarse por el abreviado.

La Corte considera

1. El poder que obra a folio 1 del cuaderno principal, otorgado por el gerente del Incora al profesional que, actuando a nombre del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, inició este proceso, está otorgado específicamente para promover *acción reivindicatoria* contra Guillermo Vásquez relativamente al predio denominado "La Joya". Y en la respectiva demanda se solicita de manera expresa, bajo las dos primeras peticiones, que el Juez declare que al Instituto referido, "en su calidad de dueño y poseedor inscrito", pertenece el dominio pleno y absoluto de cada una de las dos parcelas ocupadas por Guillermo Vásquez y que integran la finca "La Joya". Además, aunque es cierto que en los hechos de la *causa petendi* se afirma que, de manera voluntaria, el Incora entregó el inmueble "La Joya" a la Asociación de Usuarios campesinos del Tolima y que, a su vez, esta entidad, también voluntariamente, la entregó luego a Guillermo Vásquez, "a quien se designó como coordinador de dicha asociación", el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria invocó como puntal de su demanda restitutoria el ser propietario del fundo rural y no el contrato por el cual cedió su goce a la Asociación de usuarios; del mismo modo y en forma repetida, el demandante alega en su demanda que Guillermo Vásquez, a pesar de que acepta que inicialmente recibió la finca en tenencia, luego se trocó por sí y ante sí en verdadero poseedor, explotándola "sin dar participación a ninguna persona o entidad, usufructuándola en su propio y exclusivo provecho" (hecho E) y que "desde el 1º de abril de 1974, fecha en que se había acordado la entrega de la granja . . ., el demandado Guillermo Vásquez se colocó como poseedor de mala fe, quien ha explotado en su provecho y para su exclusivo uso la granja motivo de esta ac-

ción" (hecho I). Fuera de lo anterior, como fundamentos de derecho se citan en el libelo expresamente el título 12 del Libro 2º del Código Civil y los artículos 946 y siguientes, que precisamente son los que tratan de la reivindicación o acción de dominio. Finalmente es bueno advertir que el mismo recurrente en la proposición del cargo segundo sostiene que el demandado fue llamado al proceso como poseedor y no como tenedor.

Con los fundamentos anteriores, aunque en verdad el Tribunal sobre el punto expone un pensamiento bastante oscuro, es necesario concluir que la acción propuesta fue la de dominio y no, como lo pretende la censura, la de lanzamiento de arrendatario o de tenedor a título distinto de arrendamiento. Por tanto, el trámite ordinario que se le dio a este proceso es el adecuado. Y no podía rectamente haberse procedido como lo insinúa el recurrente, apoyado en el confuso criterio del Tribunal, pues el trámite abreviado sólo se adecuaría si el INCORA hubiera alegado como fundamento de su pretensión la existencia de un vínculo proveniente de contrato de arrendamiento u otro título del cual derivara mera tenencia el demandado. No se demandó el pago de la obligación restitutoria propia del que derivó la tenencia de un contrato, sino la de restituir a que está obligado el poseedor frente a su demandante de mejor derecho.

Por tanto, el cargo no prospera.

Cargo segundo

Expresa el censor que existe incongruencia en el fallo acusado, pues el demandante, "desde un comienzo invocó como causa petendi la pretendida posesión del demandado", base que le sirvió de fundamento para la pretensión reivindicatoria, no obstante lo cual tanto el Juez como el Tribunal consideraron que el demandado era mero tenedor y no poseedor; que como el fallo se basa en la calidad de tenedor del demandado y no en la de poseedor que fue la alegada, la sentencia no guarda consonancia con lo invocado en la demanda.

Para rematar el cargo expresa: "resulta, igualmente, incongruente el fallo acu-

sado si se interpreta la demanda, y por consiguiente la sentencia, en el sentido de que el actor propuso acumulativamente las acciones de dominio y de restitución de predios rústicos, por cuanto una y otra deben seguir distintos procedimientos, ordinario para la reivindicación y el fallo favorable a tales pretensiones acumuladas es igualmente falso de consonancia".

La Corte considera

Este segundo cargo tampoco podrá admitir despacho favorable, porque si el Tribunal utilizando el poder propio de los jueces de interpretar la demanda, entendió, así sea erradamente, que el demandado fue convocado al proceso no como poseedor, según lo califica claramente la demanda, sino como mero tenedor que retenía indebidamente lo que estaba obligado a restituir, ello no constituye un error in procedendo sino uno in judicando que sólo puede ser enjuiciado dentro del marco de la causal primera. En efecto, si el ad quem interpretó erróneamente la demanda y a consecuencia de ello se produjo el quebranto de normas de derecho sustancial, su juicio errado sólo puede ser acusado con apoyo en la causal primera de casación, según está consagrado expresamente en el segundo inciso del artículo 368-1 del Código de Procedimiento Civil.

Si el Tribunal expresa que el demandado fue llamado a responder en su calidad de tenedor y no de poseedor, su juicio, mientras no sea convicto de error evidente, debe respetarse por estar amparado con la presunción de acierto.

Cargo tercero

Se apoya en la causal primera y se hace consistir en "violación directa de los artículos 1º, 2º, 3º, 12, 13, 50, 51, 55, 67, 80, 82, 83, 91 y 104 de la Ley 135 de 1961; 10, 25, 26 y 29 de la Ley 1ª de 1968; 4º, 5º, 11, 17, 19, 20, 21 de la Ley 4ª de 1973, por falta de aplicación, y de los artículos 971, 946, 952, 953, 954, 961, 962, 963, 964 y 969 del Código Civil, por aplicación indebida".

Después de expresar su sorpresa porque en el Instituto Colombiano de la Reforma

Agraria el que, olvidando las recientes regulaciones legales de la tenencia de tierras rurales, trata de desposeer a un campesino sin tierra, "atrincherado en el Código Civil", el recurrente manifiesta:

"Si el legislador ha venido promulgando esa serie de leyes que integran el derecho social agrario, como un cuerpo legal autónomo dentro de la normatividad jurídica colombiana, no concibe cómo puede dejarse de lado ese ordenamiento especial para el tratamiento de problemas y litigios que reclaman su aplicación preferente. Así, en las normas en cita se consagran disposiciones referentes a las parcelaciones, a las unidades agrícolas familiares, a la intervención obligada de los Procuradores Agrarios en los conflictos surgidos en el campo, al reconocimiento y pago de mejoras, y otras más que no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador en la presente controversia. En cambio, se enmarcó la *litis*, desde un comienzo, en el estrecho margen de las normas que regulan la acción reivindicatoria o de dominio, por aplicación extensiva del artículo 971 del Código Civil y de esta forma se llegó a la violación apuntada en el cargo. Vale decir: se violaron las normas propias de la ley social agraria citadas en el cargo por falta de aplicación a un caso que requería su operancia, y se violaron igualmente las normas del Código Civil, también relacionadas en el presente cargo, por haber sido aplicadas indebidamente, o sea a un caso jurídico que escapa a las normas referentes a la reinvindicación consagradas en el estatuto civil".

Consideraciones de la Corte

Conviene recordar que, no obstante que se le hizo personal notificación del auto admisorio de la demanda en que se le califica de poseedor de mala fe y que se le corrió traslado de ésta, el demandado Guillermo Vásquez dejó pasar la oportunidad procesal para darle contestación y negar o, al menos, discutir la calidad con que se le demandaba. Silencio absoluto guardó al respecto, con lo cual, según doctrina de la Corte que acompaña con lo que disponen los artículos 59 y 95 del Código de Procedimiento Civil, aceptó tener la calidad de

poseedor de los mismos bienes de que el demandante alega ser dueño, y cuya restitución impetra.

No contestar la demanda en proceso de reivindicación o guardar silencio sobre el hecho de la posesión atribuido al demandado, y sobre la identidad de los bienes reivindicados con los que se dice que éste posee, comporta aceptación por parte del demandado de esos dos elementos axiológicos de la acción de dominio: posesión en el demandado e identidad entre lo que éste posee y lo que se reivindica. Sobre este específico punto véanse las sentencias de 9 de junio de 1964, Gaceta Judicial CVII, 263; 30 de abril de 1960, G. J., XCII, 466; 11 de junio de 1965, G. J., CXI-CXII, 146 y marzo 31 de 1967 (aún sin publicar).

Frente a lo que dispone el artículo 59 del Código de enjuiciamiento civil actual, el demandado Vásquez, si estimaba que no tenía la calidad de poseedor con que se le llamó al proceso, sino la de tenedor, por tenencia derivada de la Asociación de Usuarios Campesinos del Tolima, debió expresarlo así en el escrito de contestación a la demanda, indicando las demás circunstancias que esa norma prescribe.

Lo expuesto es suficiente para advertir que, aún en el caso de que este tercer cargo prosperara, no podría casarse la sentencia, porque la Corte al entrar a decidir como Tribunal de instancia encontraría que sí está probado el elemento posesión en el demandado, elemento que el Juez pluriel de Ibagué no halló acreditado y que por tanto sería menester hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

El recurso de casación aquí intentado, no obstante su improsperidad, da lugar frente a lo expuesto por el Tribunal a hacer la rectificación doctrinaria siguiente:

Un claro error en uno de los términos utilizados por el artículo 971 del Código Civil, de deficiente redacción por otro lado, ha dado ocasión a confusiones en su entendimiento y a dificultades en su aplicación. Efectivamente, la disposición debe entenderse en el sentido de que a los procesos adelantados contra el que "poseyendo" a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor se deben aplicar las reglas del "capítulo" de prestaciones mu-

tuas, capítulo cuyo último artículo es el mencionado 971. No debe entenderse que las normas aplicables sean las del "título" como textualmente se dice allí, pues las reglas de la reivindicación o acción de dominio a que se refieren los tres primeros capítulos de ese título, que versan sobre "qué cosas pueden reivindicarse", "quién puede reivindicar" y "contra quién se puede reivindicar", resultan cuerpos extraños en el específico caso que contempla el artículo 971 citado, cuyo texto debe realmente leerse así:

"Las reglas de este capítulo (prestaciones mutuas) se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

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 10 de mayo de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso suscitado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, frente a Guillermo Vásquez.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

R E I V I N D I C A C I O N

Error in judicando. Técnica de casación

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de abril de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por ELVIRA RODRIGUEZ DE ISAZA contra ALVARO ENRIQUE GIRALDO VALENCIA y otros.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá el 21 de noviembre de 1975, la citada Elvira Rodríguez de Isaza demandó a Alvaro Enrique Giraldo Valencia, Cruz Giraldo Botero, Rosa Valencia de Giraldo y Oscar Arcesio Giraldo Valencia, en procura de que, previa la tramitación propia del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que la demandante es la única dueña del inmueble constituido por un lote de terreno, marcado en su puerta de entrada con el número 41-90 de la carrera 17-A de Bogotá, antes 41-02 de la misma carrera, distinguido con el registro catastral A-39-17/21, comprendido dentro de las especiales alindaciones que la demanda consigna;

b) que, consecuencialmente, se condene a los demandados a restituir a la demandante, inmediatamente después de que

quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga, dicho inmueble;

c) que los mismos demandados, como poseedores de mala fe que son, están obligados a restituirlle también el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble durante todo el tiempo que lo han ocupado, y no solamente los percibidos sino los que su dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

d) que la demandante no está obligada a indemnizar a los demandados por las expensas necesarias, ni a pagarles inversión en mejoras puestas en el fundo; y

e) que se condene igualmente a los demandados a pagar las costas procesales.

2. Los hechos que la demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) que en la partición realizada dentro del proceso de separación de bienes de los cónyuges Eduardo Isaza Uribe y Elvira Rodríguez, aprobada por sentencia judicial que fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, el 25 de Nov./74, se adjudicó a la cónyuge el lote N° 41-90 de la carrera 17-A de Bogotá, antes 41-02, comprendido dentro de estos linderos: "Por el NORTE, en longitud de catorce metros (14 mts.) con el predio número 42-04 de la carrera 17-A; por el SUR, en longitud de catorce metros con cincuenta centímetros (14.50 mts) con la avenida 39; por el ORIENTE, en quince metros con sesenta centímetros (15.60 mts). con el predio número 41-91 de la carrera 17; y por el OCCIDENTE, en longitud de diez metros quince centímetros (10.15 mts.) con la carrera 17-A";

b) que dicho inmueble adjudicado así a la demandante, había sido adquirido por Eduardo Isaza Uribe por compra que hizo a Carmen Atuesta según Escritura pública Nº 1326, otorgada el 1º de agosto de 1941 en la Notaría Quinta de Bogotá, debidamente inscrita en el registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad el 2 de octubre siguiente;

c) que el lote de terreno así descrito "es adyacente a la casa de habitación" del Barrio Santa Teresita, distinguida con el número 42-05, hoy 41-91, de la carrera 17 de Bogotá, casa que tiene una extensión de 363 varas cuadradas con 28 centímetros de vara, adquirida también por Isaza Uribe por compra que hizo a la misma Carmen Atuesta según Escritura Nº 1121, otorgada el 16 de mayo de 1939 en la Notaría 2^a de Bogotá, también registrada legalmente;

d) que, dice la demandante en el hecho 5º de su demanda, "tanto el lote, materia de este proceso, como la casa, adquiridos por separado, por el doctor EDUARDO ISAZA URIBE, en ocasiones diversas, fueron adjudicados a la doctora ELVIRA RODRIGUEZ DE ISAZA, como consta en la partición de bienes anotada";

e) que no obstante lo anterior y muy a pesar de que dichos dos inmuebles fueron inventariados y avaluados dentro de la liquidación de la sociedad conyugal Isaza-Rodríguez, y además secuestrados allí, el cónyuge Isaza Uribe, "en forma por demás dolosa", vendió a Marina Mesa Posada la referida casa Nº 42-05 de la carrera 17, por medio de la Escritura Nº 2092 de 23 de mayo de 1957, otorgada en la Notaría 9^a de Bogotá;

f) que como claramente se desprende de las escrituras citadas, en la venta que Isaza Uribe hizo a Marina Mesa Posada "se excluyó el lote adyacente a la casa, porque éste nunca fue englobado a la casa...";

g) que posteriormente la citada Mesa Posada, "como adquirente de la casa mas no del lote", vendió esa misma extensión de 363.23 varas cuadradas a los aquí demandados Enrique Giraldo Valencia, Oscar Arcesio Giraldo, Cruz Giraldo Botero y Rosa Valencia de Giraldo, mediante Escritura Nº 2131 de 29 de abril de 1970, pasada ante el Notario Primero de esta ciudad, y que desde entonces estos adquirentes

de la casa "ocupan sin título alguno al lote adyacente a la casa"; y

h) que estos demandados son poseedores de mala fe del lote materia de la reivindicación, como lo reconoce Alvaro Enrique Giraldo quien en diligencia judicial ha expresado que "durante aproximadamente veinte (20) años hemos hecho uso pacífico del lote"; y como aparece, además, de la Resolución Administrativa Nº 013 de 7 de febrero de 1975, proferida por la Alcaldía Menor de Teusaquillo para imponerle a aquél sanciones "por tratar de impedir actos de señora y dueña por parte de la doctora ELVIRA RODRIGUEZ DE ISAZA".

3. En sus contestaciones a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas de la demandante; en cuanto a los hechos, aceptaron como ciertos algunos y negaron los demás.

En su oportunidad expresaron los demandados, y en tal aserto han edificado cardinalmente su defensa, que ellos son dueños y poseedores regulares del inmueble que la demandante pretende reivindicar, porque lo adquirieron por compra que hicieron a Marina Mesa Posada el 29 de abril de 1970, mediante Escritura Nº 2131 que en esa fecha se otorgó en la Notaría Primera de Bogotá, la cual fue debidamente inscrita; que en esa compraventa se comprendió no solamente la casa 42-05 de la carrera 17, de 363.28 varas cuadradas, sino también el lote cuyo dominio aquí se controvierte.

Y después de aseverar que ellos llevaban más de 20 años ocupando dicho inmueble, ejerciendo sobre él muchos y muy variados actos posesorios, propusieron la excepción perentoria de prescripción.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, al cual pasó el proceso por impedimento del Décimo, le puso fin con su sentencia de 2 de noviembre de 1977, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demandante e impuso a los demandados las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta contra dicha decisión por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tri-

bal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de haber rituado la instancia, profirió su fallo de 29 de abril de 1978 para confirmar el apelado.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, observa el Tribunal que como en el caso *sub judice* concurren todos los presupuestos procesales es pertinente proferir sentencia de mérito, y en efecto a ello procede.

En el inicio de las consideraciones de su sentencia el *ad quem* acomete el análisis de la acción reivindicatoria, que es la que encuentra deducida principalmente en la demanda; y después de enunciar los cuatro presupuestos esenciales que la estructuran según la jurisprudencia nacional, emprende el estudio de las pruebas practicadas al efecto, para concluir, con apoyo en ellas, que como en el presente caso están reunidos tales requisitos axiológicos, y como no se configura la excepción de prescripción alegada, la sentencia del juzgador *a quo* debe mantenerse.

2. En la labor ponderativa de las pruebas el fallador considera primeramente la Escritura Nº 1326 de 1º de agosto de 1941, otorgada en la Notaría 5^a de Bogotá, mediante la cual Eduardo Isaza Uribe compró a Carmen Atuesta el inmueble materia de esta *litis*; la partición efectuada dentro del proceso de separación de bienes de los cónyuges Isaza Uribe y Elvira Rodríguez, en la cual se le adjudicó a ésta dicho inmueble; y la Escritura Nº 432 de 21 de marzo de 1975, por la cual se aclaró la nomenclatura de este lote.

“De conformidad con los anteriores títulos, —dice la sentencia— se puede concluir que está probado que la demandante es la dueña del inmueble objeto de la acción reivindicatoria”.

Refiriéndose a la venta que Marina Mesa hizo a los demandados y que está comprendida en la Escritura Nº 2131 de 29 de abril de 1970, el Tribunal de Bogotá, apoyándose en la declaración jurada rendida por la vendedora, expresa que según ésta

ella “no tuvo intención ni vendió el lote objeto de la *litis*, lo que se acepta por la diversa extensión de los dos lotes: el lote en que está construida la casa y el anexo objeto de la reivindicación, aspecto este último comprobado en la inspección judicial”. Añade la sentencia impugnada que “la existencia de los dos inmuebles además de la titulación se deduce del plano que obra al folio 30 del cuaderno Nº 1 y del certificado de la nomenclatura visible al folio 29, sin que pueda afirmarse que lo vendido por Marina Mesa a los demandados fue la casa y el lote contiguo por cuanto así no aparece en la Escritura 2131, ni menos puede pensarse que el lote sea simple dependencia o anexidad de la casa”.

3. En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte de los demandados, lo da por establecido el Tribunal, en primer lugar, con la inspección judicial practicada el 29 de julio de 1976, en la cual se comprobó, dice el sentenciador, que los demandados “poseen el bien objeto de la reivindicación”; y en segundo término, con las declaraciones juradas de Jesusita Bernal de Triana, Francisco de Paula Giraldo, Bernardo Gómez Rojas y Parmenio Gil.

Estudiando estos medios de prueba en conjunto, dice el juzgador *ad quem* que de ellos “se puede concluir que no hay duda acerca de que los demandados son poseedores materiales del bien pretendido, máxime cuando éstos alegan inclusive propiedad al afirmar que compraron la casa en que viven con sus anexidades y dependencias dentro de las cuales creen se encuentra el lote objeto de la *litis*”.

4. En lo atinente al presupuesto de la identidad entre el bien especificado en la demanda y el que es poseído por los demandados, el sentenciador de segundo grado, acogiendo en el punto lo expresado en el fallo de primera instancia, lo da por establecido con la referida inspección judicial y el dictamen rendido por los peritos Bernardo Patiño y Raquel Guio de Sierra, el cual acepta luego de rechazar la objeción que por error grave se formuló contra él.

Dice que en la inspección judicial se comprobó que el lote examinado coincide en sus linderos con el descrito en la demanda y en la Escritura 432 de marzo de 1975;

que se estableció, además, que la casa Nº 42-05 de la carrera 17 de Bogotá, objeto de las ventas que hizo Marina Mesa Posada a Eduardo Uribe Isaza, primeramente, y luego éste a los demandados, contratos contenidos en las Escrituras Nos. 2092 de mayo de 1967 y 2131 de 29 de abril de 1970, "tiene diferentes linderos al lote" cuya restitución busca la demandante, o sea que "las dimensiones de la casa contigua coinciden con las del título Escriturario 2092, observándose que en esta escritura no se dice que se transfiere el lote o solar y además que si actualmente dicha casa tiene tales linderos no pudo ser transferida la extensión de terreno contiguo ya que de ser esto así los linderos serían otros en la Escritura 2092".

Refiriéndose al dictamen pericial, expresa la sentencia que con este medio se demuestran suficientemente los siguientes hechos: "a) que en el lote objeto de la *litis* no existe casa alguna, lo cual impide la confusión que pretenden los demandados; b) que los linderos reales de la Escritura 1326 del lote coinciden con los actuales; c) que el citado inmueble que se pretende reivindicar forma un todo con la casa de la manzana 19 'pero según la cédula castral que anexamos es 'autónomo', pues tiene además titulación distinta a la casa'; d) que en el lote se han hecho mejoras por valor de \$ 12.500.00; e) que la casa de los demandados tiene extensión de 363.28 varas cuadradas, y el lote en litigio 280 varas, por lo cual la Escritura 2092 sólo puede referirse a la casa, debido a que la extensión de los dos inmuebles es de 643.28 varas cuadradas".

5. Estima el Tribunal, de acuerdo con lo que al respecto dedujo el sentenciador de primer grado, que como los demandados no tienen título alguno que justifique la posesión del lote, debe reputarseles como poseedores de mala fe.

Explanando su aserción en el punto, expresa la sentencia que "el hecho de que por Escritura 2131 se les hubiera transferido la casa 42-05 de la carrera 17 no significa que poseyeran el lote contiguo que tenía extensión diferente, titulación diferente y al cual no se refería esta escritura"; y que si los demandados compraron un lote con una casa que tiene una extensión de 363.28 varas cuadradas, "es lógico

que no pueden de buena fe pretender que compraron 643.28 varas cuadradas, incluyendo el lote objeto del litigio por falta de título que legitime la anexión".

6. Finalmente, con relación a la excepción de prescripción propuesta por los demandados estima el Tribunal que no puede prosperar, porque, dice, "si bien hay prueba de que son poseedores materiales del lote objeto de la pretensión, sin embargo no hay prueba de que dicha posesión haya durado 20 años"; los demandados, dice, entraron en posesión del lote cuando recibieron la casa 42-05, o sea el 29 de abril de 1970.

Observa que antes, según lo demuestran las declaraciones de renta de Isaza Uribe correspondientes a los años de 1958 a 1963, Cruz Giraldo Botero pagaba a aquél una suma mensual por concepto de arrendamiento de la casa y el lote; y que, según declaración de la demandante, ésta tuvo la posesión del lote "desde cuando lo compró junto con su esposo hasta cuando se fue a la Argentina en el año de 1954".

Rematando sus consideraciones en este aspecto de la controversia, dice el *ad quem* que todas esas pruebas "indican que no hay certeza de que los demandados han poseído el lote durante 20 años, ya que sólo han poseído la casa contigua que está unida al lote desde el 29 de abril de 1970, existiendo también prueba de los actos posesorios hechos, como se deduce de la sanción impuesta a Alvaro Enrique Giraldo que obra al folio 17 del cuaderno Nº 1".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan contra dicho fallo tres cargos, que la Corte entra ahora a estudiar y despachar.

Cargo primero

1. Mediante éste, los recurrentes acusan la sentencia del Tribunal de ser directa-

mente violatoria, por inaplicación, de los artículos 762, 775, 777, 1973, 2005 y 2006 del Código Civil; y de los textos 946, 952, 961, 964 y 969 *ibidem*, por aplicación indebida.

2. En desarrollo de la censura el casacionista sienta la siguiente premisa: que según lo acreditan las pruebas allegadas por la propia demandante, particularmente las declaraciones de rentas suyas y de su esposo, y las diligencias de interrogatorios absueltos por ella, "sin la menor duda" hay que dar por sentado que para el 28 de abril de 1970, vísperas de la firma de la Escritura 2131, la casa del Barrio Santa Teresita de Bogotá "y el eventual lote anexo en su parte posterior" eran ocupados por los demandados y a título de arrendamiento.

Asentado por él el anterior postulado, el casacionista se pregunta qué ocurrió el 29 de abril de 1970, día en que se firmó la Escritura Nº 2131 de la Notaría 1^a de Bogotá; para responderse, a renglón seguido, que ese día los demandantes compraron la casa, creyendo honestamente "comprar toda la casa y no parte de ella" pues no sabían ni tenían por qué saber que esa casa, "físicamente un todo, jurídicamente estaba integrada por dos inmuebles distintos"; y que si, como lo ha entendido la justicia, la Escritura Nº 2131 sólo se refiere a la casa y no al solar anexo, entonces es forzoso concluir afirmando que el 29 de abril de 1970 los demandados, por razón de la compra, "pasaron a ser verdaderos dueños y poseedores de la parte construida", pero continuaron siendo arrendatarios del lote contiguo, pues "en nada se modificó la situación anterior".

"Si el Tribunal llegó a la conclusión, —asevera la censura—, de que la escritura de compra que invocan en su favor los demandados no se refería al lote reivindicado, hay que llevar esa apreciación, justa o injusta, hasta sus últimas consecuencias. Porque es absurdo sostener que la escritura no se refirió para nada a la parte posterior del inmueble en cuanto adquirir derechos para los demandados, pero sí para convertirlos en poseedores de mala fe. Si la escritura, según el Tribunal, no se refirió a la parte interior de la casa, pues, bien, lo único lógico es concluir que la situación jurídica de ese lote en nada se

modificó por virtud de la escritura. En consecuencia, si la víspera eran arrendatarios del lote, el 29 de abril pasaron a ser dueños de la parte comprada y en la no comprada necesariamente siguieron siendo arrendatarios, calidad que la parte demandante probó con entusiasmo".

3. Puntualizando las violaciones de la ley que denuncian, dicen los impugnadores que se dejó de aplicar el artículo 777 del Código Civil, puesto que para que un tenedor se convierta en poseedor necesita una causa jurídica, y aquí, en relación con el lote reivindicado, "no existe ningún acto jurídico que justifique la transformación aludida. Luego —remata la censura— la consecuencia lógica es que hay que darle a los demandados el tratamiento correspondiente a la calidad jurídica" que les corresponde, es decir, de arrendatarios. "El error en que incurrieron, —añade la impugnación— por demás de absoluta buena fe, no es causa suficiente para constituir a los meros tenedores en poseedores cuandoquiera que la contraparte desvirtúa el ánimo de señor y dueño del pretendido pero apparente poseedor".

Partiendo de la premisa por él sostenido, el casacionista dice que si para la fecha indicada los demandados eran arrendatarios y no poseedores del inmueble, "al arrendador le quedaba la acción propia de restitución, acción ex-contrato que se establece precisamente para que una vez termine el contrato de arrendamiento restituya el bien arrendado"; que esa era, y no otra, la acción que tenía el arrendador, como lo establece el artículo 2005 del Código Civil, norma esta que se infringió al no aplicarla, como se quebrantaron también las de reivindicación porque se aplicaron sin ser las pertinentes, puesto que "la parte actora tenía que recurrir en primer término a la acción de restitución que para el arrendador nace como consecuencia de la terminación o violación del contrato de arrendamiento, tanto más cuanto que la hipotética causa de la terminación no afectó para nada al arrendador, pues sería un error del arrendatario, fenómeno que ni está instituido como causal de terminación del contrato ni, en la hipótesis de que tuviese relevancia jurídica, podría menguar en lo más mínimo los derechos del arrendador".

Se considera

1. La realización del derecho objetivo, que es en suma el fin esencial de la jurisdicción, la cumple el Estado, en cada caso con el pronunciamiento de una sentencia, mediante el proceso que surge del poder jurídico de acción que se ejerce con la demanda.

Como ya es sabido, la preparación o formación del material de decisión implica para el juez el deber de concretar su actividad, aunque con distinto grado de extensión, en la determinación y declaración, de una parte, de los hechos sobre los cuales juzga; y de otra, de las normas jurídicas que debe aplicar. Lo que da tanto como afirmar que el sentenciador, en su fallo, debe resolver sobre dos cuestiones que, si bien relacionadas entre sí, son sin embargo diferentes: la quaestio facti, que se contrae a saber si los hechos expuestos por las partes son verdaderos; y la quaestio juris, que consiste en decidir si existe una voluntad del legislador que atribuya a esos hechos probados los efectos jurídicos que el demandante o el demandado pretenden.

Y está averiguado igualmente que si, como efecto de la constitución de la relación procesal, la actividad del juez es limitada en las cuestiones de hecho, no ocurre lo mismo con las cuestiones de derecho, desde luego que cualquiera limitación en el punto, es decir en la elección y declaración de las normas jurídicas, resultaría claramente contraria a la función jurisdiccional, que es, se repite, la realización de los derechos subjetivos.

La sentencia, como actividad humana que es, está sujeta a quedar afectada por los desaciertos en que el juez incurra al discernir, ora la quaestio facti o ya la quaestio juris: así los unos como los otros constituyen lo que la doctrina viene llamando errores in judicando, que, por encarnar en ambos casos una sentencia injusta, pueden en principio corregirse al través del derecho de impugnación.

2. En los países cuyas legislaciones consagran el sistema de casación puro, este recurso extraordinario se establece para entender tan solo de las cuestiones de derecho, a tal punto que el examen de los hechos queda total y absolutamente elimi-

nado de su esfera jurídica. A la luz de dicho sistema, la actividad unificadora de la jurisprudencia la cumple la casación, pero con total prescindencia de la apreciación que de la cuestión fáctica haya hecho el sentenciador de instancia.

Otros sistemas positivos advirtieron la necesidad de abrir el campo de la casación, aunque excepcionalmente, para el examen de los hechos: se dice en ellos que si el juez parte de premisas falsas con relación a lo fáctico, y ese yerro motiva la transgresión del derecho, la casación no puede cumplir a cabalidad sus fines de nomofilaquia y de unidad interpretativa de la jurisprudencia. Establecióse así el sistema ecléctico, que es el que campea en Colombia, en el cual se autoriza en casación, si bien limitadamente, el examen de las cuestiones de hecho.

“Si bien el examen de los hechos —ha dicho la Corte— está, en principio, excluido del ámbito de la casación, a éstos puede sin embargo referirse el recurso, cuando la errada apreciación que de ellos haga el Tribunal al través del estudio de las pruebas es el medio que lo conduce a la violación de la ley sustancial” (auto de 9 de agosto de 1974, dictado en el proceso de Campo Elias Mora contra Freddy Fernández, no publicado).

3. No obstante ser indiscutible el anterior postulado, es preciso recordar empero que como la casación es un recurso contra la sentencia de instancia, que implica, por parte de la Corte, una revisión de la actividad in procendendo, o de la actividad in judicando desplegada por el juzgador de instancia frente a las precisas y determinadas pretensiones del demandante y a las excepciones del reo, dicho recurso extraordinario no puede rebasar los límites en que tal fallador la ejercitó; se violaría esta obvia restricción y se distorsionaría la naturaleza del recurso si en él se resolviese tesis distinta de la que en instancia, por determinación voluntaria de las partes, sometieran éstas extemporáneamente al juez de casación.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho, desde vieja data, que es improcedente formular cargos en casación con apoyo en cuestiones o medios nuevos; o sea, en aspectos fácticos que por no haberse planteado ni alegado en ninguna de las instancias del proceso, fueron desco-

nocidas por el sentenciador, y que, por consiguiente, sólo buscan que el litigio se solucione mediante el estudio por la Corte de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos de la demanda y su contestación.

Precisando el concerto de medio nuevo en este recurso, ha dicho la Corte que "Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, los demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados ni alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario. Un planteamiento legal o una alegación de determinada situación jurídica, no son un mero razonamiento o argumento emplazado en favor de una tesis, teoría o sistema, espacio en el cual —como se vio antes— no hay límites que demarquen la investigación .. Mas un planteamiento que, según se ha visto, no puede confundirse con las razones de puro derecho ni con los medios de orden público, se refiere directa o indirectamente a los hechos Quien invoca un medio nuevo no modifica sus pretensiones, sino que trata de alcanzar el mismo resultado buscado con la demanda, pero por una vía distinta. Funda su pretensión en una relación de derecho que había descuidado hacer valer en las instancias del juicio. Esa misma finalidad jurídica, basada en una relación de derecho no alegada en las instancias, es lo que puede calificarse de medio nuevo. Esto no implica que no se puedan aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter puramente jurídico que no se mezcle ningún elemento de hecho, lo que vale decir que los medios mixtos en que se mezclan elementos de hecho y de derecho no son aceptados en casación" (LXXXIII, 78).

4. En el caso de este proceso, si se consideran como deben considerase todo su decorso y la definida posición que los demandados asumieron durante él, para co-tejar estas dos circunstancias con los razonamientos en que hoy fundan el primer cargo que formulan contra la sentencia que combaten en casación, fuerza es aceptar que en ésta aducen medios cuya novedad es indiscutible por lo inequívoco, desde luego que con ellos cambian tardía y brus-

camente la postura que otrora asumieron en apoyo de sus defensa, alterando así gravemente los extremos en que desde su inicio quisieron que la relación jurídica se trataba.

En efecto. Los aquí recurrentes fueron demandados como poseedores del bien materia de la reivindicación; tal carácter atribuido a ellos en la demanda no solamente lo aceptaron al contestarla, sino que, con fundamento en él, propusieron la excepción de prescripción; con esa específica actitud afrontaron el litigio al expresar entonces claramente que como el lote materia de éste es parte integrante de la casa Nº 42-05 de la carrera 17 de Bogotá, al comprar ésta por la Escritura Nº 2131 de 29 de abril de 1970 su dominio se extiende a aquél; en procura de sentencia desestimatoria de la restitución suplicada por la demandante, los demandados adujeron pruebas tendientes a justificar su alegada posesión regular; continuaron luego pregonando su carácter de tales, como puede verse en los alegatos de bien probado presentados en la primera instancia; la sentencia proferida en ésta, con apoyo en las pruebas practicadas, los consideró como poseedores del inmueble y con esa base dictó su fallo; durante todas las alegaciones por ellos hechas en la segunda instancia, los demandados proclamaron también su calidad de poseedores del inmueble, que de antaño venían reiterando insistentemente.

Haciendo tabla rasa de su muy clara y definida posición jurídica de poseedores del inmueble, asumida por ellos en las dos instancias del proceso, pretenden hoy los demandados, en este restringido campo de la casación, que se los tenga como arrendatarios para que, como lo dicen expresamente, esa categoría de meros tenedores del bien sea tenida como razón suficiente para que, una vez quebrado el fallo recurrido, se dicte en instancia sentencia desestimatoria de la pretensión reivindicatoria. Es decir, que están buscando su defensa en casación con base en una relación de derecho que no solamente no alegaron en las instancias sino que la desconocieron en ellas, lo que, como ya está dicho, por alterar los extremos de la relación procesal, es una conducta desleal frente al demandante y al Tribunal y cuya conside-

ración y análisis están vedados en este recurso extraordinario.

5. No son necesarios, ciertamente, mayores razonamientos para concluir afirmando que la cuestión que hoy se presenta a la Corte a través del cargo que aquí se estudia, dista y en mucho de tipificar un argumento puramente jurídico esgrimido en defensa de una tesis, sino que, contrariamente, ella encarna un aspecto estrictamente de hecho, no invocado expressa ni implícitamente en las instancias como el límite que, por voluntad de las partes, demarcó la actividad *in judicando* que es objeto de censura en casación. Quien ha invocado posesión y luego en el recurso extraordinario alega tenencia, cuando comenzó por reconocer en el proceso no existir ésta, no está evidentemente haciendo un planteamiento jurídico estricto *sensu*, sino invocando tardíamente una relación material nueva, que no quiso o no pudo hacer valer en las instancias.

Y no se diga que la anterior conclusión carece de aceptación en el presente caso, en el cual la censura se formula por la vía directa, pues auncuando ciertamente el recurrente acude a ésta para formular el cargo, no lo es menos que monta su ataque a la sentencia sobre la única consideración de que el Tribunal de Bogotá reputó a los demandantes como poseedores, cuando, a juicio del censor, son arrendatarios, discrepancia que pone de manifiesto que no se trataría de violación directa sino de la indirecta de la ley sustancial.

6. Por lo expuesto, se le impone a la Corte rechazar este cargo, tal cual lo hará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Cargo segundo

1. Con él se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar directamente, por falta de aplicación, los artículos 768 y 769 del Código Civil, y el 964 *ibidem* por aplicación indebida.

2. Desenvolviendo esta censura el casacionista, luego de recordar que los demandados eran, en abril de 1970, tenedores del lote y no poseedores de él por falta de causa jurídica que justifique la transformación de la tenencia, dice que si esa causa se encuentra en el error que sufrie-

ron los demandados al creer que en la compra de la casa entraba la del lote contiguo, entonces "tal error no daría lugar sino a una aparente posesión, pues en el fondo sigue el reconocimiento del verdadero dueño desde luego que el contrato de arrendamiento sobre el lote de atrás vi gente el día en que se firmó la escritura de compra sobre la parte delantera del inmueble sigue vigente. En consecuencia, tal error no daría lugar a la verdadera posesión que se requiere para la prosperidad del proceso reivindicatorio".

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, dicen los impugnadores que si el apuntado error los trocó de tenedores en poseedores, no se les puede calificar de mala fe, pues no "estaban ellos en capacidad de saber que lo que aparentemente era un inmueble, en la realidad jurídica de los infolios del registro eran dos"; continúan diciendo que como por parte alguna aparece la mala fe, el "Tribunal no solamente la imaginó sino que desconoció el artículo 769"; que si hubiera aplicado esta norma, como correspondía, "la conclusión hubiese sido muy otra, pues aunque hubiese prosperado la reivindicación no se hubiese condenado en los frutos en la forma en que las sentencias de primera y segunda instancia lo hicieron, violando el Tribunal por indebida aplicación la norma que regula las prestaciones mutuas en este evento...".

Cargo tercero

1. Mediante éste los recurrentes acusan la sentencia de segundo grado de violar directamente, por interpretación errónea, el artículo 769 del Código Civil, el 768 *ibidem* por inaplicación, y el texto 964 de la misma obra por aplicación indebida.

2. Cree el casacionista, y en este aserto edifica cardinalmente la censura que aquí se considera, que la doctrina de la Corte que el Tribunal cita en apoyo de la conclusión de posesión de mala fe que frente a los demandados saca, fue mal interpretada por ese sentenciador.

Añade la censura que la jurisprudencia consistente en que la falta de título no permite generalmente presumir la buena fe, el Tribunal "la entendió en el sentido de que la falta de título excluye la buena

fe", lo que es jurídicamente inaceptable, puesto que, añade, "una cosa es que por regla general no permita presumirla y otra muy distinta que en todo caso de falta de título no hay buena fe". Que en el presente caso, en el supuesto de que llegue a considerarse a los demandados como poseedores, desconociéndoles su verdadera calidad de arrendatarios, "hay que aceptar que el fenómeno jurídico es muy complejo, pues frente a ellos operaría un error de hecho que serviría de causa para una intervención del título de mera tenencia en posesión", y que jamás puede calificárseles de mala fe; que ellos, los demandados, "han asumido en el proceso la posición que les dictaba su conciencia, siendo de advertir que la calidad de meros tenedores que les permitirá ganar el proceso, según el cargo primero, ellos ni siquiera la han esbozado, y si de ello se ha tratado en el recurso extraordinario es porque el demandante se encargó de probar esa decisiva circunstancia".

Rematando la formulación de este cargo, dicen los impugnantes que la correcta interpretación del artículo 769 citado permite calificar a los demandados como poseedores de buena fe para, en consecuencia, casar el fallo y hacerle las modificaciones pertinentes.

Se considera

1. Por cuanto los cargos segundo y tercero de la demanda de casación, destinados ambos a censurar la conclusión de la sentencia que consideró a los demandados como poseedores de mala fe, ostentan una deficiencia técnica que les es común, la Corte procede a examinarlos y despacharlos en conjunto.

2. *En repetidísimas ocasiones ha dicho 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.

Y así, exhaustivamente ha dicho la doctrina que la violación directa de la ley sustancial implica, 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 hubiera encontrado el juzgador, como consecuencia del examen de las pruebas.

"Corolario obligado de lo anterior es el de que, —dijo la Corte en sentencia de 20 de marzo de 1973— en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicadas, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (G. J. T. CXL, 141).

3. El contexto de la sentencia impugnada muestra que el Tribunal, al estimar que los demandados no tienen título alguno que justifique su posesión del lote, los calificó como poseedores de mala fe y con esta base reguló las prestaciones mutuas consecuenciales a la prosperidad de la reivindicación. Dijo al efecto que "el hecho de que por Escritura 2131 se les hubiera transferido la casa 42-05 de la carrera 17, no significa que poseyeran el lote contiguo que tenía extensión diferente, titulación diferente y al cual no se refería esta escritura".

De la sola lectura de los dos cargos en estudio se advierte que, muy a pesar de haberse formulado ambos por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que, al contrario de lo que

dice el Tribunal, las pruebas demuestran que son poseedores de buena fe. Es decir, que estas dos censuras se edifican sobre presuntos errores que, en punto de la calificación de la fe de los poseedores, habría cometido el *ad quem* en la apreciación de las pruebas pertinentes; lo cual significa que por no corresponder la sustentación de los cargos a la naturaleza de los ataques con ellos formulados, las dos acusaciones resultan imprósperas.

Puesto que si la calificación de la buena o de la mala fe hace el sentenciador tiene sus fundamentos en una serie de factores subjetivos, que, con asiento en el acervo probatorio, lo conducen a esa convicción, el juicio del fallador en ese aspecto es una cuestión de hecho que corresponde al sentenciador de instancia, y que no puede ser desatendida en casación sino cuando se demuestre que al hacerlo el Tribunal incurrió en un evidente error de hecho o en uno de derecho, lo que sólo sería posible a través de una acusación por violación indirecta. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, entre otras, en las siguientes sentencias de casación: febrero 18 de 1964, CVI, 105; agosto 13 de 1965, XCII, 459; junio 7 de 1966 y 2 de julio de 1976, (no publicadas aún estas dos últimas).

4. Y en el supuesto de que, con criterio de amplitud, pudiera decirse que a pesar de la claridad que los dos cargos ostentan tanto en su planteamiento como en su desarrollo, fue intención del casacionista formularlos por violación indirecta de la ley sustancial, que es la vía pertinente, tampoco podría la Corte entrar a su estudio

de fondo, puesto que, en primer lugar, no se individualizan en ninguno de ellos las pruebas que habrían sido mal apreciadas por el sentenciador; y, en segundo, no se indica si los presuntos yerros fueron de hecho o de derecho, tal cual lo ordena el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

5. Por lo dicho, procede también desestimar estos dos cargos.

IV

Decisión

Habida cuenta 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 de fecha 29 de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario

ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

Prueba del estado civil de la persona. Calidad de heredero. Elementos de la posesión notoria de hijo natural

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 12 de mayo de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario de filiación natural suscitado por Margarita Sánchez frente a Alcides Rusinque.

I

El litigio

1. En demanda admitida por el Juez Circular del Circuito de La Dorada el 12 de julio de 1976, Margarita convocó a proceso al menor Alcides Rusinque, representado por su madre natural Georgina Olaya, para que, rituado el proceso ordinario, se la declarase, para todos los efectos civiles, hija natural de Alcides Rusinque Bolaños, fallecido en La Dorada el 13 de mayo anterior, y para que, consecuencialmente, se hiciesen en el registro civil las anotaciones correspondientes.

2. Como hechos de la *causa petendi*, en síntesis, expresa la demandante que ella nació el 29 de septiembre de 1935, en La Dorada, y en el hogar formado por Alcides Rusinque y Manuela Sánchez; que Alcides la trató como a hija suya desde el nacimiento hasta los últimos instantes de su vida y que siempre la reconoció como a su hija, lo que también hizo por escrito en varias cartas que se conservan.

3. Tramitada la primera instancia con oposición del demandado, se dictó el fallo de 16 de agosto de 1977 en que se rechazan las pretensiones de la demanda. Apelada esta providencia por Margarita Sánchez, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante sentencia de 12 de mayo último, la revocó y, en su lugar, acogió la demanda de filiación natural. Entonces, la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

II

Motivación del fallo del Tribunal

El *ad quem* encuentra que la demanda introductoria del proceso se apoya en dos de las causales de paternidad natural: la existencia de escritos que contienen declaración inequívoca por parte de Alcides Rusinque de ser el padre de Margarita, y la posesión notoria del estado civil de hija natural.

Expresa luego el Tribunal que la primera de estas dos causales no está demostrada porque, en síntesis, la autenticidad de las cartas suscritas por Alcides y allegada al proceso fue desconocida por su hijo demandado (Arts. 252-3º y 289 del C. de P. C.). En tales circunstancias "los documentos de fls. 6, 7 y 8 del cuaderno principal, no tienen ningún valor de convicción, porque la parte demandante, quien los trajo al proceso, no probó su autenticidad, que le fue negada por el causahabiente del otorgante ya fallecido".

Enseguida analiza la causal de posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante respecto de Alcides Rusin-

que Bolaños, y la encuentra plenamente probada con las declaraciones de María Oliva Rusinque (fls. 3 y 6 del cuaderno 5º), Paulino Guerrero (fls. 8 vto. del mismo cuaderno), Marco Antonio Beltrán (fls. 10 *ibidem*), Amparo Rusinque (fls. 16 vto. *ibidem*), Matilde Elvira Rusinque (fls. 19 del mismo cuaderno), Higinio Lozano (fls. 22 *ibidem*), y Emilio Jiménez (fls. 24), quienes en conjunto deponen que, desde antes del nacimiento de la demandante, Alcides hacía vida marital con la madre de ésta y que con ella cohabitó también varios años después; que desde el nacimiento de aquélla, Alcides la trató siempre como a hija suya; que desde muy niña la llevó a casa de su madre y de sus hermanas para que le dieran educación; que la presentó como hija suya y sufragó los gastos de su crianza; que a nombre de ella abrió cuenta de ahorros que llegó a ascender a más de \$ 100.000,00; que le escribió cartas con frecuencia y la llamó para que lo asistiera en su última enfermedad y, en fin, que con ella se portaba como padre ante familiares y extraños.

Dando la razón del acogimiento de este grupo de testimonios, el Tribunal expresa:

"Por la claridad de las declaraciones transcritas que cobijan un lapso de 40 años, desde el nacimiento de Margarita Sánchez hasta la muerte de Alcides Rusinque, se puede deducir la posesión notoria del estado de hija de Margarita Sánchez con respecto a Alcides Rusinque Bolaños, y de ella se debe presumir la paternidad natural de éste. El trato, del que se deduce la paternidad, está probado esencialmente por la declaración de Amparo Rusinque, quien lo presenció durante toda la vida de la hija, y cuyo testimonio se encuentra reafirmado por los de Paulino Guerrero Muñoz e Higinio Lozano para los primeros años y por los de María Oliva Rusinque, Marco Antonio Beltrán, Matilde Elvira Rusinque y Emilio Jiménez, después.

"Hay, además, una serie de hechos que respaldan la deducción que acaba de hacerse:

"a) Como puede verse a fls. 2 del cuaderno Nº 2 y 11 del mismo, el 26 de julio de 1957 el señor Alcides Rusinque abrió una cuenta de ahorros a nombre de Mar-

garita Rusinque, para ser manejada, como se dice en las constancias del Gerente de la Caja de Crédito Agrario de La Dorada '.... por el padre de la menor, Alcides Rusinque'. Pues bien, a ésta, que desde luego es una prueba de que el causante Rusinque Bolaños admitía tener una hija de nombre Margarita, se enfrenta el demandado con el argumento de que no se trata de Margarita Sánchez, puesto que allí claramente se expresa que es Margarita Rusinque. Pero, en dónde se encuentra esta persona? Cuándo el mismo demandado se ha preocupado de traer al proceso testimonios de que el causante no tenía más hijos que él, Alcides Rusinque Olaya, y sobre todo, si como consta a fls. 1 fte y vto. del cuaderno Nº 3 el único heredero reconocido dentro del proceso sucesorio de Alcides Rusinque Bolaños es el señor Alcides Rusinque Olaya? Cómo sostener, entonces, que la cuenta de ahorros se abrió para una hija llamada MARGARITA RUSINQUE, esto es, reconocida o legítima, si ella no aparece? Es más lógico aceptar que la apertura de la cuenta se hizo para Margarita Sánchez, a quien Alcides Rusinque consideraba su hija, y como lo informan diferentes testigos, entre ellos Emilio Jiménez (fls. 24 Cdno. Nº 5), quien da cuenta de todo lo relativo a ese hecho.

"b) Como bien lo dedujo el *a quo*, los testimonios de Amparo, Matilde Elvira y María Oliva Rusinque no son sospechosos puesto que entre Margarita Sánchez y los testigos no hay ningún parentesco establecido, por el contrario, si de esta relación pudiera hablarse, se presentaría con respecto al demandado, quien es reconocido como hijo natural de Alcides Rusinque B., hermano y tío de los deponentes. De allí que las versiones de las declarantes antes que sospechosas, adquieran por lo anterior más fuerza y mayor entidad.

"c) La deposición de Matilde Elvira no pierde tampoco autoridad porque instauró un proceso contra la misma sucesión buscando el reconocimiento de la paternidad para sus hijos menores, puesto que, como bien lo anotaba el apoderado del demandado, la declaración de paternidad que en este proceso se hiciera, en lugar de favorecer a sus hijos los perjudicaría patrimonialmente.

"d) Hay, además, en el proceso una prueba que escapó a la percepción del Juez del conocimiento, prueba que de cierto modo influye en la decisión que habrá de tomarse.

"Ocurre que el señor Alcides Rusinque Bolaños reconoció al señor Alcides Rusinque Olaya en declaración rendida ante el Juez Promiscuo de menores de La Dorada, cuya copia, en prueba decretada de oficio, se incorporó a este proceso y es visible a fls. 3 fte. y vto. del Cdno. Nº 4. Pues bien, en ella, luego del reconocimiento aludido, cuando al interrogado se le preguntó por las personas a su cargo, contestó: 'Tengo seis hijos y mi esposa'; declaración que en manos de un funcionario más acucioso debió propiciar nuevas preguntas que permitieran precisar los nombres de los hijos, y talvez con ello, hubiera evitado este proceso. De todas formas, en los términos en que aparece emitida la declaración, si bien no permite deducir la filiación para ninguna persona, sí agrega nuevos elementos, con calidad de inobjetable, pues debe entenderse a partir de aquélla, que el causante Alcides Rusinque Bolaños no tuvo un solo hijo natural, sino seis. Este hecho deducido, da al proceso una nueva perspectiva, por la que los testigos que se refieren a la relación de padre a hija entre Alcides y Margarita aparecen así con más asidero. Por ejemplo: Nótese cómo la cuenta de ahorros abierta a nombre de Margarita Rusinque, para ser manejada por su padre Alcides Rusinque, ante la confesión de éste, en el sentido de que tiene seis hijos y no tiene esposa, claramente pone en evidencia, que la hija para la cual abrió dicha cuenta de ahorros no es una hija legítima sino una natural, de nombre Margarita. Añádese a ello que la respuesta dada por Rusinque Bolaños, se refiere a la pregunta que le hizo la Juez sobre las personas que tenía a cargo, de donde claramente se deduce que esos hijos eran sostenidos por él; y a la luz de tal manifestación las declaraciones que dan cuenta de las ayudas económicas que aquél prodigaba a Margarita toman por ello una fuerza incontrastable. De la misma manera que las declaraciones recepcionadas a petición de la demandada, a personas que afirman haber conocido y tratado a Alcides Rusinque Bolaños, quien, según ellos, no tenía más

hijos que Alcides Rusinque Olaya, aparecen refutadas por el propio causante, quien de paso deja sin piso la posición adoptada por el demandado".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

La censura está integrada por dos cargos que se apoyan en la causal primera, ambos fundados en errores fácticos.

Cargo primero

Se hace consistir en violación indirecta de las siguientes disposiciones:

"Artículos 1º, 2º, 5º, 101, 102, 104, 106, 112 del Dto. Ley 1260 de 1970, por falta de aplicación.

"Artículos 6º, 403, 404, 1740, 1741, 1760 del Código Civil, por falta de aplicación.

"El artículo 399 del Código Civil, por aplicación indebida.

"Los artículos 4º numeral 6º de la Ley 45 de 1935, 6º numeral 6º de la Ley 75 de 1958, por aplicación indebida.

"Artículo 6º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida.

"El artículo 9º de la Ley 75 de 1968 por aplicación indebida.

"Los artículos 10, regla primera, y 15 de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación.

Dice el censor que los quebrantos denunciados tienen manantial en que el Tribunal erró de hecho al dejar de ver que no se acreditó legalmente que el demandado Alcides Rusinque Olaya tenga la calidad de hijo natural del difunto Alcides Rusinque Bolaños, pues el acta civil de nacimiento de aquél, que obra a fl. 14 del cuaderno principal, sólo ostenta nota marginal relativa a que fue judicialmente declarado hijo natural por sentencia del 14 de enero de 1971. "En ninguna parte existe constancia de que tal acta hubiera sido suscrita por Alcides Rusinque Bolaños". Que también erró de hecho el Tribunal, pues en la demanda sólo se invoca la causal del numeral 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 y aquel "le dio un carácter extensivo al considerar que había invocado la pose-

sión notoria”, siendo que en la demanda no hay una sola cita de norma de derecho que permita sacar tal conclusión. Finalmente, agrega el impugnante que no es debida la forma del libelo demandador, pues no se presentan separadamente los hechos de la *causa petendi*, no se indicó el lugar en que el demandante recibiría notificaciones personales y hay notoria imprecisión sobre las causales que se invocan.

De todo lo dicho concluye que “hay ausencia de la legitimación pasiva, como presupuesto de la pretensión; ausencia del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte del demandado; y existe ausencia del presupuesto procesal de la demanda en forma. Situaciones que se hallen gobernadas por principios de orden público, y que el Juez tiene el deber jurídico de examinar oficiosamente. De esa obligación o deber jurídico procesal, no se hallan librados los juzgadores de segundo grado, pues son deberes impuestos por normas de orden público y ellas obligan a todos los sujetos del complejo de relaciones jurídico procesales, conforme con el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil”.

La Corte considera

1. Una cosa es el *estado civil de las personas* y otra su prueba. Los hechos, actos o providencias que determinan el *estado civil*, otorgan a la persona a quien se refieren, una precisa situación jurídica en la familia y la sociedad y la capacitan para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. El *estado civil*, pues, surge una vez se realicen los hechos constitutivos del mismo, como nacer de padres casados, o inmediatamente ocurra el acto que lo constituye como el celebrar matrimonio, o, en fin, cuando queda en firme la sentencia que lo determina, como en el caso de la declaración judicial de paternidad natural. Un determinado *estado civil* se tiene, entonces, por la ocurrencia de los hechos o actos que lo constituyen o por el proferimiento de la respectiva providencia judicial que lo declara o decreta. Pero estos hechos, actos o providencias que son la fuente del *estado civil*, sin embargo no son prueba del mismo, porque de manera expresa el legislador dispuso que “el *estado civil* debe constar en el registro del

estado civil” y que “los hechos y actos relacionados con el *estado civil* de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos (artículos 101 y 105 del Decreto 1260 de 1970). De consiguiente, el *estado civil de hijo natural* no se demuestra con copia de la escritura pública en que el padre reconoció al hijo, ni, en su caso, con copia de la sentencia judicial que declare la paternidad natural; ese *estado civil* se demuestra con la copia del acta del *estado civil* que, una vez definida legalmente la paternidad natural, debe asentarse el notario, de la manera indicada en el artículo 60 del Decreto precitado.

Resumiendo la prueba del *estado civil* es la copia del acta o folio del respectivo registro civil y no la providencia judicial o los actos o hechos que lo determinen.

2. También son cosas distintas el *estado civil* y la calidad de heredero, por lo cual no pueden confundirse uno y otra.

A pesar de que, con algunas excepciones, la vocación sucesoria en las sucesiones intestadas se funde en los nexos de parentesco con el causante, es decir que ciertos estados civiles como los de hijo legítimo o natural, determinan el derecho a suceder ab intestato al padre, esa sola circunstancia no confiere el título de heredero a quien ostenta el respectivo *estado civil*. En efecto: para ser heredero de una persona difunta no basta con ser llamado a la sucesión, es decir con tener vocación sucesoria, sino que es menester aceptar la herencia deferida, pues quien no la acepta, a pesar de que con ello en nada se modifica su *estado civil*, definitivamente renuncia a obtener el título de heredero.

De lo expuesto conclúyese que aunque ordinariamente el *estado civil* de una persona puede llegar a determinar su calidad de heredero, una y otro no están ligados de tal manera que necesariamente el primero determine la segunda. Como en el sistema colombiano el asignatario tiene libertad para aceptar o repudiar la herencia que se le defiere, la calidad de heredero ab intestato no se demuestra con la sola comprobación del nexo de consanguinidad existente entre el llamado a suceder y el causante, sino que debe acreditarse

también la aceptación de la herencia por parte de quien tiene vocación sucesoria. Por tanto, una es la prueba del estado civil de una persona y otra la de su calidad de heredero.

Ahora bien, la Corte ha enseñado que esta última calidad, tanto en las sucesiones testadas como en las intestadas, puede acreditarse con copia del auto en que el Juez que conoce de la sucesión hace el reconocimiento de herederos. De consiguiente, al hijo natural que pretenda demostrar su calidad de heredero en proceso distinto al de sucesión, no se le exige excluyentemente la prueba de su estado civil de hijo natural y la aceptación de la herencia, sino que le basta, para acreditar su posición de heredero, aportar copia del auto en que se le reconoció como tal dentro del respectivo proceso de sucesión.

3. Entonces, apareciendo a folios 1 del cuaderno 3 la copia del auto mediante el cual se declaró abierto el proceso sucesorio de Alcides Rusinque Bolaños y se reconoció como su heredero al menor Alcides Rusinque.

Olaya, hijo natural suyo, la censura del casacionista con relación a la copia del acta de nacimiento de éste, resulta lanzada en el vacío, más si se tiene de presente que el menor fue llamado a responder de la pretensión de filiación natural deducida por Margarita Sánchez, no por ser hijo natural del presunto padre, sino por tener la calidad de heredero de éste que es la que verdaderamente lo legitima para ser la parte demandada.

4. Más aún, dejando de lado las consideraciones anteriores, la circunstancia de que el punto tratado en la demanda de casación no hubiera sido objeto de discusión en las instancias y que el demandado no hubiera objetado su calidad de heredero que siempre aceptó, constituiría un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario.

5. Sin piso resulta también el error de hecho atribuido al Tribunal en cuanto dedujo que se invocó la causal de posesión notoria y no exclusivamente la existencia de escritos que contienen declaración inequívoca de paternidad.

La demanda introductoria del proceso no es modelo en su especie, pero basta leer

los lacónicos hechos de la *causa petendi* para concluir que el Tribunal hizo interpretación de la demanda que no puede calificarse de arbitraria. En efecto, allí la demandante, como fundamento de la paternidad demandada, no sólo alega la existencia de cartas de su padre presunto en que la trata como hija, sino que expresa también que desde su nacimiento fue reconocida por aquél como su descendiente, "concediéndole sus afectos y confiándole sus intereses", con lo que indudablemente quiso expresar que gozó de posesión notoria de hija natural.

6. Por último, las irregularidades que ostenta la demanda y de las que el demandado sólo reclama ahora, quedaron saneados al tenor de lo dispuesto en el último inciso del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por no haber sido reclamadas oportunamente por medio de los recursos legales.

El cargo no prospera.

Cargo segundo

Denuncia infracción indirecta, también a causa de errores de hecho, de las siguientes normas:

"El artículo 399 del Código Civil, por falta de aplicación.

"Los artículos 4º, numeral 6º de la Ley 45 de 1936, numeral 6º de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida.

"El artículo 6º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida. Artículo 9º de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida.

"El artículo 10º inciso segundo de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación, inciso primero del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, por falta de aplicación".

Expresa el censor que el Tribunal ponderó erradamente los testimonios de Marta Oliva Rusinque, Paulino Guerrero, Marco Antonio Beltrán, Amparo y Matilde Rusinque, Higinio Lozano y Emilio Jiménez, pues con ellos dio por demostrada la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante, siendo que los artículos 6º de la Ley 45 de 1936, 10 de la Ley 75 de 1968 y 399 del Código Civil exigen que aquélla se demuestre por "un conjunto de testimonios serios, verdade-

ros, fidedignos, que no sean sospechosos, que ninguno tenga interés en otro proceso de filiación que adelante el mismo apoderado".

Critica luego el censor los testimonios diciendo que Amparo Rusinque, por su edad (78 años), debe tener su memoria totalmente disminuida y "no habla en su declaración del trato, ni de la fama, ni de periodo de tiempo, no sabe de comunicaciones entre Alcides Rusinque y Margarita Sánchez", por lo cual ese testimonio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no puede reunir las exigencias del artículo 399 del Código Civil, situación que puede predicarse del conjunto de testimonios que tomó el Tribunal como soporte de la declaración de paternidad. Se pregunta el censor de dónde infirió el Tribunal que Alcides diera Educación a Margarita indicando los respectivos planteles de educación; de dónde que la hubiera establecido, o atendido a su subsistencia; de dónde que los deudos y amigos o el vecindario en general la consideraran hija de Alcides. Concluye, entonces, que el testimonio de Amparo Rusinque, por su edad, es sospechoso y dudoso; que, en una palabra, los testigos no son exactos ni completos y que no dan la razón de la ciencia de su dicho, por lo cual no quedó establecido plenamente el tiempo mínimo de duración de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil.

Después dice que la cuenta de ahorros de Margarita Sánchez, sin prueba alguna de la identidad, la tomó el Tribunal como cuenta de Margarita Rusinque; que de la declaración rendida ante el Juez de menores, que en fotocopia obra a fl. 3 del cuaderno 4, no se infiere ningún elemento de esa posesión; que, en cambio, existe indicio contra la demandante, nacido de haber aportado "documentos dudosos con el fin de justificar su paternidad natural".

Para concluir, el censor expresa que los "testimonios en que fundamentó su fallo el Tribunal, no son exactos, responsivos y completos; son sospechosos —una declarante tiene el mismo apoderado en proceso de filiación, Matilde Elvira Rusinque—, no dan la ciencia de su dicho, y por consiguiente, no constituyen un conjunto fidedigno que demuestre la posesión de estado en forma IRREFRAGABLE".

La Corte considera

No puede compartir la Corte el fuerte ataque que el recurrente hace el contenido de los testimonios que, fundamentalmente, sirvieron de base al Tribunal para acoger la causal de paternidad natural que se deduce de la posesión notoria de hijo, porque no es argumento suficiente para rechazar una declaración el mero hecho de que el testigo tenga 78 años, más si los hechos presenciados no requieren una especialísima recordación como sucede con los diarios y continuos en que el padre da trato de hijo a quien pasa por su descendiente y más si el testigo por su cercano parentesco con aquél estuvo en posibilidad de percibir mejor los hechos que son materia de su declaración. De otra parte, no puede extremarse el rigor en el análisis de los testimonios en procesos como éste, a tal punto que cada testigo declare sobre la totalidad de los elementos configuradores de la posesión de estado o que no pueda sumarse el tiempo en que un testigo presenció unos hechos el de que otro fue presencial. Además, es evidente que los elementos de la posesión notoria de hijo natural: tractatus, fama y tempue deben estar acreditados a plenitud, pero no se puede decir lo mismo de cada una de las circunstancias que conforman el trato y la fama, ya que ello entrañaría notoria injusticia, por ejemplo, con el hijo que por haber quedado huérfano desde la edad de cinco años estaría en imposibilidad de probar que fue educado y establecido a costa de su padre, o con el que por vivir en territorio muy alejado del que habitaban los deudos de aquél, aunque haya sido criado, educado y establecido por éste y no obstante que los amigos y el vecindario en general lo hayan reputado hijo a virtud de ese tratamiento, no podría demostrar que los parientes de su padre también lo reputaron así.

Para la Corte, estudiadas las versiones de los testigos que analizó el Tribunal, no existe error evidente de hecho en concluir que la demandante acreditó posesión notoria del estado de hija de Alcides Rusinque, pues de lo atestiguado por aquéllos se concluye que el presunto padre, ante deudos, amigos y vecinos, de manera pública y constante, trató a aquéllo como hi-

ja suya, proveyendo a su crianza y educación.

Conviene repetir lo que la Corte dijo en fallo del 23 de septiembre de 1973 (G. J. CXLVII, pág. 77):

"Y como la posesión notoria del estado de hijo natural es en muchas ocasiones el medio único que tienen los interesados para demostrar la paternidad demandada, la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla, siempre que del conjunto de ellas emerja claramente, se establezca de un modo irrefragable, que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del dominio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento.

— "No es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refieran siempre a actos posesorios que hayan durado por más de 5 años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a aquéllos digan relación, el total comprenda lapso mayor y continuo de 5 años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen explícitamente que la duración de la posesión fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permiten llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir 5 años de edad el hijo que desde su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento. Basta en el particular que el pa-

dre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que 'basta que los hechos se extiercen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo el demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparon de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas'". (G. J. CVI, 140).

Por lo expuesto este segundo cargo tampoco prospera.

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 12 de mayo de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario de filiación natural suscitado por Margarita Sánchez frente a Alcides Rusinque. Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Proposición jurídica completa. La promesa de celebrar un contrato de compra-venta y el contrato de compraventa. Diferencias

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Osina Botero).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante principal contra la sentencia de 12 de junio de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Fermín Sanz de Santamaría contra Eccehomo Olaya Castillo.

Antecedentes

I. Por libelo de 27 de mayo de 1976 solicitó el referido demandante que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que el demandado incumplió la promesa de contrato de compraventa celebrada con el demandante, al no haberse presentado aquél el 7 de abril de 1975 a la Notaría Trece del Círculo de Bogotá a suscribir la correspondiente escritura pública.

b) Que el aludido contrato de promesa no contiene "obligación alguna exigible" respecto del demandante y, por consiguiente, éste "está exonerado de la oferta que hizo de transferir el dominio y posesión del lote de terreno" prometido en venta.

c) Que la suma de \$ 500.000.00 que el prometiente vendedor Fermín Sanz de Santamaría recibió de su comprador Eccehomo Olaya Castillo, con motivo del contrato de promesa entre ellos celebrado, le pertenece a aquél.

d) Que el contrato de compraventa prometido, por carecer de formalidades y no haber tenido cumplimiento, "carece de toda fuerza legal".

II. Como presupuestos de hecho de la pretensión, el libelista refiere los siguientes:

a) Que el 4 de febrero de 1975, demandante y demandado celebraron un contrato de promesa de compraventa de un bien raíz denominado "Los farallones", ubicado en el Municipio de Sasaima y se estipuló que la correspondiente escritura pública se otorgaría en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá el 7 de abril de 1975 a las 11 a. m.

b) Que con anterioridad al plazo antes dicho, el demandado le solicitó al demandante que lo prorrogara, sin llegarse a acuerdo alguno sobre el particular.

c) Que en la fecha y hora convenidas en la promesa, Fermín Sanz de Santamaría se presentó a la Notaría Trece del Círculo de Bogotá y "allí presentó los comprobantes que tenía en su poder para firmar la escritura", solicitándole al Notario "que le entregara la constancia correspondiente", lo cual se consignó en Escritura Pública número 648.

III. El demandado, fuera de responder el libelo, negando unos hechos, admitiendo otros, oponiéndose a las súplicas y formulando las excepciones que denominó de inepta demanda, contrato no cumplido e ilegitimidad de personería, por separado en demanda de reconversión pidió que se hiciesen las declaraciones siguientes:

a) Que se declare resuelto el contrato de promesa por incumplimiento del pro-

metiente vendedor Fermín Sanz de Santamaría.

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se le condene a pagar a Eccehomo Olaya la suma de \$ 1.000.000,00, correspondiente al valor doblado de las arras estipuladas.

c) Que se condene al mencionado Sanz de Santamaría a pagar las costas del proceso.

IV. Como hechos de esta pretensión, el contrademandante refiere los siguientes:

a) Que mediante contrato de promesa de compraventa celebrado el 4 de febrero de 1975 entra Fermín Sanz de Santamaría y Eccehomo Olaya, aquél se obligó a venderle y transferirle a éste la finca denominada "Los Farallones", con una extensión de 400 fanegadas, situado en el Municipio de Sasaima, habiéndose estipulado que la escritura pública contentiva del contrato prometido se otorgaría y suscribiría en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá el 7 de abril de 1975 a las 11 a. m.

b) Que conforme a la cláusula sexta del contrato de promesa, Fermín Sanz de Santamaría, se obligó "a entregar el inmueble libre de pleitos, embargos, limitaciones o condiciones resolutorias del dominio, gravámenes y arrendamientos por escritura pública, en paz y salvo para con el Tesoro Municipal . . .". Sin embargo, de acuerdo con el "certificado número 63, expedido por el Registrador I.I. P.P. de Facatativá, a la fecha en que se debía firmar la escritura, el predio de propiedad de Fermín Sanz de Santamaría, soportaba los siguientes gravámenes: embargo decretado por el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá; embargo decretado por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá y una demanda registrada decretada por el Juzgado 1º Civil Municipal de Bogotá".

c) Que al tenor de la misma cláusula, el mencionado Sanz de Santamaría afirmó que sobre el mismo inmueble solamente existía un gravamen hipotecario a favor del Banco Ganadero. Empero, los certificados números 51 y 63, expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos de Facatativá, demuestran otra cosa.

d) Que en cumplimiento de lo acordado en la cláusula séptima del contrato de promesa, el prometiente vendedor Sanz de Santamaría le entregó al prometiente com-

prador Olaya Castillo el certificado de libertad N° 51, expedido por el Registrador de Facatativá, en donde se dice "que del diecisésí de enero de mil novecientos setenta y cuatro a hoy la finca de que se trata en lo que se refiere a Fermín Sanz de Santamaría no aparece con embargos, demandas, censo, anticresis, movilización, patrimonio, arrendamiento, condiciones resolutorias, limitaciones del dominio y no ha sido enajenada por Fermín Sanz de Santamaría. En cuanto a hipotecas, aparece vigente, la relacionada con el punto 3º del certificado que se complementa. Lo certifica con vista en los libros de anotación de hipotecas, embargos, demandas, primero, patrimonio y de acuerdo con sus índices. En Facatativá a diecisiete de febrero de mil novecientos setenta y cinco".

Entonces, a pesar de lo pactado en la cláusula sexta del contrato de promesa, el predio objeto de la misma se encontraba afectado con algunos embargos y demandas.

e) Que el prometiente comprador se presentó a la Notaría Trece del Círculo de Bogotá el 7 de abril de 1975 con el propósito de cumplir con las obligaciones de su cargo y, en esa misma fecha se presentó a la misma Notaría el prometiente vendedor, quien con el ánimo de burlar las obligaciones que le incumbían, puesto que sin esperar la concurrencia del otro contratante, suscribió la constancia contenida en la Escritura número 647.

f) Que el incumplimiento del prometiente vendedor le ha ocasionado graves perjuicios a su prometiente comprador.

V. Enterado el contrademandado de las anteriores pretensiones, consignó su respuesta en el sentido de negar los hechos y de oponerse a las súplicas formuladas.

VI. La primera instancia terminó con sentencia de 18 de agosto de 1977, mediante la cual el fallador se inhibió de hacer un pronunciamiento de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, decisión que fuera recurrida por el demandado, habiendo culminado la segunda instancia con sentencia de 12 de junio de 1978 en la que se resolvió revocar la impugnada y declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa, con las consiguientes restituciones mutuas.

VII. Inconforme la parte demandante principal con la resolución precedente, interpuso el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el sentenciador de segundo grado refiere los antecedentes del litigio y da por establecidos los presupuestos procesales, se ocupa enseguida del análisis de los medios de convicción, especialmente del documento contentivo del contrato de promesa de compraventa, de los certificados Nos. 51, 63 y 1050 expedidos por el Registrador de II. PP. de Facatativá, de algunos oficios de desembargo y de todo esto concluye que la convención de promesa se encuentra afectada de nulidad absoluta, comoquiera que para la fecha de su celebración el bien objeto de la misma se encontraba embargado y, por ende, fuere del comercio.

Una vez que cita algunos tratadistas y doctrinas de la Corte, afirma el Tribunal que no se requiere para decretar la nulidad y dar aplicación a los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 1740, 1741, 1902, 1521 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, "que previamente se otorgue la escritura pública de enajenación del inmueble, para que el juez deba declarar la nulidad de la enajenación por objeto ilícito ... porque a aquel extremo es no solamente exagerar el sentido de las disposiciones dictadas si no forzar el contratante cumplido, a buscar el otorgamiento de una escritura que de antemano se sabe es nula, de nulidad absoluta, haciéndose más onerosa su defensa".

Finaliza el sentenciador *ad quem* sosteniendo que "demostrado que el tiempo en que debía otorgarse la escritura pública de compraventa del inmueble que relaciona la promesa suscrita por las partes, el bien se hallaba fuera del comercio por embargo judicial, se impone declarar la nulidad absoluta de la enajenación allí convenida, con sus consecuencias".

La demanda de casación

Dentro del marco de la causal primera, dos cargos formula el recurrente contra

la sentencia del Tribunal, los cuales serán estudiados conjuntamente.

Cargo primero

Denuncia quebranto de los artículos 1521-4 y 1502-3 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Como elementos de convicción dejados de apreciar por el sentenciador *ad quem*, señala el censor los siguientes:

"a) Oficio número 1060 del 16 de octubre de 1975, dirigido al señor Registrador de Facatativá por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, dándole cuenta de que por auto de fecha 17 de noviembre de 1970 (se subraya) se decretó el desembargo del inmueble embargado mediante oficio número 1125 de 13 de junio de 1967, registrado el 14 de junio de 1967 en el libro de embargos, folio 005 de los 101 del tomo 1º (folio 21 del Cdno. sin número).

"b) Copia auténtica de la petición presentada en el Juzgado Veinte Civil del Circuito por el apoderado del Banco Cafetero y el demandado Fermín Sanz de Santamaría, pidiendo conjuntamente el desembargo de los bienes trabados. Dicha solicitud fue llevada al Juzgado personalmente por los únicos litigantes en el proceso ejecutivo donde se decretó la medida del embargo, el día 5 de octubre de 1971.

"c) Copia auténtica del oficio número 696 del 10 de noviembre de 1971 dirigido al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Facatativá, en el sentido de comunicarle el desembargo decretado en auto del 15 de octubre de 1971 en relación con el inmueble embargado mediante oficio 088 de febrero 8 de 1971. (Se vuelve a subrayar).

"d) Copia auténtica del oficio número 977 de septiembre 6 de 1975 dirigido al mismo Registrador por el Juzgado Veinte Civil del Circuito, reiterándole que por auto del 2 de junio de 1975 se ordenó liberar oficio comunicándole el desembargo antes decretado y comunicado por oficio número 088 de febrero 8 de 1971, antes citado. (folios 24 del C. sin número).

"e) Copia auténtica de la petición presentada el 8 de julio de 1968 por los apo-

derados de los señores Max Zangen y Fermín Sanz de Santamaría, para informarle al Juzgado que de común acuerdo daban por terminado el proceso ordinario en curso y pedían el levantamiento de la inscripción de la demanda. (folio 28 del mismo C.).

"f) Copia auténtica del auto del Tribunal Superior proferido el 24 de julio de 1968, providencia que admite la anterior petición y ordena el levantamiento del registro de la demanda. (folios 29 y 54).

"g) Certificado del Juez Primero Civil del Circuito en el que consta que el expresado proceso se dio por terminado mediante el auto antes citado. (folio 53).

"h) Certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Facatativá en el cual se da cuenta de la situación jurídica del inmueble materia del contrato de promesa de compraventa desde la fecha de adquisición del tal bien por el prometiente vendedor hasta el día 9 de febrero de 1977. Además, en dicho certificado aparecen los correspondientes registros relativos a los desembargos y levantamiento de la inscripción de la demanda que oportunamente fueron comunicados".

En el desarrollo del cargo sostiene el recurrente que el Tribunal, sin hacer un estudio de conjunto de todas las pruebas, sino que fundándose en unos certificados contradictorios y erróneos, confundió "las fechas de registro del levantamiento de los embargos y de la inscripción de la demanda con las fechas pretéritas en que tales medidas fueron levantadas por los respectivos jueces". Y por no haber apreciado los medios de prueba antes relacionados, concluyó equivocadamente "que para la fecha del otorgamiento de la promesa y de su posterior cumplimiento, el inmueble prometido se encontraba afectado de los embargos y de la inscripción de la demanda ..." no obstante estar probado que las mencionadas medidas cautelares habían perdido su vigencia con antelación a la celebración del contrato de promesa de compraventa.

Finalmente expresa el recurrente que la "circunstancia de no haberse logrado oportunamente la cancelación de los embargos y del registro de la demanda en la Oficina de Registro no entraña incumplimiento

para mi poderdante por cuanto en la cláusula sexta de la promesa únicamente 'se obliga a entregar el inmueble libre de pleitos, embargos, limitaciones o condiciones resolutorias del dominio, gravámenes y arrendamientos por escritura pública. Es decir, que expresamente se convino el cumplimiento de tal requisito saneatorio del inmueble para la etapa de la *tradición* o *ejecución* del contrato y no para la anterior de su perfeccionamiento, mediante la escritura pública correspondiente. Y tampoco incumplió la obligación contenida en la cláusula quinta de la promesa, por cuanto de buena fe envió al prometiente comprador el certificado de libertad que le fue expedido, dentro del término convenido. Y si dicho certificado no era suficiente por sí solo, por erróneo o incompleto, era a la parte que prometió comprar a quien correspondía, de acuerdo con la cláusula octava de la misma promesa, objetar a través de la Lonja de Propiedad Raíz S. A., el expresado certificado".

Cargo segundo

Lo hace consistir en quebranto de los mismos dos artículos señalados en el cargo anterior, por igual concepto, a causa de error de derecho en la apreciación de los tres certificados expedidos por la Oficina de Registro de I.I. P.P., distinguidos con los números 51, 63 y 1050.

Funda el cargo en que el Tribunal erró al considerar los aludidos certificados como prueba plena y única de la situación jurídica del inmueble que en ellos se menciona, haciendo caso omiso de las demás pruebas. Por otra parte, agrega, la cancelación de un embargo no se acredita exclusivamente con el certificado del registrador, sino que también puede acreditarse con otros medios de convicción, como "con las constancias emanadas de los Juzgados en donde fueron decretados".

Luego el censor expresa que este cargo "debe considerarse como subsidiario", para el evento en que pueda encontrarse contradictorio con el primero.

Finalmente hace el recurrente sus propias consideraciones en relación con la sentencia que debiera pronunciarse al prosperar el recurso.

Se considera

1. Propuestos los cargos dentro de la causal primera de casación, es indispensable que el recurrente señale normas que tengan el carácter de sustanciales, por disponerlo así la ley (Art. 368-1 C. P. C.), entendiéndose por tales aquéllas que en frente de una situación fáctica concreta declaran, creen, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas. Por consiguiente, si los preceptos señalados en la censura sólo están orientados a otras finalidades diferentes de declarar, atribuir, modificar o extinguir derechos, no ha dejado la doctrina en insistir que un cargo en esas condiciones no viene aducido en debida forma y, por tanto, no abre peso al estudio de fondo.

2. Pero algo más, la exigencia técnica del recurso no sólo demanda que los preceptos indicados en el cargo como infringidos pertenezcan a la especie de los sustanciales, sino que se indiquen todos aquellos que estructuran la proposición jurídica completa. En efecto, ha sostenido la doctrina de la Corte 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. Conclusión natural y potíssima del precepto (antes Art. 520 ord. 1º G. J., hoy Art. 52 ord. 1º Decreto 526 de 1964), que, al hablar de violación de ley sustantiva o sustancial, como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto de quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en unas hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensadamente de varios. Y es precisamente, tratándose de este último evento, como se predica la necesidad de que, en el recurso extraordinario, la impugnación se haga sobre la base de la llamada 'proposición jurídica completa', presupues-

to que se echa de menos en el presente caso". (Cas. Civ. noviembre 16 de 1967).

3. Fuera de lo ya expresado, cuando el cargo en casación viene estructurado dentro del marco de la causal primera y por vía indirecta, en la modalidad de yerro de valoración, le corresponde al recurrente, para ajustarse a las exigencias del recurso, señalar además de las normas sustanciales que considere violadas, las de disciplina probatoria o violación medio, porque en su defecto el cargo queda incompleto.

4. Por otra parte, el carácter autónomo de los cargos en casación, impide que se formulen en forma subsidiaria. La doctrina de la Corte ha sostenido que no caben ni pueden alegarse los cargos subsidiarios, porque su examen no depende de ninguna condición como sucede con las peticiones eventuales o subordinadas en la acumulación de acciones en una demanda con que se inicia un proceso. En el punto ha dicho que "no caben en casación cargos subsidiarios, porque éstos no pueden proponearse eventual o subordinadamente, como puede hacerse en caso de acumulación objetiva de pretensiones en la demanda con que se inicia un proceso, pues en el recurso extraordinario cada cargo es independiente y todos los propuestos han de examinarse en un orden lógico por mandato legal" (Cas. Civ. diciembre 7 de 1968, aún no publicada).

5. Los artículos 1521 y 1502 del Código Civil no tienen el carácter de sustanciales, como lo tiene declarado la Corte en numerosos fallos (C. C. 3 de junio de 1968; julio 3 de 1969; 18 de noviembre de 1969 y 27 de junio de 1970, T. CXXXIV, 229), porque no se trata de normas que atribuyan, declaren, modifiquen o extingan relaciones jurídicas, puesto que simplemente enumera, el primero de ellos, los casos en que una enajenación versa sobre objeto ilícito y, el segundo, relaciona los elementos que debe reunir toda declaración de voluntad para que produzca efectos. Por consiguiente, es palmar que estas disposiciones no son sustanciales y, por ende, no sirven por sí solas para fundar un cargo en casación por la causal primera.

Aunque lo anterior es suficiente para rechazar los cargos en examen, también se suma la falta de proposición jurídica que en ellos se exterioriza, pues habiéndose fundado el Tribunal en un complejo de

normas para decidir la cuestión litigiosa, la censura, para que fuera cabal, debió señalar como vulnerados todos esos preceptos, o sea, los cargos no vienen investidos de la proposición jurídica completa.

A parte de las fallas técnicas antes observadas, el cargo segundo presenta otras más, que consisten en no señalar las normas de disciplina probatoria y en venir formulado de manera subsidiaria.

6. No obstante lo anterior, la Corte procede a hacer algunas precisiones y rectificaciones doctrinales al sentenciador de segundo grado y, específicamente, a la tesis por éste sentada, según la cual la promesa de venta resulta ser nula, de nulidad absoluta, cuando el bien objeto de tal convención estaba embargado al momento de cumplirse con la obligación de solemnizar por escritura pública el contrato prometido.

No pueden confundirse, por existir notorias y sustanciales diferencias, la promesa de celebrar un contrato de compraventa con el contrato a que la promesa se refiere. A título meramente enunciativo, difieren en lo siguiente: a) la promesa es una convención siempre solemne, puesto que debe consignarse por escrito; el contrato de compraventa generalmente no requiere de solemnidades, pues en el común de los casos es consensual (Arts. 89 ley 153 de 1887 y 1857 del C. C.). b) la consignación escrita de la promesa no es una exigencia simplemente ad probationem sino ad solemnitatem o ad subtantiam actus; lo propio no ocurre en todo contrato de compraventa (Art. 265 C. P. C.). c) es requisito para la validez de la promesa de contrato que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; esta exigencia no es propia del contrato de compraventa (Art. 89 Ley 153 de 1887). d) la promesa de contrato no es rescindible por lesión enorme; el contrato de compraventa, aún el ejecutado en desarrollo de la promesa, puede en determinados eventos y circunstancias ser atacado y rescindido por lesión enorme, según se desprende de la ley (Arts. 1946, 1947, 1948 del C. C., 32 de la Ley 57 de 1887) y la doctrina de la Corte (Cas. Civ. 2 de julio de 1969. CXXXI. 45; 9 de julio de 1971. CXXXIX. 58 a 60). e) según las diferentes especies de obligaciones, la promesa genera obligaciones de hacer en cambio el contrato de

compraventa produce obligaciones de dar. Ha dicho la Corte que "de la promesa de compraventa 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 señala la doctrina, sólo 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 promitente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efectos que solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrán 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". (Cas. Civ. 28 de julio de 1960. XCIII. 114; 17 de abril de 1975, aún no publicada). f) la promesa de contrato no es título traslático de dominio; en cambio el contrato de compraventa sí lo es (Art. 765 del C. C.). g) la promesa no es un acto de "enajenación", por cuanto no siendo título traslático de dominio, ni generando obligaciones de dar, no va destinada a la mutación del derecho real; el contrato de compraventa si va orientado el desplazamiento, con la concurrencia del modo, del derecho real y, por tanto, es una convención que resulta ser nula, por objeto ilícito, si al momento de celebrarse se encontraba embargado el bien sobre el cual recae. (Art. 1521 del C. C.).

7. Las reflexiones precedentes indican con suficiente claridad que la promesa de contrato difiere del contrato prometido. Y, asentada la doctrina en esta premisa, ha sostenido que puede prometerse en venta un bien que a la fecha de la promesa estaba embargado, porque si el promitente vendedor libera la cosa con antelación al perfeccionamiento del contrato prometido, se ha colocado en condiciones de cumplir esta última convención; si no lo desafecta de la traba, el contrato prometido no puede celebrarse y, por tanto, ha incumplido con las obligaciones contraídas en la promesa, conducta que la ley sancio-

na con acciones diferentes de la nulidad (Arts. 1610 y 1546 del C. C.).

Sobre el particular ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que "la simple promesa de contrato no es un acto de enajenación, y por lo mismo su objeto es la perfección del contrato prometido que es necesario no confundir con el objeto del contrato de venta, que es la cosa vendida; por consiguiente, si cuando se verifica la promesa el objeto del contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón que el objeto de la promesa está fuera del comercio, ya que hay destinción real entre el uno y el otro. Puede prometerse, pues, la venta de una cosa que en la fecha de la promesa está embargada, como puede prometerse la venta de cosa ajena. Si para perfeccionar el contrato prometido, el promitente vendedor libera la cosa, la pondrá en condiciones de ser objeto lícito del contrato. Si no la libera, el contrato no podrá perfeccionarse por culpa del promitente vendedor, quien se tendrá

como infractor de la promesa". (T. XLI, 133).

Se rechazan los cargos.

Resolución

En armonía con 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 12 de junio de 1976 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No hay lugar a costas (Art. 375 C. P. C.).

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

Por ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa del contrato de transporte considera o presume la Ley que obedece a culpa de quien lo explota

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de julio de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Lucía Silva de Ramírez contra la sociedad Conducciones América Limitada y Jairo Duque Gómez.

Antecedentes

I. Mediante libelo de 20 de enero de 1976, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, solicitó la mencionada demandante que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que por haber incumplido el contrato de transporte celebrado entre Luis Ramírez Silva y los demandados, se condene a éstos, en forma solidaria, a pagarle a la sucesión del mencionado Ramírez Silva, representada por su madre Lucía Silva de Ramírez, todos los perjuicios causados con aquél hecho.

b) Que se condene a los demandados al pago de las costas del proceso.

II. Como hechos de la demanda se adujeron los que a continuación se comprendían:

a) Luis Ramírez Silva, encontrándose en el centro de la ciudad de Medellín, a las 9 de la noche tomó el vehículo de placas TI-9670, que prestaba el servicio público de transporte de pasajeros hacia el barrio "La América", afiliado a la empresa denominada "Conducciones América Limitada".

b) El vehículo ya descrito se encontraba "prácticamente completo", razón por la cual el pasajero Ramírez Silva "apenas si pudo ubicarse en un lugar cercano a la entrada del mismo, sin poder pasar de la registradora, en las escalas de acceso", sin que se hubiera logrado cerrar la puerta de entrada, por defecto en el mecanismo, según lo manifestó su conductor Guillermo de J. Duque.

c) En el curso del viaje, y cuando el automotor se desplazaba por la calle 44 al cruce con la carrera 54, el conductor hubo de efectuar una maniobra para evitar la colisión con otro vehículo, motivo por el cual perdió el equilibrio el pasajero Ramírez Silva y cayó al pavimento, habiendo fallecido al día siguiente en una de las clínicas de la ciudad. En consecuencia, la sociedad demandada incumplió el contrato de transporte con ella celebrado, porque estaba obligada a movilizar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, lo cual no ocurrió así.

d) Que la muerte del pasajero se debió única y exclusivamente a la sociedad de-

mandada, por cuanto estaba en la obligación de transportar al pasajero "con la puerta cerrada", mas no ocurrió así.

e) Finalmente refiere la libelista que el vehículo automotor, causante del accidente, era de propiedad de Jairo Duque Gómez y, además, con la muerte del pasajero, ha sufrido graves y cuantiosos daños que le deben ser indemnizados.

III. Los demandados contestaron por separado, así: Jairo Duque Gómez, sólo admitió como cierto el hecho cuarto, por lo que terminó con oposición a lo suplicado y con la formulación de las excepciones de prescripción y "la genérica". La sociedad Conducciones América Limitada aceptó algunos hechos, negó otros, se opuso a lo pedido, formuló las excepciones que denominó "inexistencia del contrato de transporte, culpa de la víctima, violación a normas de seguridad, fuerza mayor, compensación de culpas o reducción de la indemnización, no ser la codemandada la llamada a responder por las pretensiones del libelo, prescripción y la genérica".

IV. El último de los demandados aprovechó la oportunidad de contestar la demanda para suministrar su propia versión de los hechos y para llamar en garantía a Jairo Duque Gómez.

a) En lo que toca con los hechos, afirma la sociedad Conducciones América Limitada, que se sucedieron así: que es cierto que Luis Ramírez Silva abordó el vehículo automotor encontrándose "prácticamente con el cupo completo"; pero que no es cierto que hubiese sido admitido por el conductor del bus", "en razón del estado de ebriedad ostensible en que se encontraba el señor Ramírez, al hecho de que no había lugar para transportarlo y a la negativa obstinada del señor Ramírez Silva a pasar al interior del vehículo a través del aparato que registra la entrada de pasajeros Es importante anotar que al señor Ramírez no se le recibió por parte del conductor el importe del pasaje en razón de las circunstancias anotadas en la respuesta al numeral tercero de la demanda. Como quiera que tampoco el señor Ramírez accedió a abandonar el bus el conductor de éste se vio compelido a continuar la marcha ya que debía llevar oportunamente a su destino los pasajeros que ocupaban el ve-

hículo ... la causa de la caída del señor Ramírez se debió única y exclusivamente a su estado de ebriedad y a la negativa del mismo a retirarse del bus o a entrar a su interior ... debe agregarse que si el occiso no se hubiese encontrado embriagado o si, a pesar de haberlo estado, traspasa la máquina registradora conforme a lo ordenado por el conductor, la caída no se hubiese presentado".

b) En relación con el llamamiento en garantía que le formula la sociedad a Jairo Duque Gómez, respalda tal solicitud en el supuesto de hecho de que en el contrato de afiliación del vehículo el afiliado Duque Gómez, según las cláusulas sexta y octava, se obligó al pago de los perjuicios "con fundamento en responsabilidad civil judicialmente declarada".

V. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 12 de julio de 1977, desestimatoria de la pretensión de la demandante. Apelada que fue esta decisión por la parte agravuada, la segunda instancia terminó con fallo de 14 de julio de 1978, confirmatorio del de *el a quo*, razón por la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Referidos los antecedentes del litigio y dando por cumplidos los presupuestos procesales, comienza el Tribunal por sentar, con fundamento en doctrinas de la Corte, que a pesar de que la responsabilidad contractual y extracontractual pueden tener origen en un mismo hecho, empero las acciones pertinentes difieren, en cuanto a la fuente, su ejercicio, prescripción, prueba, etc.

Más adelante y sobre la base de que la pretensión de indemnización es de índole contractual, afirma que "en la nueva preceptiva mercantil, el transporte está catalogado como un contrato que comporta una obligación de resultado y no de medio. En la obligación de resultado el deudor se compromete a ejecutar la prestación que se le impone. Demostrado el incumplimiento por el acreedor, el deudor sólo se exonera probando que el incumplimiento no ha sido

su hecho, que existe causa extraña. Artículo 992 y 1063 del Código de Comercio.

"Específicamente, en su artículo 1003 del Código de Comercio, al determinar la responsabilidad en el transporte de pasajeros, el numeral segundo, exonera al transportador cuando 'Los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador'.

"Para confirmar el fallo de primer grado, la Sala considera que el accidente en que perdió la vida Luis Ramírez Silva se debió a culpa exclusiva suya.

"Relatan los autos que en el sitio Junín con la Playa, Ramírez Silva exigió al conductor Guillermo de J. Duque, que lo transportara al barrio 'La América', a lo cual se opuso el chofer por el estado de embriaguez en que se encontraba Ramírez Silva. El pasajero no sólo se obstinó en subirse al bus sino que además trató al conductor con términos soeces y vulgares y llegó hasta amenazarlo, diciéndole 'Que si era capaz de bajarlo que lo bajara'. El conductor le insistió por varias veces que pasara la registradora, y el pasajero se negó. Dice la testigo Beatriz Avendaño de Duque que ante el requerimiento del conductor para que pasara la registradora, el pasajero embriagado le contestó 'vení pasame voz (sic), pasame si vos sos tan berraco'. Es de anotar que el testigo Samuel de J. Tejada afirma que en el bus había espacio suficiente para todos los pasajeros. Dice este testigo 'Sí claro, sí había espacio, lo que pasa es que él en medio de su borrachera no accedió a subir al estribo de arriba'. Y luego agrega que por varias veces el conductor le llamó la atención al pasajero Ramírez Silva, 'por varias ocasiones la primera en Junín y la segunda en Cisneros'. Y la testigo Beatriz Avendaño añade 'El chofer tenía mucha paciencia'.

"Al arrancar el bus, dice el conductor, que apretó el botón para cerrar la puerta, pero que este mecanismo no funcionó, se pegó.

"Anota que estaba funcionando bien y que posteriormente volvió a cerrar como de costumbre. Al respecto se expresa así el conductor en el interrogatorio: 'En el

botón a la puerta, pues la puerta estaba momento en que arranqué, que le pisé el trabajando normal, se pegó como se pega cualquier puerta, tanto así que cuando el carro salió del tránsito la puerta sin arreglarla cerró y abrió normalmente'.

"En este mismo sentido declara la testigo Avendaño de Duque: 'Yo que sí vi es que el señor del bus accionó varias veces el botón de la puerta y la puerta no cerró'. Y Manuel Tejada C. manifiesta que la puerta del vehículo no cerró, 'POR EL SEÑOR QUE ESTABA EN TODO EL ESTRIBO DEL CARRO'. Y luego hace esta declaración: 'Podía cerrar siempre y cuando el señor se hubiera montado al estribo de arriba, pero como el Señor se quedó en el estribo de abajo donde la puerta ajusta'.

"Solo la terquedad, propia de la persona embriagada, causó el accidente en que perdió la vida Ramírez Silva. El conductor tomó todas las medidas de precaución. Primero le advirtió al pasajero que no lo transportaba; luego, le insistió por varias veces que pasara la registradora pues había puestos suficientes, a lo cual Ramírez Silva contestaba con palabras injuriosas, amenazando al chofer 'Pasame vos si sos tan berraco'. Y lo más grave; se quedó en la última escalera o estribo, que según el testimonio de Tejada Caro, impidió que la puerta cerrara'.

"Y el final, como dice la Demanda: 'El conductor del mencionado vehículo hubo de efectuar una maniobra brusca y fuerte para evitar hacer colisión con otro vehículo que por allí transitaba, lo que hizo perder el equilibrio al pasajero Luis Ramírez Silva quien por tal acción, y a través de la puerta delantera abierta fue a caer a tierra por fuera del automotor en el cual era transportado'.

"En consecuencia, la culpa de la víctima siempre exonera el causante del daño, aún en la construcción doctrinaria que se ha erigido alrededor del artículo 2356 del Código Civil. Además si de conformidad con el artículo 981 del Código de Comercio, el contrato de transporte se perfecciona 'Por el solo acuerdo de las partes', es dable concluir, que en el caso que se cuestiona no hubo contrato de transporte, pues, el conductor no consistió en transportar el pasajero Ramírez Silva y si éste abordó el vehículo, lo hizo en forma violenta y con-

tra el querer expreso del conductor. No debe olvidarse que el gerente de la entidad demandada, coadyuvado por su Apoderado, alega, al contestar el libelo, que 'Es importante anotar que al señor Ramírez no se le recibió por parte del conductor el importe del pasaje en razón de las circunstancias anotadas en la respuesta al numeral tercero de la demanda'".

Concluye el *ad quem* que no prosperando la pretensión, resulta supérfluo hacer un estudio de los medios exceptivos propuestos.

La demanda de casación

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos ellos dentro del ámbito de la causal primera de casación.

Cargo primero

Denuncia quebranto indirecto de los artículos 961, 962, 984, 986, 989, 990, 991, 992, 1000, 1003, 1005 del Código de Comercio, 1613, 1614 del Código Civil y 50 del Decreto 1393 de 1960, por falta de aplicación, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por expresar que si el sentenciador *ad quem* sostuvo en el fallo que "no hubo contrato de transporte, pues, el conductor no consintió en transportar al pasajero Ramírez Silva y si éste abordó el vehículo, lo hizo en forma violenta y contra el querer expreso del conductor", incurrió "en manifiesto error de hecho y de derecho" que lo llevaron a quebrantar las normas sustanciales señaladas en la censura.

Más adelante sostiene el censor que al no haber un solo testigo que afirme la negativa del conductor a transportar al pasajero Ramírez, ni que sostenga que éste "abordó el vehículo en forma violenta y contra el querer expreso del conductor", se incurrió en el yerro denunciado.

Pasa enseguida el casacionista a sostener que el Tribunal "no apreció, o si lo apreció no le dio el mérito probatorio" que tienen los testimonios de Guillermo de J. Duque, Beatriz Cecilia Avendaño, Samuel Antonio Tejada Cano, Carlos Ignacio Posada y Héctor Alfonso Vásquez Ríos, con

los cuales se establece que el conductor sí consintió en transportar al pasajero y que éste no ingresó al vehículo en forma violenta y contra el querer del primero.

Remata el cargo sosteniendo que la afirmación hecha por el Tribunal "en el sentido de que no se estableció contrato de transporte entre el pasajero Ramírez Silva y la empresa demandada es una consecuencia a que se llega en virtud de una multitud de errores de hecho y de valoración probatoria, errores de derecho".

Se considera

1. El cargo, tal como viene formulado, no se ciñe por completo a la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación, porque fundado en la causal primera, por quebranto indirecto de ley sustancial, no podía el recurrente formular en el mismo cargo el yerro de facto y el de valoración, respecto de las mismas pruebas, tal como lo hizo, pues insistentemente ha sostenido la doctrina de la Corte que "para que aparezca el error de derecho es necesario tomar en cuenta la prueba existente en el proceso tal como es y desde el momento en que esa labor se efectúa, no hay lugar al error de hecho, el cual implica desconocer una prueba que obra en autos, o reconocer como existente en ellos una que no consta en el proceso" (Cas. Civ. 31 de mayo de 1969 CXXX —163).

2. A pesar de lo anterior, se entra en el estudio del cargo, bajo el aspecto de prever en él la censura por errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

A lo largo del fallo del Tribunal, y así lo admite el recurrente, se sostiene que dos hechos conducen a la resolución desestimatoria de las pretensiones, o sea, que no quedó demostrado que hubiese existido o se hubiese celebrado contrato de transporte entre los demandados y Luis Ramírez Silva y que el accidente en donde este último perdió la vida se debió a culpa exclusiva de la víctima.

3. El cargo que se analiza sólo contrae su censura al primer soporte del fallo, punto en el cual le asiste razón al recurrente, pues los elementos de convicción, aunque señalan inicialmente al conductor del vehículo automotor de servicio público asumiendo una posición de rechazo o repulsa

a admitir como pasajero a Luis Ramírez Silva, lo cierto es que luego activó el vehículo, le solicitó al pasajero que se incorporara pasando la registradora y, según versión de un declarante, el pasajero pagó el precio establecido.

4. Por consiguiente, desacertó el Tribunal en el análisis de la prueba cuando afirma que en el proceso no se estableció que entre el transportador y la víctima se hubiera celebrado el 19 de septiembre de 1975 un contrato de transporte mediante el cual el primero se obligó a desplazar al segundo del centro de la ciudad de Medellín hacia el "Barrio La América", a cambio de un precio.

5. No obstante, lo anterior, el quiebre de la sentencia no puede producirse exclusivamente con este cargo, por que al circunscribirse la acusación a uno de los dos soportes en que se funda el fallo del Tribunal, mientras permanezca uno en vigor, éste es suficiente para mantener en pie la sentencia impugnada. Habrá de esperarse, pues, a las resultas de los otros cargos.

Cargo segundo

Acúsase la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 981, 982, 984, 986, 989, 990, 1000, 1003, 1006 del Código de Comercio, 1613, 1614 del Código Civil, 162 y 210 del Decreto 1344 de 1970, por falta de aplicación, y 992 del Código de Comercio, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por recordar que el Tribunal para absolver a los demandados de la pretensión contenida en la demanda, consideró que el accidente en que perdió la vida Luis Ramírez Silva se debió a culpa exclusiva de éste, dejando de ver que la prueba exteriorizaba que la culpa de la víctima concurrió con la culpa de los demandados, la cual consistió en movilizar al automotor con la puerta delantera abierta. Agrega el censor que como el Tribunal, a pesar de haber visto en la prueba la conducta imprudente del conductor no consideró a los demandados en esas condiciones, incurrió en manifiesto error de hecho y por el mismo motivo "incurrió además en error de derecho".

Enseguida afirma el recurrente que si se considera que el sentenciador de segundo grado dejó de atribuirle culpa a los demandados por los hechos de que da cuenta el testimonio de Samuel Tejada Caro y consistentes en que el pasajero Ramírez Silva se quedó en el primer peldaño de la escalera de acceso, impidiendo con ello que la puerta se cerrara, erró de hecho el Tribunal en la apreciación de tal prueba, al no ver que el mencionado declarante era empleado de la sociedad demandada, venía ocupando puesto en la última banca del automotor y, además, declara que había siete personas entre la registradora y la puerta.

Finaliza el censor expresando que el error en que incurrió el Tribunal se pone aún más de manifiesto con los testimonios de Guillermo de J. Duque, Beatriz Avenaño, Byron de Jesús Machado y Carlos Ignacio Posada, los cuales afirman que el pasajero accidentado se encontraba localizado al pie de la registradora.

Cargo tercero

Mediante ésta denuncia quebranto directo de los artículos 992 y 1003 numeral 3º del Código de Comercio, por interpretación errónea. En el desenvolvimiento del cargo afirma el recurrente que el Tribunal desacertó en la interpretación de las normas antes enunciadas al haber afirmado en uno de sus pasajes que la culpa de la víctima siempre exonera al causante del daño, siendo que los artículos 992 y 1003 consagran como causal de exoneración la culpa exclusiva de la víctima, o sea, que si hay concurrencia de culpas de víctima y victimario no exonera de responsabilidad.

Cargo cuarto

Lo hace consistir en violación indirecta de los artículos 981, 982, 984, 986, 990, 1000, 1003 inciso 1º, 1006 del Código de Comercio, 1613 y 1614 del Código Civil, por falta de aplicación, 992 y 1003 inciso 2º, por aplicación indebida, "a causa de errores de apreciación y valoración probatoria".

Una vez que el recurrente transcribe algunos apartes de la sentencia impugnada, afirma que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de

las pruebas, como lo demostró en el cargo primero, "cuyas explicaciones me sirven para sustentar el presente y que aquí reproduczo para evitar repeticiones innecesarias..."

Enseguida sostiene el casacionista que fuera de lo anterior cabe resaltar que el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar que la presencia de Luis Ramírez al pie de la puerta de entrada constituye culpa en él, siendo por el contrario que quien incurrió en negligencia fue el conductor al movilizar el vehículo con la puerta delantera abierta. Este yerro se deduce o pone de manifiesto con los testimonios de Guillermo de J. Duque, Beatriz Avendaño y Byron Machado.

Como nuevo yerro de facto cometido por el Tribunal en la apreciación de los testimonios de Guillermo Duque, Beatriz Avendaño, Samuel Tejada, Héctor Alonso Vásquez y Carlos Ignacio Posada constituye el hecho de atribuirle culpa a la víctima por haberse quedado ubicada al pie de la registradora cuando el automotor presentaba cupo completo, lo cual no le permitía a éste, por falta de espacio, situarse en otro lugar más seguro.

Se considera

1. A pesar de que los cargos segundo y cuarto acusan la misma falla técnica observada respecto del cargo anterior, se entra a su estudio, tomando como criterio el hecho de que en tales acusaciones prevalece la censura por yerro de facto.

2. *Acomodándose a los distintos medios de transporte, el nuevo Código de Comercio reglamentó en forma separada el transporte terrestre (artículos 981 a 1035) del marítimo (Arts. 1578 a 1668) y del aéreo (Arts. 1674 a 1889), colmando en esta forma la deficiencia que presentaba la anterior legislación comercial, especialmente en la última forma de transporte, la cual carecía de una regulación adecuada e integral.*

3. *El transporte, que dentro de un criterio simplista, es una convención mediante la cual una persona, a cambio de una remuneración, se compromete a desplazar una cosa o persona de un lugar a otro, lo define la ley en forma exhaustiva al decir que "es un contrato en que una de las*

partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario. El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se probará conforme a las reglas legales" (Art. 981 del C. de Co.).

4. *El concepto anterior permite inferir que el transporte puede versar sobre la conducción de cosas o personas. En uno y otro evento el transportador contrae la obligación que la doctrina denomina de seguridad, pues ajustada la convención, éste está "obligado a conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término, por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa" (Art. 982 C. de Co.).*

5. *Ahora bien, la responsabilidad del transportador de personas se contrae y extiende desde el momento en que se hace cargo del pasajero hasta cuando el viaje haya finalizado. Y si se trata de enfermos, dementes o menores, su responsabilidad se prolonga hasta el momento en que el transportador entrega aquellas personas a la que ha sido confiada para recibirlas. Específicamente, refiriéndose a la primera categoría de pasajeros, dice que "el transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato Dicha responsabilidad cesará cuando el viaje haya concluido ..." (Art. 1003 inc. 1º del C. Co.). Y aludiendo a la segunda categoría de pasajeros dice la ley su responsabilidad se inicia desde que se hace cargo de los pasajeros enfermos, menores o dementes hasta "cuando sean confiados a quienes hayan de hacerse cargo de ellos, según las instrucciones dadas al transportador" (Art. 1005 inc. 2º del C. de Co.).*

6. Con motivo de ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa del contrato de transporte considera o presume la ley que obedece a culpa de quien lo explota y, por tal virtud, ha establecido que el transportador, para liberarse de responsabilidad, le corresponde demostrar la ocurrencia de uno de los eventos siguientes:

a) Que los daños ocurrieron por obra exclusiva de terceras personas;

b) Que los daños se presentaron por fuerza mayor, sin que en ello hubiera tenido culpa el transportador; y

c) Que los daños obedecieron a culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravados a consecuencia de hechos imputables al transportador (Art. 1003 C. de Co.).

7. Según lo que se acaba de ver, en lo tocante con el transporte terrestre de personas, a la luz de las disposiciones del Código de Comercio, la obligación de conducirlas sanas y salvas a los lugares o sitios convenidos, puede resultar incumplida, en cuyo caso el ordenamiento sindica de culpable y responsable de tal hecho al transportador. Con todo, como dicha calificación la hace a manera de presunción simplemente legal o juris tantum, permite que se desvirtúe cuando el transportador demuestra que el daño se produjo, ya por obra exclusiva de terceras personas, ora por fuerza mayor, bien por culpa exclusiva del pasajero, o por sus lesiones orgánicas, o enfermedad que padecía.

8. De suerte que el nuevo Código de Comercio, siguiendo los principios generales de la mora creditoria, o sea, de la culpa del acreedor, ha establecido como causa exonerativa de responsabilidad en la ejecución del contrato de transporte de personas, cuando es el propio acreedor quien actúa negligentemente colocando al deudor en imposibilidad de cumplir con las obligaciones de su cargo. Por consiguiente, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación queda descartada cuando tal incumplimiento ha sido determinado por la propia conducta imprudente del acreedor o, como lo expresa

el artículo 1003 del Código de Comercio, por culpa exclusiva del pasajero.

9. En la especie de esta litis, del conjunto de los medios de convicción se desprende que el incumplimiento del contrato de transporte terrestre de personas se debió a culpa exclusiva de la víctima, pues ésta, fuera de no atender ninguna de las diferentes recomendaciones del conductor del vehículo, consistentes en que pasara la máquina registradora y ocupara un lugar en el interior del mismo, puesto que lo había, se mostró renuente y en forma beligerante e inusitada, todo esto bajo los efectos de licor, desafió a aquél a que lo obligara a desplazarse al interior. Algo más, el pasajero que según la ley estaba obligado a observar los reglamentos de la empresa y las condiciones de seguridad impuestos por el transportador (Art. 1000 C. de Co.), resolvió insolentemente desatenderlas y, en forma tozuda, se ubicó en las escalas de entrada del automotor, afirmándose por uno de los declarantes que tal hecho impedía que la puerta delantera se cerrara, circunstancia por la cual más adelante, a pesar de que el vehículo se movilizaba a velocidad normal y permitida, el pasajero se desprendió sufriendo graves lesiones al caer al pavimento, que luego le produjeron la muerte. El insuceso se produjo, entonces, por la conducta torpe de la víctima, puesto que en forma agresiva y soez hizo repulsa a someterse a las medidas de seguridad que le solicitaba cumpliera el transportador.

En efecto, lo antes dicho se desprende, especialmente, de los testimonios rendidos por Guillermo de Jesús Duque Montoya, Beatriz Cecilia Avendaño, Samuel Antonio Tejada Caro y Carlos Ignacio Posada.

En síntesis, el primero de tales declarantes, que a la sazón era el conductor del vehículo, expresa que en Junín con la Pla-ya se subió al bus un señor en "estado de embriaguez, le dije que no lo podía llevar por lo borracho que estaba ... él me trató mal con palabras soeces, entonces los pasajeros del bus me dijeron que siguiera, que no me quedara; él se subió y en varias ocasiones le dije que pasara la registradora, él no la quiso pasar, me dijo que no la pasaba ...". Refiriéndose al trato que le dio, dice el mencionado declarante que "me trató de malparido, de hijueputa, que

si era capaz de bajarlo que lo bajara, entonces varios pasajeros me dijeron que no le hiciera caso, que siguieramos, a lo cual yo segui". Antes explicó el conductor que al momento de poner en actividad el automotor le oprimió el mecanismo o botón que controla la apertura y cierre de la puerta delantera, y a pesar de que venía "trabajando normal, se pegó como se pega cualquier puerta ...". También refiere que en el interior del bus había sitio o campo suficiente para albergar al pasajero reñente y que cuando iba en línea recta, a una velocidad máxima de 40 kilómetros, "el señor que se subió de último piso (sic) el primer estribo porque estaba borracho, se cayó, yo no lo pise con el bus ...".

El segundo de los declarantes, expresa que ocupaba asiento en la primera banca, "totalmente detrás del conductor", siendo aproximadamente las "nueve o nueve y media de la noche" de un viernes del mes de septiembre de 1975, "se subió un señor borracho, no lo conocía, nunca lo había visto, y entonces el chofer le dijo que le hiciera el favor y siguiera la registradora y entonces él contestó que no, que no pasaba, que lo pasara él, 'vení pasame vos si sos tan berraco', y entonces los pasajeros a decir 'dale' arrancá pues', entonces el chofer no quería arrancar hasta que el señor no pasara la registradora y le dijo: 'señor tenga la amabilidad y siga la registradora por favor' y él le contestó 'no paso, pasame vos' y la gente le decía 'dale pues', y el bus salió despacio y en San Juan, por donde queda 'La Boina Roja', 'se cayó el señor a la calle'. Requerida la declarante para que expresara qué otras expresiones le lanzó el pasajero con motivo de la exigencia que le formulaba el conductor a que pasara la máquina registradora, contestó: "comé mierda güevón que yo no paso la registradora" no más y la gente comenzaba a silvar al borracho, —diciéndole— "deja la bulla grosero ... y el chofer tenía mucha paciencia". Sobre otros hechos dice que el automotor se movilizaba despacio, que iban de pie unos diez pasajeros, que no iba mucha gente, el pasajero se cayó porque iba muy borracho y no quiso pasar la registradora; que el conductor oprimió varias veces el botón que

controla la apertura y cerrada de la puerta y no le obró; "que el chofer le dijo —al pasajero— varias veces que pasara la registradora y él no quiso"; que entre la puerta y la registradora no iba sino el pasajero accidentado, y como "el bus no iba lleno, por eso le decía que pasara y ese señor no pasaba".

El tercero de los testigos, vinculado a conducciones América refiere que él ocupaba puesto en la última banca del bus y por esta circunstancia no se enteró de las expresiones del pasajero embriagado hacia el conductor, pero si de que éste le solicitó por varias veces a aquél que pasara la máquina porque donde estaba no lo podía llevar y entonces "el chofer le volvió a insistir y el señor borracho no quiso aceptar". Relata además que la puerta delantera del bus no cerraba "por el señor —al pasajero accidentado— que estaba en todo el estribo de la parte baja del carro", pues agrega que se "podía cerrar siempre y cuando el señor se hubiera montado al estribo de arriba, pero ... el señor se quedó en el estribo de abajo". También expresa el declarante que el pasajero podía pasar la registradora porque "había espacio suficiente; lo que pasa es que él en medio de su borrachera no accedió a subir al estribo de arriba; que el conductor le dijo al señor que se subiera para cerrar la puerta, que adelante no podía llevar pasajeros"; que el conductor no hizo ningún viraje, porque "el carro iba recto por San Juan".

El cuarto declarante manifiesta que él "viajaba en ese bus, estaba sentado en la banca al pie de la registradora; yo me monté en Junín, era un viernes, eran por hay (sic) entre nueve y media y diez de media de la noche, yo cogí el bus en Junín, viajaba solo, luego se subió toda la gente, y luego se subió un señor, a no, se puso el bus en marcha y se subió un señor como a la brava y entonces el conductor paró ahí mismo, y arrancó advirtiéndole el conductor varias veces al pasajero que pasara la registradora, que se siguiera para atrás y el señor muy porfiado le dijo al conductor, le contestó con palabras feas 'corremte vos hijueputa, maricon (sic) si sos berraco', la cosa se quedó así, arrancó el bus y ya iba por la avenida oriental y le volvió a

decir el conductor al señor que pasara la registradora, y el señor pasaba desapercibido no hacia caso, entonces antes de cruzar el puente de San Juan yo sentí que el carro paró yo estaba distraído mirando para otra parte, y cuando menos pensé fue el accidente que se había caído ese señor, yo no vi cuando el señor se cayó, el señor conductor hizo salir a los pasajeros por la parte de atrás porque la registradora no devolvía, luego cogieron ese señor y se lo llevaron, no se para donde se lo llevarían". Enseguida expresa el testigo que el pasajero accidentado estaba embriagado, lo cual se notaba por el trato dado al conductor y por el tufo; que el conductor le dijo al pasajero unas seis o siete veces que pasara la máquina registradora y se mostró renuente y le contestaba "mal, yo siendo el conductor lo había bajado, aguantarse uno que lo insulten"; que la actitud del conductor fue "de paciencia, porque le digo que otro conductor lo baja a planazos"; que el automotor se movilizaba a "velocidad normal, entre veinte y treinta kilómetros por hora" y "el accidente se produjo en una recta; que entre la puerta y la máquina registradora viajaba "ese señor apenas, y dentro de la registradora había espacio para él, es decir después de pasarla"; que el pasajero accidentado "sí pagó el pasaje"; que si hubiera pasado la registradora es posible que se hubiera caído "pero no le hubiera pasado nada".

Otros elementos de juicio, en lugar de modificar o alterar los hechos de que da cuenta, la prueba testimonial antes enunciada, sirven para afianzarla, pues exteriorizan la conducta renuente del pasajero a atender la exigencia de pasar la máquina registradora, su actitud grosera para con

el conductor y el hecho de que la víctima se ubicó en el estribo de la puerta delantera.

10. Viene de lo dicho que el sentenciador de segundo grado no cometió los yerrores que le achaca el censor en la estimación de las pruebas y de que tratan los cargos segundo y cuarto, los cuales se rechazan.

11. Respecto del cargo tercero, fuera de lo ya expresado por la Corte en torno a la responsabilidad del transportador en la conducción de personas y las causas de exoneración que contempla la ley, se concluye que el Tribunal no quebrantó los preceptos enunciados en la censura y por el motivo allí indicado.

Por consiguiente, se rechazan los cargos.

Resolución

En armonía con 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 14 de julio de 1976 proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas en el recurso extraordinario corren de cargo del recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, (con salvamento de voto); Alberto Osipina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

CLAUSULA DE VALOR CONSTANTE

- a) Los particulares, en sus negocios jurídicos, pueden acordar o insertar cláusulas de ajuste o corrección monetaria, con excepción de algunos contratos como el de arrendamiento de predios urbanos, de venta de artículos de primera necesidad, y todos aquéllos que se encuentran controlados e intervenidos en el precio y pago de obligaciones dinerarias
- b) En el campo de la indemnización de perjuicios por culpa aquiliana, la solución o pago de la correspondiente indemnización debe comprender el fenómeno de la depreciación monetaria, esto es, debe verificarse con el consiguiente ajuste

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Se decide el recurso de casación inter-puesto por el demandado contra la senten-cia de 17 de noviembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Ju-dicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Alfonso Duque Maya fren-te a Arnulfo García García.

I

Antecedentes

Tomados del acervo probatorio practica-do, por su trascendencia en el presente li-tigio merecen relievase los siguientes he-chos:

1º El 28 de septiembre de 1972, median-te la Escritura Pública N° 6.852 que en esa fecha se otorgó en la Notaría 6^a de Bogotá y que fue debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Pú-

blicos de Girardot, se ajustó entre Alfonso Duque Maya, por una parte, y Arnulfo Gar-cía García, por la otra, el contrato de com-praventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) el primero expresó transferir al se-gundo, a título de venta, el derecho de do-minio sobre dos lotes de terreno contiguos denominados "Samaria" y "San Rafael", ubicados en jurisdicción de Tocaima, los cuales "forman un solo globo" distinguido con el N° 13-15 dentro del registro catastral de este municipio, inmuebles cuyas alindaciones se cosignaron discriminada-mente en dicho documento;

b) acordaron los contratantes como precio de la compraventa la cantidad de \$ 80.000.00 pesos "moneda colombiana de valor constante", de los cuales el comprador ent-regó en esa fecha a su vendedor \$ 22.500.00, que éste declaró haber recibido de aquél comprometiéndose a pagar, dentro del año siguiente contado a partir de esa fecha, los \$ 57.500.00 restantes "en la misma uni-dad de moneda y valor constante", reconociendo además un interés mensual del 2%;

c) mediante la cláusula 5^a el compra-dor, después de haber expresado que pa-

garía al acreedor "las sumas de dinero que le sale a deber en la forma que trata la cláusula 'Segunda' de la presente escritura", constituyó a favor del vendedor hipoteca de primer grado sobre "los inmuebles que compra por medio de este instrumento público".

2º Según lo dice el documento por él suscrito el 27 de noviembre de ese mismo año de 1972, en dicha fecha Duque Maya recibió de García García el valor de los intereses hasta entonces causados por el saldo del precio de la compraventa, más la suma de \$ 20.500.00 para abonar a dicho crédito. Expresó en ese recibo que quedaba pendiente, por la causa dicha, un saldo de \$ 37.000.00 "en moneda de valor constante e intereses".

3º El 28 de septiembre del año siguiente el deudor García García compró el cheque de Gerencia N° 736550 a cargo del Banco de Colombia Sucursal Mercantil, por la suma de \$ 44.400.00, que fue expedido a favor de Alfonso Duque Maya.

Y en esa misma fecha aquél escribió a éste una carta, la que envío a su destinatario por correo recomendado, misiva en la cual le expresó, refiriéndose al contrato de compraventa plasmado en la escritura N° 6.652 del año anterior, que "... me he presentado en su oficina desde las primeras horas laborales con el fin de cancelar el saldo del precio... y obtener de usted la cancelación de la hipoteca"; que al efecto y para cumplir su deber "... ha estado y está a su disposición" el cheque de gerencia referido; que como le ha sido imposible localizarlo personalmente, "... recurro a este medio para requerirlo expresamente al cumplimiento de la obligación pactada", solicitándole una respuesta inmediata.

4º Así las cosas, en escrito presentado el 12 de diciembre de 1973 ante el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, el mencionado García García demandó al sobre-dicho Duque Maya en proceso de pago por consignación del saldo del precio de la compraventa referida, proceso este en el cual se presentaron las siguientes incidentes:

a) admitida que fue la demanda respec-tiva, el demandado se opuso a la oferta de pago y propuso, entre otras, la excepción

previa del pleito pendiente, fundándola en que el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá "... conoce con anterioridad de un proceso ordinario" adelantado por Alfonso Duque Maya contra Arnulfo García, en el cual se pide, con apoyo en el no pago total del precio, la resolución del contrato de compraventa aludido;

b) el juzgado de esa causa, es decir el 23 Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto del 19 de julio de 1974, declaró no probada la excepción de *litispendencia* pro-puesta, y autorizó "la consignación efectua-da en este proceso en cheque de gerencia contra el Banco de Colombia a favor del doctor Alfonso Duque Maya, por la suma de \$ 44.400.00, correspondiente a capital e intereses"; y

c) dicho proveído fue sin embargo re-vocado por el Tribunal Superior del Dis-tricto Judicia de Bogotá, el que, al desatar la apelación corresponde-niente, decidió en cam-bio "DECLARAR probada la excepción de pleito pendiente propuesta por el demandado".

II

El proceso ordinario

1. Mediante escrito de 3 de diciembre de 1973 y que en repartimiento correspon-dió al Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, el citado Alfonso Duque Maya demandó al nombrado Arnulfo García García, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y con-denias:

a) que está resuelto, por incumplimiento del comprador en su obligación de pagar el precio en la forma convenida, el contra-to de compraventa contenido en la sobre-dicha Escritura N° 6852 de 28 de septiem-bre de 1972;

b) que, como consecuencia de la ante-rior declaración, se condene al demandado a restituir a su demandante los dos inmu-ebles a que dicho contrato se refiere, junto con los frutos por ellos producidos y los que hubieran podido producir con media-na inteligencia y actividad; y

c) que se lo condene igualmente a pa-garle el valor de los perjuicios que con di-

cho incumplimiento le causó, lo mismo que el de las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones el demandante invocó, además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que puden sintetizarse así:

Que de los \$ 80.000.00 acordados como precio de la venta, el comprador solamente pagó al contado de \$ 22.500.00 referido en la escritura, "y posteriormente hizo un abono al saldo del precio y a intereses"; que dentro del plazo estipulado "no pagó la totalidad del saldo de 'cincuenta y siete mil quinientos pesos (\$ 57.500.00) que en la misma unidad de moneda y valor constante', como reza la escritura, se comprometió a pagar dentro de dicho plazo y en esta misma ciudad de Bogotá"; que como actualmente está adeudando "un saldo considerable del precio estipulado ... incumplió su deber de pagar totalmente el precio en la forma, tiempo y lugar estipulados"; y que además, "tratando maliciosamente de ampararse en la venta ... invadió un lote de terreno no comprendido en el contrato ... perteneciente a persona distinta del vendedor, por lo cual fue denunciado penalmente por despojo, delito del que están conociendo los funcionarios del Circuito de Girardot".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones en ella deducidas.

Y después de haber reconocido como ciertos los hechos atinentes a las cláusulas contractuales, negó el incumplimiento que le enrostra el demandante; expresó que el 27 de noviembre de 1972 le pagó a éste, quien firmó el correspondiente recibo, \$ 20.500.00 "para abonar al capital del saldo del precio", y además la suma de \$ 2.300.00 que era el valor de los intereses causados hasta entonces; y que posteriormente, ante la reiterada renuencia del acreedor a recibir el saldo del precio adeudado, "obtuvo del Banco de Colombia la expedición del cheque de gerencia fechado ese día, es decir el 28 de septiembre de 1973, por la cantidad de \$ 44.400.00" a favor de su demandante, el que puso, por medio de carta recomendada, a disposición de éste.

En esa misma oportunidad el demandado propuso las excepciones que denominó

"pago e incumplimiento del contrato por parte del demandante", fundándolas: la primera, en los hechos atrás referidos; y la segunda en que el comprador no había cumplido con su obligación de recibir el precio, ni canceló el gravamen hipotecario constituido como garantía de pago.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por las partes se continuó el trámite del proceso; y agotada que fue la tramitación de la primera instancia el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 25 de marzo de 1977, mediante la cual declaró probada la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, negó las peticiones formuladas en la demanda inicial, con costas para el demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con lo así decidido, el expediente subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que en su fallo de 17 de noviembre del mismo año, luego de infirmar la sentencia apelada, declaró resuelto el contrato de compraventa a que se refiere la Escritura Nº 6652; condenó al demandado a restituir al demandante los inmuebles, junto con los frutos "en la parte que corresponde al precio no pagado"; impuso al demandante el deber de restituir al demandado "el dinero pagado como parte del precio, con los intereses legales", lo mismo que el valor de las expensas necesarias invertidas en la conservación del bien; negó la súplica atinente al pago de perjuicios; y, finalmente, impuso al demandado las costas causadas en las dos instancias del proceso.

III

Motivación del fallo de segundo grado

1. A vuelta de transcribir innecesariamente todo el contenido de la demanda y del escrito de contestación a ésta, el sentenciador *ad quem*, en el inicio de las consideraciones de su fallo, advierte que la pretensión principalmente deducida en el presente negocio es la de resolución del contrato contenido en la Escritura Nº 6852

de 28 de septiembre de 1972, celebrado entre demandante y demandado.

Y nota que como fundamento de hecho de dicha súplica se invoca el incumplimiento de la principal obligación del comprador, puesto que según la demanda, —agrega— éste no pagó la totalidad del precio "en la forma, tiempo y lugar estipulados en el contrato".

2. Después de referirse a la cláusula de la escritura referente al precio de la venta, cuyo contenido transcribe, y de hacer alusión a los diferentes medios de prueba aducidos, con base en éstos da por demostrados en el proceso los siguientes hechos:

a) que de los \$ 57.500.00 que el comprador quedó debiendo como saldo del precio, éste pagó a su vendedor el 27 de noviembre de 1972 la suma de \$ 20.500.00 y los intereses hasta entonces causados, quedando a la sazón un saldo de \$ 37.000.00; y b) que como, según lo dicen los testimonios recibidos, durante el plazo estipulado el demandado ofreció varias veces al demandante pagarle la suma insoluta, ante la renuencia de éste, aquél compró en el Banco de Colombia el cheque de gerencia por \$ 44.400.00 el 28 de septiembre de 1973, a favor del vendedor, "suma en la cual se incluyen los \$ 37.000.00 . . . que quedaban como saldo del precio, más los intereses".

3. Estima el sentenciador *ad quem*, sin embargo, que como según la escritura contentiva del pacto las partes "estipularon que el saldo se pagaría en moneda de 'valor constante', sistema establecido mediante los decretos Nos. 677, 678 y 1229 de 1972", el pago ofrecido por el comprador no tiene la virtud de liberarlo de su obligación, puesto que él ha debido hacerse, —agrega— "teniendo en cuenta las fluctuaciones del valor, que para el 26 de septiembre de 1973, según se informa por la Junta de Ahorro y Vivienda era de \$ 110.42, lo cual imponía al demandado la obligación de probar que la consignación hecha para el pago del saldo cubría ese mayor valor, esto es, que se ajustaba al Valor Constante existente el día del vencimiento, lo que no hizo, por cuanto el cheque de gerencia por \$ 44.400.00 apenas sí cubría los \$ 37.000.00 y los intereses de que ya se habló, pero no el mayor valor causado por la variación del valor de la moneda, lo

cual lleva a concluir que el pago no se hizo en forma completa, al tenor de lo pactado".

Como apoyo jurídico de la conclusión a que llega, el sentenciador de segundo grado razona así:

"Bien que el artículo 3º del Decreto 571 de 1974 establece la obligación para las personas *naturales* de inscribirse en la superintendencia bancaria, cuando profesionalmente manejan, aprovechan o invierten fondos provenientes del ahorro privado mediante la captación de recursos monetarios para transferirlos en préstamos, y deberán ser supervigilados por la superintendencia bancaria, lo que concuerda con el artículo 47 parágrafo único del Decreto 2053 de 1974; a más de que corresponde al Presidente de la República, como atribución constitucional propia, la intervención respecto de inversión de fondos provenientes del ahorro privado; pero esto es únicamente con respecto a los fondos provenientes del ahorro privado en que participen o intervengan las *personas naturales*, control que también se extiende a las corporaciones de ahorro. Esto indica que no hay limitación alguna en cuanto a que los particulares en sus actos negociables apliquen el valor constante consagrado en pluralidad de normas instituidas para garantizar el ahorro. Además, examinando cuidadosamente todas y cada una de las disposiciones alusivas al Upac, no se encuentra ninguna que indique que este sistema se aplica únicamente a Corporaciones o a personas naturales que se dedican a la captación del ahorro para los fines expresados; de suerte que, habiéndose comprometido en este evento las partes a dar aplicación a las disposiciones sobre valor constante, no contrariándose con ella ninguna norma imperativa, ni el orden público ni las buenas costumbres, esto constituye ley para las partes que ha de cumplirse necesariamente, máxime que respecto a esta suerte de intereses existirá el control de la Superintendencia Bancaria (Decreto 1229 de 1972, Art. 2º) y de la Junta de Ahorro y Vivienda (Decreto 1229 de 1972, Art. 5º), entre otros medios, a través de las tablas de valores Upac, lo que hace más razonable y equitativo el sistema de intereses".

IV

El recurso extraordinario

Contra la sentencia que se deja extrajeta interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva el recurrente formula contra dicho fallo tres cargos, el primero por la primera y los restantes sin mencionar causal.

Cargo primero

Acúsease la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 1930, 1518 del Código Civil, 3º del Decreto 677 de 1972, 1º y 2º del Decreto 1229 de 1972, por aplicación indebida, 1495 y 1609 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la interpretación de un contrato "y dar por establecido, contra la realidad, que hubo pacto para pagar el saldo del precio en UPAC".

Después de transcribir el casacionista la cláusula 2ª del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública Nº 6852, dice que la cuestión sobre la cual debía pronunciarse la Corte "es si 'la moneda colombiana de valor constante' existe. Si en caso de existir esa 'moneda colombiana de valor constante' es equivalente al 'principio de valor constante de ahorros y préstamos consagrado en el artículo 3 del Decreto 677 de 1972'". Agrega que lo que consagraron los contratantes se relaciona con la moneda legal colombiana y lo que consagró el gobierno se relaciona exclusivamente con préstamos y ahorros. Además "es fácil entender que el sistema creado por el gobierno no podía extenderse a toda la moneda colombiana, para crear una división absurda entre moneda legal colombiana a secas y moneda legal colombiana de valor constante, por cuanto la norma constitucional invocada (Art. 120 numeral 14) no se lo permitía". Por consiguiente, continúa el censor, son dos cosas distintas "el principio del valor constante y préstamos" y "la moneda colombiana de valor constante".

De lo hasta aquí resumido, sostiene el recurrente, que cuando el *ad quem* "leyó en el contrato la frase 'moneda colombiana de valor constante' y entendió que se había pactado 'el principio de valor constante de ahorros y préstamos', se equivocó

de hecho en forma tremenda. Ni más ni menos le dio significado sinónimo al concepto 'moneda' con los conceptos 'ahorro y préstamo'".

Más adelante afirma el recurrente que si las partes contratantes no pactaron "el principio del valor constante", sino algo distinto, sería suficiente ir a la forma de ejecución del contrato, puesto que se pagó moneda colombiana, pues lo que hicieron los contratantes "fue darle un calificativo a la moneda legal colombiana, expresando un anhelo común, pero sin ninguna relevancia jurídica". Añade el censor que "si como erróneamente lo dijo el Tribunal hubiesen pactado 'el principio del valor constante de ahorros y préstamos', el precio, o el saldo del precio, no ha debido ser en moneda legal, sino en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), que se establecieron en desarrollo del principio del valor constante de ahorros y préstamos por el Decreto 1229 de 1972".

En procura de demostrar el yerro que le achaca al Tribunal, sostiene el censor que si el fallador de segundo grado "no hubiese visto en el contrato lo que no existe", no habría podido sostener que el demandado incumplió el contrato por insuficiencia en el pago ofrecido. El ofrecimiento de pago en la cuantía de que da cuenta el Tribunal colocaría al demandante vendedor en mora de recibir y de cancelar la hipoteca.

Culmina el recurrente el cargo insistiendo en el quebranto por el *ad quem* de los preceptos mencionados y especialmente de "todas las normas reguladoras del principios de valor constante de ahorros y vivienda", cuando entendió que debía aplicarlas al contrato de compraventa.

Cargo segundo

Mediante él se acusa la sentencia de quebrantar directamente, por falta de aplicación, los artículos 76, numeral 17 de la Constitución Nacional, 1502, 1519, 1523, 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1938; y por aplicación indebida, los textos 1930 del Código Civil, 3º del Decreto 677 de 1972 y 1º del 1229 del mismo año.

Desenvolviendo esta censura, asevera el recurrente que el Tribunal incurrió en el error jurídico de olvidar que "el sistema

de valor constante creado por el Presidente de la República como legislador excepcional, tiene un ámbito de aplicación restringido por el propio legislador, sin que les sea dable a los particulares ampliarlo".

Y luego de afirmar que según el artículo 76 de la Constitución Nacional, la función de regular todo lo relacionado con la moneda, incluyendo su poder liberatorio, corresponde única y exclusivamente al órgano legislativo del poder público, la impugnación se pregunta si los vendedores de finca raíz rural están legalmente facultados para pactar, en caso de haberse estipulado plazo, que el pago se haga en mayor cantidad de dinero de la convenida, si hubo devaluación; para contestarse a renglón seguido y en forma negativa su interrogante, porque, dice, "el sistema de valor constante para ahorros y préstamos, vale decir para los contratos de depósito y mutuo, no son (sic) aplicables al contrato de compraventa a plazos".

De lo cual infiere la censura que cuando el Tribunal aceptó extender el sistema creado por el legislador para cierto tipo de contratos, a otros no previstos en la norma, "violó por indebida aplicación esos artículos", quebranto que puntualiza así: el del artículo 1519 del Código Civil, "según el cual hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación, lo cual lo ha debido llevar a considerar el pacto en referencia como absolutamente nulo, según voces del artículo 1741, que por ende también violó"; y el del artículo 2º de la Ley 50 de 1935, según el cual "la nulidad absoluta debe decretarse de oficio".

Considera pues la censura, en suma, que la cláusula estipulada en el presente caso, consistente en que el comprador pagaría el saldo del precio de la venta en "moneda de valor constante" carece de validez jurídica y que así ha debido reconocerlo el fallador en su sentencia.

"Si el Tribunal, —dice el recurrente— en vez de darle validez a la cláusula del valor constante de la moneda, la hubiese declarado oficiosamente nula por objeto ilícito", habría llegado en su fallo a conclusión muy distinta a la que en él arribó; porque habiendo aceptado, "como aceptó, que se le ofreció al vendedor oportunamente el pago del precio, necesariamente hubiese tenido que declarar probada la

exceptio non edimpleti contractue que establece el artículo 1609 del Código Civil, y como consecuencia de ello no hubiese aplicado, como aplicó, el artículo 1930 de la misma obra, toda vez que la resolución de la compraventa implica necesariamente la mora del comprador en el pago del precio, fenómeno que automáticamente quedaría excluido como corolario de la mora del vendedor en recibir el precio y en cancelar la hipoteca".

Cargo tercero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 8º, 48 de la Ley 153 de 1887, 631 del Código de Comercio, y 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, en cuanto no se tuvo "en cuenta la doctrina del enriquecimiento sin causa respecto a la obligación de restituir el precio recibido en favor del comprador".

Explica el cargo el censor fundado en que si la ley y el juzgador fueron, con relación al vendedor, celosos protectores frente a la devaluación monetaria ocurrida, igual trato jurídico merece el demandado comprador. Como el Tribunal no lo hizo así, se ha consumado en favor del demandante un enriquecimiento injusto, que tiene como correlación un empobrecimiento del comprador.

Luego agrega el censor que a pesar de que no existe una regulación expresa aplicable al caso de autos, no es óbice para recurrir a otros preceptos como el artículo 831 del Código de Comercio y aplicarlo por analogía, máxime que se cumplen los presupuestos del enriquecimiento torticero, los cuales indica el recurrente a continuación.

Culmina el casacionista expresando que insiste en que las cláusulas de valor constante no son válidas, por no estar autorizadas por la ley y quebrantar preceptos de orden público y añade que este cargo está formulado para ser estudiado "en el evento de que no prospere ninguno de los anteriores".

Se considera

1. Aunque los cargos segundo y tercero no se ajustan a la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación, como quiera que se observa en ellos la omisión

en el señalamiento expreso de la causal respectiva, tal como lo exige el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, lo cual sería suficiente para su rechazo, la Corte procede a hacer las precisiones siguientes.

2. La reforma constitucional de 1968 buscó fundamentalmente una más adecuada distribución de las competencias para dictar las reglas legales que incidan en el campo económico, como quiera que los problemas contemporáneos de esa índole requerían de una solución pronta y oportuna que no se compadecía con un tratamiento prolongado y lento como lo es el de la formación de las leyes comunes en el país. Fundado el constituyente de esa época en el criterio antes expuesto, y dada la forma como quedó concebido el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, le corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, "ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

Sobre este principio normativo constitucional, se expedieron un conjunto de decretos (677 de 1972, 678 de 1972, 1229 de 1972, 1269 de 1972, 1456 de 1972, 1757 de 1972, 359 de 1973, 969 de 1973, 2004 de 1973, 2716 de 1973, 120 de 1974, 1728 de 1974, 1730 de 1974, 2404 de 1974, 633 de 1975, 1685 de 1975, 1110 de 1976, 664 de 1979), orientados a autorizar a entidades particulares para captar ahorro y canalizar estos fondos hacia los sectores de la construcción, bajo la modalidad del "ajuste monetario" por valor constante, esto es, aceptando e imponiendo el gobierno la reajustabilidad de los fondos por las fluctuaciones de la moneda en su capacidad adquisitiva.

3. Más en detalle, pero sólo comprendiendo los aspectos de mayor relieve o de importancia de la legislación atinente a la institucionalización en el país de Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), se desprende de ella lo siguiente:

a) Creó la Junta de Ahorro y Vivienda, a la cual se le asignó, entre sus funciones principales formularle al Presidente de la

República, "regulaciones de carácter general sobre el sistema del valor constante", teniendo en cuenta los objetivos del Decreto 677 de 1972 y hacerle recomendaciones "sobre las características básicas del sistema del valor constante, su periodicidad, plazo de las obligaciones, cupos, reajustes y en general, todo lo necesario para una adecuada ejecución y administración del sistema". Además, se le señaló como función estudiar y proponerle al gobierno las tasas de interés sujetas al sistema del valor constante, sobre concesión de préstamos y sobre el establecimiento de garantías de pagos. Posteriormente, al suprimirse la Junta de Ahorro y Vivienda por el Decreto 1110 de 1976, tales funciones en buena parte se le asignaron a la Junta Monetaria (Arts. 11 del Decreto 677 de 1972, 5 y 6 del Decreto 1110 de 1976).

b) Autorizó la constitución de corporaciones privadas de ahorro y vivienda, orientadas a promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, con sujeción al sistema del valor constante y le señaló los requisitos sobre el número de acciones, capital, tiempo de duración, régimen jurídico, etc. (Arts. 1º a 17 del Decreto 678 de 1972).

c) Aunque el primer asomo legislativo de implantar en el país el sistema de valor constante data del año de 1967, pues según el artículo 3º de la Ley 6º de ese año, se autorizó al gobierno para crear un bono de crédito interno, "cuyo valor, tanto en lo relativo al capital como a los intereses, estará ligado al movimiento de un índice de precios al por mayor" y, por consiguiente, los préstamos que se hagan para los objetivos indicados en la misma ley "deberán quedar sujetos a reajustes periódicos" con base en el movimiento de precios al por mayor, lo cierto es que tal mecanismo monetario o de salvaguardia del ahorro y crédito contra la depreciación de la moneda, se estableció y reglamentó con alguna claridad mediante los Decretos 677, 678 y 1229, todos del año de 1972. Por el primero de estos estatutos se expresa que el fomento del ahorro para la construcción se orientará conforme al principio del valor constante y, por tal virtud, todos los ahorros y préstamos a que se refiere el decreto "se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de

la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado. Parágrafo. Los reajustes periódicos previstos en este artículo se calcularán de acuerdo con la variación resultante del promedio de los índices nacionales de precios al consumidor, para empleados de una parte, y para obreros, de otra, elaborados por el Dane". (artículo 6º). Por el último de los decretos antes mencionados, al establecer la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), dispuso que su valor se determinará de acuerdo con la variación resultante del promedio del índice nacional de precios al consumidor, para empleados y para obreros, elaborados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para el periodo trimestral inmediatamente anterior. (artículo 3º). Finalmente, a partir del 1º de julio de 1976 la determinación se hará de acuerdo con la variación acumulada para los doce meses inmediatamente anteriores del índice nacional de precios al consumidor elaborado por el Dane (Art. 11 del Decreto 1110 de 1976).

4. Resulta, entonces, que mediante la legislación referente al establecimiento en el país del sistema de Unidad de Poder Adquisitivo Constante, se pone de presente, de una parte, una política económica de fomento al ahorro y a los préstamos para la construcción y, de otra, se reconoce como existente al fenómeno real y evidente de la inestabilidad monetaria, por lo que se implanta el mecanismo de reajuste o corrección ya visto.

Es preciso, empero, enfatizar que el sistema de Unidad de Poder Adquisitivo Constante no configura un nuevo signo monetario, Precisamente, por no tener tal categoría, el gobierno legal y constitucionalmente podía expedir los decretos atinentes al valor constante.

5. Con estos antecedentes legales y las explicaciones dichas, se pregunta si los participantes de una convención o contrato, conscientes de la inestabilidad monetaria y, por ende, del flagelo de la desvalorización de la moneda, pueden o no pactar que sus obligaciones dinerarias a plazo o diferidas se cumplan en moneda legal colombiana, teniendo como base la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC)? En otros términos, pueden las partes con-

tratantes, en el género de obligaciones dichas, acordar lícitamente que su cumplimiento o pago se haga con sujeción al sistema del valor constante?. La respuesta implica la necesidad de abordar otros temas de singular importancia, de las cuales la Corte se ocupa enseguida.

6. El contrato, que constituye la fuente más fecunda e importante de las obligaciones, a la vez se presenta como el instrumento más adecuado de que dispone la persona para regular sus relaciones jurídicas con otras, en orden a satisfacer sus deseos y necesidades. En esta labor, en pos del principio de la soberanía contractual (Arts. 15, 16 y 1602 del Código Civil), pueden las partes acordar con entera libertad todo aquello que no comprometa el orden público, las buenas costumbres o que no esté prohibido por la ley.

La libertad contractual, que constituye el principio general para los participantes en los negocios jurídicos, sufre recortes o restricciones, unas genéricas y otras específicas. Dentro de la primera categoría se ubican el orden público y las buenas costumbres; dentro de la segunda, todas aquellas particulares situaciones que el ordenamiento impide, por ejemplo, renunciar a la facultad de pedir separación de bienes (Art. 10 L. 1ª, de 1976), renunciar, ceder o vender el derecho de alimentos (Art. 424 C. C.), los pactos sobre sucesión futura (1520 C. C.), la condenación del dolo futuro (1522 C. C.), etc.

Por consiguiente, cuando se ajusta una convención mediante la cual no se subestiman principios superiores o normas imperativas, tal acuerdo adquiere una fuerza vinculante u obligatoria semejante a la ley, porque no otro principio exterioriza el artículo 1602 del Código Civil, cuando dispone 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".

7. Entonces: *con motivo de la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad, los particulares tienen la libre iniciativa para regular sus relaciones mediante actos jurídicos, con las restricciones de índole general o particular ya vistas y, del mismo modo, gozan de plena libertad para modificarlas o extinguirlas, pues excepcionalmente algunos alcanzan tal vigor y*

estabilidad, que el mutuo disenso no es apto para disolver o revocar la declaración hecha, como ocurre en el contrato matrimonial y el reconocimiento de filiación natural (Arts. 140 C. C., 1º L. 1ª de 1976, 2º Ley 45 de 1936 y 1º Ley 75 de 1968).

8. En este orden de ideas y asistidas las partes del principio de la soberanía de la voluntad, les es lícito pactar que el pago de obligaciones dinerarias diferidas se haga en moneda colombiana con sujeción al sistema del valor constante de que tratan los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972, pues se trata de un mecanismo que no ríne con las normas de orden público, de las buenas costumbres y que, por el contrario, tiene por veneno la misma ley, así el ordenamiento lo haya empezado a utilizar en un campo de la economía nacional, por cierto muy importante y vasto, como lo es el del ahorro y la construcción. A riesgo de fatigar con la repetición, se insiste en que este sistema no constituye o configura un nuevo signo monetario, ni algo extraño al desenvolvimiento económico del país. Ciertamente apuntaba un profesor universitario en comentario sobre "El Valor Constante en Ahorros y Préstamos", que convenía no perder de vista que el valor constante siempre ha existido, exteriorizado a través de los aumentos o reajustes de precios de los bienes y servicios necesarios en el desenvolvimiento de la comunidad, pues constantemente se aumentan los precios en vestuario, artículos alimenticios, cánones de arrendamiento, impuestos, etc. De esto concluye que las únicas "áreas de la economía que carecían de reajuste eran el ahorro y el préstamo hipotecario a largo plazo. Por eso extraña que se diga que la economía entrará en valor constante. Son, en verdad, el ahorro y el crédito ... los que van a entrar en la economía, que siempre ha tenido valor constante".

9. En los momentos actuales, las obligaciones de dinero deben pagarse en moneda colombiana, o sea, en billetes emitidos por el Banco de la República (Arts. 2º Ley 46 de 1923 y 3º de la Ley 167 de 1938 y 874 del C. Co.), sin que esto sea óbice para que las personas, en sus negocios jurídicos, acuerden e inserten cláusulas de ajuste o corrección, que la misma legislación colombiana ya autoriza en algunos sectores de la economía nacional.

El hecho de que en las relaciones contractuales se establezcan cláusulas de corrección, fuera de que no está prohibido, es una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, a prever el enriquecimiento torticero, y a contratar sobre el valor real de la moneda. Percibir las partes esta realidad, no conduce a causar una inflación, ni agrava la existente si la hay.

Por otra parte, no debe perderse de vista que por imperativo legal, el pago, para que produzca el importante efecto de extinguir la obligación, entre las varias exigencias legales debe ser íntegro o total (Art. 1649 del C. C.), como también la de que el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que la que se le déba y, además, que "se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación" (Art. 1627 del C. C.).

Conviene sí aclarar que no en todo género de contratos civiles se encuentra la vía expedita para que las partes tengan en cuenta las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, porque algunos, como el contrato de arrendamiento de predios urbanos, de venta de artículos de primera necesidad, y en todos aquéllos que se encuentren controlados e intervenidos en el precio y pago de obligaciones dinerarias, escapan a la libre regulación de las partes y, por ende, a los pactos de ajuste.

10. El aspecto que aquí se toca ya ha sido analizado muy ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo, con motivo de las dos guerras mundiales que trajeron aparejados como perniciosa secuela las crisis económicas y la depreciación de la moneda, particularmente en los países complicados en las conflagraciones. Analizando su incidencia en las relaciones contractuales privadas, han sostenido los tribunales extranjeros y los tratadistas, que si el valor del dinero reside no en lo que es sino en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es ni sería el de obtener una suma nominal monetaria, sino el logro del poder adquisitivo. Por tal virtud, acudiendo a los principios o reglas generales del derecho, como el de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la equidad, el enriquecimiento injusto y la ruptura del equilibrio

entre las prestaciones de las partes, se desentendieron del postulado nominalista de la moneda y cogieron por el sendero de ajustar la obligación dineraria. Y fueron los tribunales alemanes los que con mayor vigor, a partir de la primera guerra mundial, reaccionaron con fundamento en los postulados que se acaban de mencionar.

11. En el campo de la indemnización de perjuicios por culpa aquiliana, la doctrina, fundada en el principio rector de que la indemnización debe ser "completa", ha sostenido que en el evento de que entre la fecha de ocurrencia del hecho causante del daño y la fecha de su reparación o indemnización haya variado el poder adquisitivo de la moneda, la solución o pago de la correspondiente indemnización debe comprender el fenómeno de depreciación monetaria, esto es, debe verificarse con el siguiente ajuste. Entre los tantos tratadistas que se han ocupado de este importante y complicado tema, figuran Henri y León Mazanud y André Tunc, quienes en su obra, al estudiar las "variaciones del valor del daño" con motivo de los cambios de valor de la moneda, no dudan de que se deben tener en cuenta las fluctuaciones de ésta a la fecha en que el juzgador decide el litigio.

Los mencionados tratadistas, que estudian el problema ampliamente, no vacilan en extender el anterior criterio al campo contractual, fundados en el mismo postulado y en la doctrina de los Tribunales franceses.

En efecto, afirman:

"Por una sentencia de 24 de marzo de 1942, en el pleito del incendio de una casa, la Cámara de admisión afirmó esa jurisprudencia, y estableció rigurosa y ampliamente el principio de la indemnización en el día en que sentencie el juez la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debe ser calculada sobre el valor del daño en el día de la sentencia de primera instancia o de apelación; ... a partir de ese instante, teniendo en cuenta el alza de los precios producida luego de las operaciones periciales para fijar la cuantía de los daños y perjuicios que habían de concederse —(a la víctima)—, la sentencia ... ha justificado legalmente su fallo".

"Esa sentencia ha fijado la jurisprudencia, la Cámara Civil de la Corte de Casación, y siempre a propósito del incendio de una casa, reiteró, en una sentencia del 15 de julio de 1943, la solución dada por la Cámara de admisión: 'la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debe ser calculada sobre el valor del daño en el día de la sentencia de primera instancia o de apelación que consagre el crédito indemnizador de la víctima'.

"El 12 de enero de 1948, declaró de nuevo que 'la indemnización evaluada según las reglas del derecho común' se 'calcula a la fecha de la sentencia'.

"Sin duda, la Cámara Civil precisa en esas dos sentencias que el responsable así obligado es 'el autor de un delito o quasi-delito'. Pero no por eso excluye la solución en materia contractual, donde no se encuentra, como se verá, razón alguna particular para no aplicar la solución general. La prueba de ello se encuentra en que, en todas las sentencias suyas dictadas en materia de transporte de mercaderías por ferrocarril y para aplicación por Decreto Ley del 23 de diciembre de 1939, que limitaba la responsabilidad del porteador al valor de la mercadería en el día de la expedición, la Corte de casación ha tenido sumo cuidado en reservar esa solución excepcional tan sólo a los transportes de mercaderías por ferrocarril. Por lo demás, para cortar por lo sano todas las controversias, mediante una sentencia de su sección civil, del 16 de febrero de 1948, la Cámara civil de la Corte de casación afirma, en un pleito donde un arrendatario rural había comprometido su responsabilidad contractual con respecto al arrendador, que, 'por tratarse de un perjuicio sometido el aumento del precio de la paja por influencia de las variaciones monetarias, debe ser fijado el importe de la reparación en el día de la resolución judicial'.

"Los Tribunales de primera instancia y las Cortes de apelación se han plegado a la opinión de la Corte de casación, ya se trate de responsabilidad delictual o quasi-delictual o de responsabilidad contractual; aunque algunas resoluciones permanezcan apegadas no obstante a la evaluación en el día del daño en materia de responsabilidad contractual.

"El Consejo de Estado que, para los daños corporales, se ha plegado a la opinión de la jurisprudencia judicial, al adoptar el justiprecio en el día de la sentencia, avallúa, por el contrario, los daños causados en los bienes en el día en que la víctima hubiera podido proceder a la reparación. Pero algunos autores piensan que su doctrina se puede resumir en una frase: la evaluación de los daños debe tener lugar en la fecha en que la víctima haya podido borrar, o hubiera podido borrar, las consecuencias materiales del mismo, ya sea efectuando un desembolso, ya sea recibiendo una indemnización. Incuestionablemente, esa doctrina es por demás severa.

"Hay que sumarse sin vacilación, a la solución adoptada por la Corte de casación: evaluación del daño en el día de la sentencia.

"En esas sentencias se encuentra un fundamento simple y concluyente: 'La víctima tiene derecho a la reparación del daño que haya sufrido'; el responsable 'está obligado a la reparación íntegra del daño que haya causado'. Por eso, cuando el juez, en lugar de ordenar una reparación en especie, o en un equivalente no pecuniario, concede una indemnización, debe fijarla en la suma que le fuere necesaria a la víctima para reponer las cosas en su estado anterior; para hacer que desaparezca el daño, para reparar la casa incendiada; para comprar un caballo parecido a aquél cuya muerte ha sido causada por la culpa del responsable; para arreglar el automóvil estropeado o, si no es reparable, para comprar uno nuevo; para procurarse las mercaderías que no han sido entregadas. Y esa es la suma necesaria actualmente; puesto que es ahora cuando la víctima, provista de la indemnización, podrá proceder a las reparaciones o al reemplazo. Sin ello, la reparación consistente en dinero no sería igual a la reparación en especie o en equivalente no pecuniario. Sin eso, la indemnización haría que entrara, desde luego, en el patrimonio de la víctima un número de francos que representaría, en el día del accidente o del incumplimiento, el precio de las reparaciones o el precio de compra de un objeto parecido al objeto destruido o al valor de las mercaderías que

no se hubieran entregado; pero no haría que entrara en ese patrimonio un inmueble similar a la casa incendiada, ni un caballo parecido al caballo matado, ni un automóvil igual al automóvil destrozado, ni las mercaderías. La indemnización no repararía el daño. Representaría solamente el valor pasajero de ese daño en el día de su realización.

"La indemnización concedida por el juez no puede reparar el perjuicio más que si le permite a la víctima reponer las cosas en su estado anterior, volver a contar en su patrimonio con un objeto parecido o equivalente al que haya salido de él o al que no haya ingresado en el mismo por la culpa del responsable. Así pues, debe ser calculada según el valor del daño en el día de la sentencia". (Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo 3, volumen 1, págs. 634 a 639).

En países como Chile, con problemas económicos cronológicamente más recientes, los Tribunales a menudo deciden litigios contractuales y extracontractuales y, en lo que toca con los primeros, la doctrina implantada ha sido vigorosa y unánime en materia de aceptación del criterio del reajuste monetario por la depreciación de la moneda. Téngase muy en cuenta que los fallos de mayor importancia se han producido a partir del año de 1966. Entre nosotros, también hay expositores que sostienen igual criterio.

12. Las premisas sentadas llevan a la conclusión de que la cláusula segunda contenida en la Escritura Pública Nº 6852 de 28 de septiembre de 1972, de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, no se resiente en su legalidad; ni fue desacertadamente interpretada por el Tribunal al considerar que el pago acordado se haría en moneda, entendiéndose desde luego colombiana, con sujeción al sistema "de valor constante". Por consiguiente, no cometió los yerros que se le achacan en los cargos primero y segundo y, menos pudo quebrantar las normas sustanciales indicadas en los citados cargos. Además, con relación a los cargos segundo y tercero, conviene repetir que padecen de la grave falla técnica de no mencionar la causal de casación en que se

apoyan, exigencia que no puede suplir la Corte, ante el carácter eminentemente formalista y dispositivo del recurso extraordinario, agregándose al último la falla de haber sido formulado de manera subsidiaria.

Se rechazan, pues, los cargos.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 17 de

noviembre de 1977, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, con salvamento de voto; Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

SALVAMIENTO DE VOTO

El proyecto de sentencia inicialmente presentado por mí en el presente negocio, y que, luego de discutido, fue improbadado por la mayoría de la Sala, llegaba a la cardinal conclusión de la prosperidad del cargo segundo de la demanda de casación y por ende a la quiebra, por dicho motivo, del fallo del Tribunal de Bogotá.

Como las razones que en dicho proyecto expuse para sustentar la tesis continúan teniendo hoy para mí el mismo vigor, con ellas las que me han conducido a no compartir la motivación ni menos la parte resolutiva de la sentencia proferida; razones que ahora expongo respetuosamente como fundamento de mi disentimiento.

LA INEFICACIA JURIDICA DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE PAGO DEL SALDO DEL PRECIO DE LA COMPRA-VENTA POR EL SISTEMA DE VALOR CONSTANTE

Para arribar, singularmente en el litigio de este proceso, a esta importante conclusión, tomé apoyo en las siguientes consideraciones:

Primera: La inflación monetaria, cuyo efecto sustancial se traduce en una continua y apreciable desvalorización del poder adquisitivo de la moneda, es problema que repercute hondamente no sólo en el campo económico propiamente dicho, sino también en el ámbito del derecho, desde luego que la relación jurídica de obligación se ve directamente afectada con motivo del pago diferido que en cierto momento hará el deudor al acreedor con moneda de menor valor.

Es indiscutible que las consecuencias del fenómeno inflacionario en las relaciones jurídicas, en las que se han consentido largos plazos para el pago, se van produciendo inexorablemente; ante todo, con provecho evidente e injusto para el deudor que

paga realmente menos, y recíprocamente, con perjuicio igualmente evidente e injusto para el acreedor que, por ende, de hecho también recibe menos.

Segunda. El apuntado desequilibrio, que es palmar en los países de inestabilidad monetaria y que se acrecienta en la medida en que ésta aumenta su proporción, es la razón que ha impulsado a las partes para precaverse del efecto de las normas legales y asegurar la estabilidad de sus contratos, mediante la inserción en éstos de las llamadas *cláusulas de salvaguardia monetaria*, cuyo fin es, pues, evitar las consecuencias de la disminución eventual del poder adquisitivo de la moneda.

Las numerosas estipulaciones que con el objeto indicado ha ensayado el hombre se han enlistado por la doctrina del derecho en dos grandes grupos: cláusulas monetarias *stricto sensu*; y cláusulas monetarias *lato sensu*.

Pertenecen al primer tipo la "cláusula oro", la "cláusula valor oro" y la "cláusula de pago en moneda extranjera", las cuales esencialmente consisten, en su orden, en estipular que el deudor pagará en especies monetarias de oro; en billetes de curso forzoso, pero en una cantidad tal que resulte equivalente al contenido metálico que los dichos billetes hubieran tenido en el momento de la perfección del contrato respectivo; o en una moneda extranjera que se considera estable, o menos inestable que la doméstica.

Dentro del grupo de estipulaciones monetarias *lato sensu* se encuentra la denominada "cláusula mercancía", en la que el contrato se perfecciona acordando las partes que el pago se hará en determinados productos, o en la cantidad necesaria de billetes de banco para permitirle al acreedor que adquiera en el mercado esos productos; y la llamada "cláusula de es-

cala móvil", consistente en el pacto que dice que la suma debida variará en función del índice del costo de la vida, por ejemplo, y ese monto, calculado con base en dicha referencia, será el que debe satisfacer el deudor a su acreedor para que la obligación se extinga íntegramente.

Tercera. En presencia de los conflictos generados por las cláusulas de salvaguardia monetaria, acordadas en los contratos, y a falta de legislación en el punto la jurisprudencia debió avocar el problema para deducir la eficacia o ineficacia de tales estipulaciones. Y si bien es verdad, como ocurrió en Francia, que en esta materia de la corrección monetaria la jurisprudencia se resintió inicialmente de vacilaciones que la tornaron ondulante e indecisa, no lo es menos que a la postre, en relación con las cláusulas monetarias *stricto sensu*, o sea las que estipulan el pago en oro, en valor oro, o en moneda extranjera, predicó la nulidad absoluta de ellas.

Para fundamentar la tesis de la invalidez dijose, en suma, que la aceptación de una cualquiera de estas tres cláusulas de salvaguardia monetaria implicaría refrendar la posibilidad para que los particulares, al celebrar sus contratos, burlen la voluntad del Estado; abandonen el régimen del curso forzoso y el poder liberatorio, y entorpezcan y aún pongan en peligro la confianza debida a la moneda nacional. Es evidente que si se permitiese estipular el pago en oro, en valor oro o en moneda extranjera, el acreedor buscaría valuar los términos de su contrato por fuera del valor establecido para la moneda nacional; de otra parte, en el momento de realizar el pago el deudor no podría beneficiarse de las ventajas propias del poder liberatorio absoluto de la moneda.

Semejante ha sido, con relación a estas especiales estipulaciones contractuales, la doctrina acogida por la jurisprudencia en Colombia. Tiene dicho en efecto la Corte que "El sistema monetario de un país pertenece a su derecho público. Este, en su aplicación y sus consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado, por ser ello característico de la democracia" (XLIV, 621).

Cuarta. Frente a las cláusulas monetarias *lato sensu*, es decir a las que perfecionan el contrato relacionando el pago con determinados productos o con el índice del costo de la vida, por ejemplo, la jurisprudencia de los Tribunales de los países que han estudiado el problema ha sido muchísimo más flexible: en principio se las ha considerado como lícitas y por ende admisibles jurídicamente. Por ser el producto de la autonomía de la voluntad contractual se impone aceptarlas, en los casos en que no sean contrarias al orden público ni a las buenas costumbres.

Dícese, para fundar la eficacia jurídica de las estipulaciones de este tipo, que con ellas los contratantes no han querido burlar las leyes reguladoras del sistema monetario de los países, sino únicamente expresar su voluntad de evitarle al acreedor el tener que soportar las consecuencias de la depreciación de la moneda nacional.

Quinta. No escapan hoy a mi mente los muchos fundamentos que, en lo tocante con las cláusulas monetarias *lato sensu*, concurren a aquilar su licitud jurídica y por consiguiente al reconocimiento de su eficacia. Ciertamente que es la equidad, valor jurídico de importancia suma, la que se ve como razón apodíctica que autoriza atribuir validez a estas cláusulas de estabilización, para evitar a través de ellas el desequilibrio económico que produce, en períodos inflacionarios, el cumplimiento de los contratos de ejecución sucesiva, o cuando en éstos las partes han consentido en largos plazos para el pago de las prestaciones correspondientes.

No es justo para el acreedor, obvia y naturalmente, que su deudor le pague con un número de moneda igual a lo pactado, pero de un valor adquisitivo inferior al día en que se contrajo la obligación; ni es equitativo que los riesgos de la desvalorización monetaria los soporte en su totalidad uno solo de los contratantes, mientras su contraparte ha sacado provecho indiscutible de esa circunstancia económica. No sería exacto afirmar, quizás, que el deudor que paga el número de monedas pactado, pero en todo caso desvalorizadas, extinga efectiva, real e íntegramente la obligación debida; ni, por ende, constreñir al acreedor a que lo libere de ella.

Evidentemente son numerosos, muchísimos los casos en que, ora con fundamento en la equidad, ya amparados en la lógica de las cosas, o ya en un detenido y sereno análisis de las normas jurídicas pertinentes, pueden los juzgadores reconocer eficacia a algunas de las cláusulas monetarias, obviamente de las llamadas *lato sensu*, acordadas por los contratantes para garantizar la estabilidad de sus pactos y evitar con ellas que sea el acreedor, solamente, quien está llamado a tomar para sí las consecuencias de la desvalorización del poder adquisitivo de la moneda.

Sexta. Pero si bien la validez de las cláusulas monetarias *lato sensu* puede elevarse a la categoría de principio, no es dable sin embargo atribuirle carácter absoluto, como lo hace la sentencia de la cual me separo, desde luego que una aplicación rigurosa de dicha regla puede conducir a resultados exorbitantes y hasta cierto punto injustos, como lo han advertido los países en que el fenómeno de la inflación ha tomado perfiles más alarmantes que en Colombia; aceptarlo sin salvedades implicaría refrendar la posibilidad de contravenir leyes especiales que autorizan la corrección monetaria, pero no como un sistema general sino muy particular, o sea, limitado a ciertas y determinadas operaciones.

Lo que da tanto como afirmar que la validez o eficacia de las cláusulas contractuales de corrección monetaria es principio que admite excepciones, y que, por lo mismo, corresponde al juez en cada caso discernir su licitud, en procura de lo cual debe fundarse preferentemente en la materia específica de que trata el contrato, relacionándola con los sistemas legales que regulan la corrección monetaria, que es, a mi juicio, cuestión que atañe indiscutiblemente el orden público económico. Sería inaceptable, *verbi gratia*, que al través de una de estas cláusulas de salvaguardia los contratantes, al estipularla, o el juez al admitirla, ampliaran el alcance de leyes limitativas o de excepción, pues con tal procedimiento un sistema legal específico y particular se tornaría en general, por el simple querer de los particulares o por la voluntad del juez, invadiéndose así por éste o por aquéllos un campo que, institucionalmente, es atribución exclusiva del legislador.

Séptima. Dentro de las enmiendas a la Constitución Nacional introducidas en el año de 1968, se consagró como atribución gubernamental propia una función de eminente contenido económico, que el numeral 14 del artículo 120 concreta en "la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de persona naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

En ejercicio de esta facultad constitucional el Ejecutivo, con el pronunciamiento del Decreto Nº 677 de 2 de mayo de 1972 estableció, como medio para fomentar "y estimular el ahorro con el propósito de canalizar parte de él hacia la actividad de la construcción", el sistema que denominó "*principio del valor constante de ahorros y préstamos*", el que, ampliado y perfeccionado por normaciones positivas posteriores, entre sus rasgos más relevantes presenta los siguientes:

a) su existencia se subordina al querer concorde de las partes, desde luego que al crearlo el Gobierno, mediante el artículo 3º del decreto precitado, requiere que esté "determinado contractualmente"; y luego, mediante el artículo 2º del Decreto Nº 1229 de 17 de julio del mismo año, dijo que "Para los efectos previstos en el artículo 1516 del Código Civil, tanto en los contratos sobre constitución de depósitos de ahorros entre los depositantes y las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, como en los contratos de mutuo que éstas celebran para el otorgamiento de préstamos, se estipulará expresamente que las obligaciones en moneda legal se determinarán mediante la aplicación de la equivalencia de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC)";

b) caracterízase el sistema porque, según lo expresa el mismo artículo 3º del Decreto 677 antecitado, para efecto de que los ahorros y los préstamos referidos conserven el valor constante, "unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado"; reajustes que, según lo dice el parágrafo único de esta disposición, deben calcularse de acuerdo "con

la variación resultante del promedio de los índices nacionales de precios al consumidor, para empleados, de una parte, y para obreros, de otra, elaborados por el DANE”;

c) en desarrollo del principio de valor constante el Ejecutivo Nacional estableció, mediante el Decreto 1229 de 1972 (Art. 1º), la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), no como un signo monetario, es cierto, sino apenas como un instrumento “con base en el cual las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deberán llevar todas las cuentas y registros del sistema, reducidos a moneda legal”.

Como no es signo monetario nuevo, es entonces evidente que a la UPAC no se le atribuye poder liberatorio general, ni menos se le asigna a dicha unidad de cuenta atributo alguno que permite considerarla como de curso forzoso. La UPAC, es pues, como se infiere del contenido de los preceptos legales que la establecieron, una medida de valor que sirve para determinar, por su equivalencia con las variaciones de precios en el mercado interno, el *quántum* pero solamente de cierto tipo de obligaciones; las que contraen las Corporaciones de Ahorro y Vivienda con los ahorradores, y las que adquieren los beneficiarios de este tipo de crédito con esas mismas entidades privadas; y

d) la existencia de Corporaciones Privadas de Ahorro y Vivienda, cuya creación se autorizó por el Decreto Nº 678 de 1972 para el manejo del sistema, y la de las “Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Préstamo” (Decreto 299 de 1973), entidades ambas cuyo objeto se contrae, en suma, a realizar, “con aplicación en lo pertinente del sistema de valor constante”, los siguientes actos: recibir “depósitos de ahorros”; “otorgar préstamos a largo y corto plazo” a los industriales de la construcción, de la urbanización y para la producción de bienes que requieran esas industrias, así como para financiar la adquisición de vivienda mediante préstamos individuales (Decreto 677 de 1972, Art. 15; 678 de 1972, Art. 2º; 1269 de 1972, Art. 11; 359 de 1973, Art. 1º, y 299 de 1973, Art. 1º); y, por último, mediante el reciente Decreto Nº 148 del presente año, participar en la celebración de los llamados “arrendamientos financieros”.

Octava. Esta parcial descripción de los principales rasgos del *Sistema de Valor Constante*, instituido por los decretos en comento, autoriza afirmar inequívocamente que lo establecido en ellos es un medio de estímulo para fomentar el ahorro privado con el claro propósito de canalizarlo hacia la actividad de la construcción. En lo fundamental, tales disposiciones regulan la actividad de ciertas y determinadas personas: las Corporaciones y Asociaciones Mutualistas “de Ahorro y Vivienda”, cuyo objeto único es, dicho tautológicamente, la captación del ahorro por el sistema de valor constante para transferirle en forma de préstamos a los industriales de la construcción, de la urbanización y para la producción de bienes que requieran esas industrias, así como para financiar, mediante préstamos individuales, la adquisición de vivienda.

Todo lo cual significa que el Ejecutivo Nacional, tomando por punto de partida el preciso campo demarcado por el Constituyente de 1968, estableció el “principio de Valor Constante”, pero no como un sistema normativo de tipo general, sino, contrariamente, con indiscutible particularismo. Lo consagró, es cierto, pero limitándolo tanto subjetiva como objetivamente: lo primero, porque restringió su aplicación a las Corporaciones y Asociaciones Mutualistas; y lo segundo, porque determinó como único ámbito de operancia del sistema los contratos de depósito y préstamo que, con el objetivo indicado, ejecutan dichas personas.

Carácter particular y objetivo específico que al apuntado principio o sistema le reconoce expresamente la sentencia de cuyo contenido me separo, pues tal es lo que dice al afirmar que los decretos que lo establecieron están “orientados a autorizar a entidades particulares para captar ahorro y canalizar estos fondos hacia los sectores de la construcción”; y el reconocer paladianamente que el sistema de valor constante “pone de presente, una política económica de fomento al ahorro y a los préstamos para la construcción”.

Siendo pues, por disposición constitucional y legal, particular y específico el principio en comento, parécmeme apenas obvio entonces afirmar que, en los contratos que ajustan distintas personas y sobre mate-

rias diferentes a las que los precitados decretos determinan, el sistema de valor constante no puede tener en principio aplicación. Dicho sistema encarna, por disposición del legislador, una faz de la corrección monetaria que, justamente por ello, concierne al orden público económico del país.

Novena. Es hoy verdad averiguada que el encargo de aplicar las leyes, en las sociedades modernas, corresponde a uno de los poderes que integran la estructura del Estado: el poder judicial.

Y es igualmente cierto que en el cumplimiento de su función señera los jueces tienen que interpretar no solamente las normas legales ambiguas, sino que, en determinadas ocasiones, deben hacerlo en frente de las que son claras. Si la aplicación de la norma de derecho implica una labor intelectual, la indispensable para resolver al caso particular y concreto con la fórmula general y abstracta dada por el legislador, resulta evidente que no es posible aplicar la ley sin su previa interpretación.

El arte de interpretación jurídica, que la doctrina ha denominado hermenéutica legal, no puede sin embargo abandonarse a las inclinaciones caprichosas de cada intérprete, pues si así fuera habría en la jurisprudencia un verdadero caos; entonces esa labor tiene que realizarse obedeciendo el intérprete a ciertos principios o líneas directrices que, como sucede en el derecho positivo Colombiano, por estar determinados por el legislador forman un sistema de interpretación reglado, el cual, aunque un tanto elástico e impotente para conducir a una unidad absoluta de interpretación, contribuye notablemente sin embargo a disminuir las diferencias en las soluciones de los intérpretes.

Toda la labor de hermenéutica legal apunta, en suma, a determinar el sentido y el alcance de la norma jurídica. Ocurre lo primero cuando el texto de la ley no es suficientemente claro y por ello se presentan dudas sobre el pensamiento del legislador; y sucede lo segundo cuando, muy a pesar de la claridad del precepto, se muestran casos que no encuadran exacta y precisamente en sus términos.

Décima. Sin descartar la existencia de otros, dentro de los métodos de interpreta-

ción legal siempre se han tenido como relevantes los llamados gramatical, lógico y sistemático.

La interpretación gramatical o filológica se refiere al conocimiento de la norma de derecho y a la precisión de su sentido, buscados a través del lenguaje empleado por su autor. Es la regla de interpretación más generalmente aceptada, puesto que si el pensamiento se exterioriza con palabras; si aquél se hace visible con éstas, siempre que se conozca claramente la voluntad del legislador no es permisible desacatarla pretextando interpretación.

“Cuando el sentido de la ley sea claro, —dice el artículo 27 del Código Civil— no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Es decir, que en todos los casos en que el querer del legislador se expresa a través de palabras adecuadas, en tal forma que dichos términos de exteriorización por sí solos suministran la *ratio legis*, o sea su sentido y alcance exactos, ahí termina la labor de hermenéutica.

La interpretación lógica pretende sobre todo encontrar la intención o espíritu de la ley. Diríjese entonces a investigar tanto la *ratio legis*, es decir, el propósito perseguido por el legislador, como la *occasio legis*, o sea las circunstancias particulares del momento histórico que determinaron su pronunciamiento. Para ello se acude a los trabajos preparatorios de la ley, a la materia que ésta reglamenta, a las fuentes de donde sale, etc.

A términos de lo expresado por el artículo 31 del Código Civil, la interpretación sistemática indica que para conocer los verdaderos sentido y alcance de una ley es preciso relacionar sus varios textos entre sí, y todos éstos con otras normas, muy singularmente con las que regulan la misma materia.

Pero en toda esta tarea de interpretación, es menester que el juez recuerde que a ciertas leyes no les puede en absoluto extender sus efectos fuera de las hipótesis expresamente formulados en su texto. Ello sucede con las normas que consagran reglas de excepción, en las cuales es preciso que el intérprete se ciña rigurosamente a los supuestos hipotetizados en ellas por el legislador, sin permitirselo transponer los linderos por éste demarcados.

Décima Primera. Cualquiera que sea el método al cual se acude para interpretar los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972, el elegido conduce inexorablemente a afirmar que con ellos el Gobierno Nacional estableció el "Sistema de Valor Constante" es cierto, pero para regular con él únicamente la actividad de las personas jurídicas que tengan por objeto social específico el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado. O sea, que el ámbito de su aplicación se restringe, objetivamente a los contratos de depósito y préstamo, y subjetivamente a las Corporaciones y Asociaciones de Ahorro y Vivienda.

Así lo indica la interpretación gramatical, pues las palabras mediante las cuales entonces el Gobierno Nacional exteriorizó su pensamiento presentan u ofrecen claridad meridiana, a tal punto que como de la sola lectura de los decretos respectivos se infieran sus sentido y alcance, innocuo resulta acudir a otro método de interpretación. Pero si esto fuere necesario, sin mayor esfuerzo habría que decir que el espíritu del legislador, como éste lo dijo, lo repitió y lo reiteró en todos los decretos referidos, fue el de "fomentar el ahorro con el propósito de canalizar parte de él hacia la actividad de la construcción"; coordinar "las actividades de las personas o instituciones que tengan por objeto el manejo y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado"; recibir, con aplicación del sistema de valor constante, "depósito de ahorro"; "otorgar préstamos a largo y corto plazo para ejecución de proyectos de construcción o adquisición de edificaciones"; o "de renovación urbana"; etc., etc.

Décima Segunda. Si, pues, tanto los sujetos como el objeto de los referidos decretos están clara y precisamente determinados en el contexto mismo de éstos, no queda a la discreción del juez, sin violar esa limitación constitucional y legal, aplicar sus preceptos a personas y actos diferentes, o sea, darles una interpretación extensiva que el contenido de tales normas excluye. Para que una norma jurídica se aplique a una persona es necesario, como parece obvio, que ésta se encuentre en las determinadas condiciones previstas por el legislador.

Décima Tercera. De todo lo atrás discurrido cabe concluir que en el presente caso el sentenciador de segundo grado quebrantó, por haberlos aplicado indebidamente, los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972, puesto que desconociendo el carácter limitativo y restringido que estas normas consagran para el Sistema de Valor Constante, los hizo actuar para decidir el presente litigio, que, como se ha visto, se contrae el contrato de compraventa de un predio rústico en que se estipuló el pago del saldo del precio "en moneda colombiana de valor constante"; y en el que, además, sobre ese saldo el comprador debía pagar al vendedor una contraprestación adicional consistente en el 2% mensual.

Como efecto de la resolución del contrato, el Tribunal ordena que el vendedor restituya al comprador la suma recibida de éste como parte del precio, con sus intereses a la rata legal. Parangonada esta decisión con la que le sirve de causa, ella le imprime a la sentencia ostensible injusticia; porque si para decretar la resolución el *ad quem* se basa en la devaluación monetaria, ocurrida en el país durante el año en que estuvo insoluta la obligación de pagar el saldo del precio, ese mismo criterio no lo tuvo sin embargo con relación al comprador, a quien por el fallo se le obliga a recibir la parte del precio pagada y sus intereses, pero sin ningún tipo de reajuste o corrección monetaria, olvidando, eso sí, que si el pago se hizo en 1972 y se va a restituir ahora, la devaluación en algo más de 7 años es muchísimo mayor.

Décima Cuarta. Estimo, finalmente, que la flamante jurisprudencia que hoy sienta la Corte en la sentencia de la cual discrepo, a más de rebasar en forma ostensible las limitaciones que constitucional y legalmente se han consagrado para el Sistema de Valor Constante, adviene ahora a refrendar la posibilidad de que los particulares por su propia voluntad generalicen, para acordarlo en todos sus negocios, un sistema que desde su nacimiento ha sido influido por el legislador de singular particularismo y por esto de restricta aplicación.

A mi juicio, con esta jurisprudencia la Corte Suprema institucionaliza el principio de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC); tal doctrina jurisprudencial vendrá a convertirse, —ojalá que no—

en el más fecundo hontanar donde los titulares de créditos diferidos procurarán satisfacer el deseo de mayor ganancia; se tornará además, como no es difícil avizorarlo, en el más fuerte impulso para acelerar el crecimiento de la inflación, y le prestará muy flaco servicio al País en los momentos en que su Gobierno trabaja en todos los campos con el sano y plausible propósito de detener el curso progresivo de la devaluación.

Las presentes consideraciones me dan, pues, fundamento para separarme de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, cuya conclusiones deploro no compartir y por ello salvo el voto.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS

Un solo acto de adulterio de la mujer o del varón configura las relaciones sexuales extramatrimoniales. Caducidad de la acción de divorcio. Aplicación y forma de contar el término de caducidad, en materia de separación de cuerpos

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Como consecuencia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, procede la Corte a revisar la sentencia de 23 de noviembre de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso abreviado de separación de cuerpos instaurado por Jaime Salazar Botero contra Alcira Montoya de Salazar.

Antecedentes

I. Por libelo de 25 de noviembre de 1976, solicitó el mencionado demandante que con citación de la demandada se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se decrete la separación de cuerpos del matrimonio católico formado por Jaime Salazar Botero y Alcira Montoya de Salazar.

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, "se decrete igualmente la separación de bienes que con el matrimonio al formarse la sociedad conyugal entre Jaime Salazar Botero y Alcira Montoya de Salazar han conformado la mesa de bienes sociales por virtud de la sociedad conyugal así solemnizada".

c) Que "como secuela de la separación de bienes decretada se declare disuelta y en liquidación la sociedad conyugal cons-

tituida entre Jaime Salazar Botero y Alcira Montoya de Salazar".

d) "Que de igual modo, por efectos del decreto anterior, se ordene también la distribución y adjudicación de la cuota de gananciales que a cada cónyuge corresponde en la partición y se haga la entrega de la porción de bienes a cada uno de los cónyuges".

e) Que se condene a la demandada en costas si se opusiere.

II. La pretensión la funda el demandante en los hechos que a continuación se comprendían:

a) El 22 de julio de 1944 contrajeron matrimonio católico Jaime Salazar Botero y Alcira Montoya Hormaza, de cuya unión nacieron sus hijos Martha Cecilia, Alvaro Eduardo, Luz Marina, Carlos Alberto, Julio César y María Helena Salazar Montoya.

b) La vida en común de los casados no se ha desarrollado en un ámbito de afectos, comprensión y respeto, "porque los tratos de palabra y obra entre los cónyuges ha hecho imposible la paz del hogar".

c) El adulterio cometido por la cónyuge demandada produjo el resquebrajamiento de las relaciones conyugales, obligando al demandante el retiro de su hogar hace ocho meses, lo cual hizo con el asentimiento de su esposa.

d) Por razón de los hechos narrados, la cónyuge demandada se desplazó de la ciudad de Calarcá a la de Cali, en donde fijó su residencia y domicilio con sus hijos todo lo cual impone "la legalización por la justicia de la separación de los cónyuges".

e) Que con el matrimonio se formó la sociedad de bienes, la que debe disolverse, liquidarse y distribuirse los bienes entre los cónyuges como secuela de la separación que se decrete.

III. Enterada la demandada de la pretensión, consignó su respuesta en escrito de 29 de abril de 1977, en el sentido de admitir como ciertos algunos hechos, de negar otros, para finalizar con oposición a las súplicas y con la formulación de excepciones en los términos siguientes: "De conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, solicito que, si los hechos que se prueban dentro del proceso son constitutivos de una excepción, así se reconozca y declare en la sentencia".

IV. Impulsado el proceso y agotada su tramitación, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con su sentencia de 23 de noviembre de 1978, mediante la cual resolvió así:

"^{1º} NIEGASE la separación de cuerpos indefinida solicitada por el señor Jaime Salazar Botero respecto de su cónyuge Alcira Montoya de Salazar, y por consiguiente ABSUELVE a la demandada de los cargos que se le formularon en la demanda.

"^{2º} DECRETASE el levantamiento del embargo y secuestro de los siguientes bienes:

"a) De los dineros depositados en la cuenta corriente que la señora Alcira Montoya de Salazar posee en el Banco Cafetero de Cali, oficina Centro Comercial del Norte;

"b) De los dineros depositados en las cuentas corrientes que la señora Alcira Montoya de Salazar posee en los Bancos de Colombia y Cafetero y Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Caicedonia (V.);

"c) Del vehículo automotor color verde natural, marca Renault 12, de placas Nº HY-11-55, con capacidad para cinco pasajeros y motor Nº 0975943, de propiedad de la demandada Alcira Montoya de Salazar.

"^{3º} LIBRENSE las comunicaciones correspondientes;

"^{4º} CONDENASE a la parte actora a pagar las costas del proceso".

V. Insatisfecha la parte demandante con la decisión anterior, en la debida oportunidad interpuso el recurso de apelación, lo que originó la segunda instancia y permitió a la parte actora que se practicara una prueba que dejó de evacuarse en la primera, sin culpa de la parte que la pidió.

VI. Por estar cumplidos los trámites de la segunda instancia, la Corte procede a ponerle fin mediante las siguientes

Consideraciones

1. Al juzgador, al decidir el litigio, le corresponde analizar oficiosamente y con prioridad si se encuentran reunidos los presupuestos procesales, esto es, todas aquellas condiciones previas y necesarias para que pueda pronunciarse de fondo sobre el negocio, o en otros términos, está compelido a examinar si en el debate se encuentran presentes todas aquellas condiciones indispensables para el desarrollo válido de la controversia. Por consiguiente, debe ocuparse de si la demanda se encuentra elaborada con sujeción a los requisitos de forma, si el fallador tiene competencia para decidir esa clase de litigios, si las partes tienen personalidad jurídica para ser sujetos de derechos y obligaciones y, finalmente, si los litiigantes tienen la capacidad suficiente para obrar en el proceso.

2. Siendo la demanda en forma uno de los presupuestos procesales y constituyendo a la vez la pieza más importante y fundamental del litigio, puesto que contiene la pretensión del demandante y le delimita al fallador el ámbito dentro del cual debe moverse al ultimar con sentencia la controversia, el derecho ritual siempre se ha ocupado de señalar, de manera precisa y clara, los requisitos mínimos de forma que debe comprender todo libelo demandatorio, y de brindar al libelista la oportunidad para depurarlo de defectos u omisiones (Arts. 85 y 89 C. de P. C.). Y en procura de que el libelo no propicie una sentencia formal o inhibitoria por no comprender la totalidad de sus requisitos, *ab initio* el juzgador puede inadmitirla, señalando sus deficiencias (Art. 85 C. de P. C.). Si a pesar de ello se admite, el demandado, a manera de excepción previa, puede lograr que se depuren los defectos de que padece el libelo (Art. 99 C. de P. C.).

3. Empero, si las medidas de saneamiento inicial que se acaban de enunciar no fueron eficaces, ya porque el juzgador pasó por alto los defectos de que adolecía, ora porque el libelista tampoco se percató de las fallas por él cometidas, o finalmente, porque la parte opositora no hizo valer el medio exceptivo previo de inepta demanda, sólo queda a las postre y al decidir el litigio que el fallador, según la gravedad del defecto, opte por la decisión inhibitoria, o mas bien, interpretando la demanda dentro de un criterio razonado y lógico, resuelva decidir de fondo, porque la falla o defecto no es de tanta entidad como para sacrificar y someter el derecho sustancial, la equidad y la justicia al derecho formulario.

4. Precisamente, en materia de interpretación de la demanda, ha sostenido de manera reiterada y uniforme la Corte que la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte. En el punto tiene declarado la doctrina de la Corporación que "son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de las súplicas" (Cas. Civ. 17 de octubre de 1962. T. C, 137; 17 de junio de 1954. T. CVII, 294; 9 de agosto de 1965 T. CXIII, 142; 16 de diciembre de 1969, T. CXXXII, 235; 4 de noviembre de 1970 T. CXXXVI, 82; 19 de mayo de 1975, aún no publicada).

5. Al examinar la demanda con que se ha iniciado este litigio, si bien se observa en las súplicas desacuerdo en su nominación, por cuanto fuera de solicitar la separación de cuerpos, pide el libelista que como consecuencia de esta petición se decrete la separación de bienes, su disolución y liquidación, lo cierto es que de su conjunto se infiere que lo que pretende es la separación de cuerpos y, consiguientemente, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Además así lo han entendido las partes a lo largo del proceso.

Como la demanda, interpretada así, se encuentra en forma, y por otra parte hay

competencia para decidir el litigio y los litigantes tienen aptitud para ser parte y para comparecer en el proceso, se tiene entonces que los presupuestos procesales se encuentran cumplidos, lo cual abre la puerta para un pronunciamiento de fondo, máxime que tampoco se observa vicio alguno con alcances de nulidad.

6. Según los presupuestos de hecho consignados en la demanda, la pretensión de separación de cuerpos la funda el actor en las siguientes casuas: a) en las relaciones sexuales extramatrimoniales sostenidas por la demandada; y, b) en los ultrajes, trato cruel y los maltratamientos de obra que han hecho imposible la paz y el sosiego domésticos de los cónyuges.

7. *Ocupándose la Corte de la primera causal alegada, se tiene que a diferencia de la legislación anterior, en que los actos de infidelidad recibían un trato diverso por cuanto un solo acto de la mujer originaba el divorcio o la separación y, respecto del marido se requería del amancebamiento, el nuevo estatuto consagra como causal de divorcio, de separación de cuerpos y de separación de bienes, "las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges"* (Art. 4º Ley 1ª de 1976). Y, a pesar de que la mencionada causal no viene vestida de absoluta claridad, por cuanto impropriamente utiliza la locución "relaciones sexuales", cuya forma plural pudiera dar margen para reflexionar y afirmar que tales relaciones deben ser múltiples, lo cierto resulta ser que la referida causal va orientada a sancionar, en igual forma, la reprochable conducta de infidelidad de uno de los cónyuges, motivo por el cual un solo acto de adulterio de la mujer o del varón la configura. Y así debe entenderse, máxime en presencia de la legislación que consagró la igualdad jurídica de los sexos (Ley 24 de 1974, Decreto 2820 de 1974 y Decreto 772 de 1975).

8. *La causal que se viene comentando presenta otras características que conviene relatar, pues el presupuesto cardinal de las relaciones sexuales extramatrimoniales lo presume la ley en el particular caso de "la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia". Es apenas lógico y obvio que subsistiendo un*

vínculo matrimonial anterior, respecto del segundo se establezca tal presunción y se faculte al cónyuge inocente para suplicar el divorcio, la separación de cuerpos, o la separación de bienes, con fundamento en la causal 1^a. Por otra parte, se establece respecto de la misma causal, que no hay lugar a ella cuando el cónyuge agraviado "haya consentido, facilitado o perdonado" las relaciones sexuales extramatrimoniales de su otro cónyuge. Esta regulación tiene por venero el principio de que nadie puede alegar en su beneficio su propia culpa o torpeza.

9. En lo que toca con la segunda causal de separación de cuerpos alegada por el demandante, se tiene que ésta se configura por "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposible la paz y el sosiego domésticos" (Art. 4º Ley 1^a de 1976).

En su cotejo con la causal 5^a de la legislación derogada, poca es la diferencia que resulta, pues simplemente, la nueva se adicionó con el peligro a "la salud" y la "integridad corporal" y, además, comprendió en ella a los "descendientes", lo cual permite acudir, para el entendimiento de esta causal, a la vasta doctrina sentada por la Corte, como aquella de que para la estructuración de la misma no se requiere de la concurrencia copulativa de los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra; ni que tales actos sean estables y frecuentes; ni que con ellos se pongan en peligro la vida y, además, la paz y el sosiego domésticos (Cas. Civ. 17 de febrero de 1930. T. XXXVII, 416; 19 de febrero de 1954, T. LXXVII, 45 y 46). Igualmente continúa vigente la doctrina de la Corte de que en la determinación de esta causal débese tener en cuenta las circunstancias de educación, ambiente social y costumbres de los cónyuges (Cas. Civ. 26 de julio de 1929 T. XXXVII, 56; 17 de febrero de 1930, T. XXXVII, 416; 26 de julio de 1930 T. XXXVII, 56; 23 de mayo de 1933 G. T. N° 1894, 343; 4 de junio de 1937 G. J. N° 1924, pág. 127).

10. Ahora bien, en materia de divorcio, la Ley 1^a de 1976 introdujo como innova-

ción importante la institución jurídica de la caducidad, pues mediante el artículo 6º estableció que el "divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causas 1^a y 7^a o desde cuando se sucedieron, en tratándose de las causas 2^a, 3^a, 4^a y 5^a. En todo caso, las causas 1^a y 7^a, sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia".

La caducidad de la acción de divorcio, que igualmente rige para la separación de cuerpos (Art. 18 Ley 1^a de 1976), se configura, como se acaba de ver, por el transcurso de un año, contado desde cuando el demandante tuvo conocimiento de los hechos, si se trata de las causales atinentes a las relaciones sexuales extramatrimoniales (causal 1^a, y a la conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo (causal 7^a); porque si se trata de las causales referentes al incumplimiento de los deberes de marido o de padre y de esposa o de madre (causal 2^a), a los ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra de uno de los cónyuges hacia el otro (causal 3^a), a la embriaguez habitual de uno de los cónyuges (causal 4^a) y el uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes (causal 5^a), el término de un año se cuenta desde cuando se sucedieron los hechos. Empero, "en todo caso", las causales 1^a y 7^a, sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, esto es, transcurrido este lapso, inevitablemente se produce la caducidad de la acción.

11. Cuando el legislador, luego de sentar el término de la caducidad, agrega que "en todo caso", las causales 1^a y 7^a no podrán alegarse pasados dos años de su ocurrencia, en un lenguaje claro y tajante ha dicho que, en último término, y sin excepción, transcurridos dos años después de ocurridos los hechos constitutivos de las causales en mención, no pueden invocarse para fundar la acción de separación de cuerpos, por encontrarse indiscutiblemente caducada.

Se propuso el legislador con el establecimiento definitivo de la caducidad respecto de las causales 1^a y 7^a al cabo de los dos años de haber ocurrido los hechos, prever que a la postre y después de haber transcurrido un espacio de tiempo muy considerable, uno de los cónyuges solicitará el divorcio o la separación, fundado en un supuesto adulterio del otro, afirmando que solo tuvo conocimiento de los hechos de infidelidad, uno, dos o tres meses antes de la presentación de la demanda. De suerte que para evitar sorpresas y complicadas situaciones, en forma alguna podrá alegarse las causales dichas, dos años después de haberse presentado los hechos, por disponerlo así el artículo 6º de la Ley 1^a de 1976.

12. No interesa en este evento, porque tiene igual trato jurídico, que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad o con posterioridad a la vigencia del estatuto citado, pues la institución de la caducidad se aplica en una y otra hipótesis, máxime que así se desprende del recto alcance y sentido del artículo 29 en cuanto dispone que la mencionada ley, en materia de separación de cuerpos, se aplica a los matrimonios civiles o católicos, "tanto los que se celebren con posterioridad a su vigencia, como a los celebrados con anterioridad a ella".

En los anteriores términos se precisa la doctrina de la Corte ya sentada con relación a la aplicación y forma de contabilizar el término de caducidad, en materia de separación de cuerpos.

13. Al confrontar las premisas sentadas con los elementos de convicción que obran en el litigio, resulta lo siguiente:

a) Que las partes contrajeron matrimonio católico en las fechas que se indican en la demanda, y de dicha unión nacieron los hijos también allí referidos, pues de todo esto da fe la correspondiente prueba documental; b) Que los hechos de que da cuenta el libelo y sobre los cuales funda el actor su pretensión de separación de cuerpos, no aparece elemento de prueba aceptable para dar por establecida la causal de ultrajes, trato cruel o maltratamiento de obra. Y en lo que toca con la causal restante alegada, la prueba exterioriza que los hechos tuvieron ocurrencia con ante-

rioridad a la presentación de la demanda con un tiempo superior a los dos años, esto es, que no fueron alegados oportunamente sino con posterioridad a la caducidad de la acción. Tal es lo que se desprende de la prueba testimonial y, concretamente, de las declaraciones de Alberto Ramírez López y José Mardo Ramírez, quienes refieren, el primero, que los hechos a que alude, o sea, las circunstancias sobre la conducta de la demandada, los conoció "antes del sesenta y cuatro y sobre los hechos del Bar o Grill Cervantes fueron ... creo que aproximadamente en el sesenta y ocho". El segundo manifiesta que en los últimos 10 años nada sabe sobre la conducta de la demandada; hechos o amistades de la demandada con personas diferentes de su marido ocurrieron, algunos, a los cuatro o cinco años después del matrimonio (se casó en 1944); otros, "fueron por la época del año cuarenta y ocho en adelante; es muy difícil precisar la época porque esto lleva muchos años, pero más o menos". Más adelante agrega que las amistades de la demandada con Julio Ospina las percibió hace más de 10 años; y que en los últimos diez años nada sabe sobre la conducta de Aleira Montoya de Salazar.

14. Así las cosas, la acción de separación no se abre paso por ninguno de los motivos alegados, pues la causal atinente a los ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra, no goza de respaldo probatorio y, la restante, referente a las relaciones sexuales extramatrimoniales, se encuentra afectada por la caducidad. Por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la demandada de los hechos de que da cuenta la causal 3^a del artículo 6º de la Ley 1^a de 1976 y reformarse en cuanto a la causal 1^a de que trata el mismo precepto, a efecto de declarar probada la caducidad de la acción de separación de cuerpos con relación a dicha causal. Las restantes resoluciones no ofrecen reparo alguno.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autori-

dad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida con la modificación de que respecto de la causal de separación, por relaciones sexuales extramatrimoniales, se declara probada la caducidad alegada por la parte opositora.

Las costas de la segunda instancia corren de cargo de la parte recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

CONTRATOS ALEATORIOS

Contratos de juego y apuesta. Licitud e ilicitud de estos contratos. Concepto y clasificación. Reglamentos de policía en carreras de caballos y atribuciones de la Junta de Comisarios

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Osipina Botero).

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de septiembre de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de José Rafael Hurtado Orozco contra el "Hipódromo de Techo S. A.".

Antecedentes

I. Por libelo presentado el 1º de julio de 1967, solicitó el mencionado demandante que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que en el evento hípico verificado en el Hipódromo de Techo el 16 de octubre de 1966, el demandante acertó el "Concurso del 5 y 6" mediante los formularios números 225060 y 225059.

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se condene a la sociedad demandada a pagarle al demandante, descontados los impuestos y participaciones a que tiene derecho aquélla, los valores correspondientes a los formularios descritos, o los que se demuestren, más los intereses legales a partir de la fecha de celebración del concurso, teniéndose en cuenta que en el primer formulario hubo 6 aciertos y 5 en el segundo.

II. Como presupuestos de hecho de la pretensión, refiere el libelista los que seguidamente se resumen:

a) José Rafael Hurtado Orozco, en el evento hípico que se verificó en el Hipódromo de Techo el 16 de octubre de 1966, participó en el concurso denominado 5 y 6 y al efecto elaboró y selló el formulario número 225060, en el cual colocó como caballos ganadores los siguientes: "TRIMET (1^a carrera válida); BRANDY (2^a carrera válida); ENCANTADOR (3^a carrera válida); TRIFILAR, CORONET (4^a carrera válida); TWIST (5^a carrera válida); BRASILIA (6^a carrera válida)".

b) En esas mismas fecha y ocasión, el mencionado Hurtado Orozco, también elaboró y selló el formulario distinguido con el número 225059, habiéndose colocado como ganadores los caballos siguientes: "TRIMET (1^a carrera válida); BRANDY (2^a carrera válida); ENCANTADOR (3^a carrera válida); CORONET (4^a carrera válida); TWIST (5^a carrera válida); BRASILIA, FRAGATA, RADAR, CICERON (6^a carrera válida)".

c) El resultado del Concurso del 5 y 6 verificado en la fecha antes dicha, en las seis carreras válidas, fue el siguiente: "1^a TRIMET; 2^a BRANDY; 3^a ENCANTADOR; 4^a TRIFILAR; 5^a TWIST; 6^a BRASILIA".

d) De acuerdo con el anterior resultado, José Rafael Hurtado Orozco "acertó el formulario 225060 con seis caballos y el 225059 con cinco caballos", pues a pesar de que la Junta de Comisarios distanció en la segunda carrera válida el caballo denominado Brandy "para hacer figurar como ganado-

ra de esta carrera a la yegua Pacífica, que cruzó la meta de llegada en segundo lugar", lo cierto es que tal "distanciamiento del caballo Brandy, que hizo la empresa por conducto de los comisarios... fue indebidamente y contra las reglas esenciales del juego del 5 y 6 que se basa en el resultado de las carreras de caballos", máxime que el caballo Brandy, que venía en una colocación secundaria, el hecho de que al pasar el grupo cerca a la meta "se abriera hacia los exteriores", no constituye "una falta grave o motivo para desconocerle su triunfo, como lo resolvieron los Comisarios".

e) En el concurso del 5 y 6 verificado el 16 de octubre de 1966 "fueron sellados 362.503 cuadros por un valor de dos millones ciento cuarenta y un mil doscientos veinticinco pesos (\$ 2.141.225.00)".

III. La sociedad demandada contestó oponiéndose a la pretensión e infirmando buena parte de los hechos; diciendo que no celebró con el actor contrato alguno de apuesta; que los Comisarios no son dependientes del Hipódromo de Techo, sino que son empleados de policía y delegados del Alcalde Mayor de Bogotá y constituyen la máxima autoridad de las carreras de caballos, según el Decreto Municipal 585 de 1963, cuyos fallos son definitivos, sin que la sociedad demandada pueda modificarlos. Agrega que "el distanciamiento del caballo 'BRANDY' que participó en la segunda carrera válida de la cuadragésima - tercera reunión de 1966, fue decretado por los señores Comisarios con base en el artículo 239 del Reglamento de Carreras contenido en el Decreto número 216 de 1957, dictado por la Alcaldía Distrital de Bogotá".

IV. La primera instancia terminó con sentencia de 20 de mayo de 1975, proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito mediante la cual despachó desfavorablemente las pretensiones del demandante, decisión que fuera apelada por éste, habiendo culminado la segunda instancia con fallo de 11 de septiembre de 1978, confirmatorio del de el *a quo*, motivo por el cual la misma parte interpuso el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

Referidos los antecedentes del litigio y afirmada la existencia de los presupues-

La sentencia del Tribunal

tos procesales, entra el *ad quem* a sentar las reflexiones siguientes:

a) Que como quiera que se discute en este proceso si "el distanciamiento del caballo BRANDY, según lo alegado por el procurador judicial del actor, es deber de la Sala verificar si tal distanciamiento se cumplió realmente, y si encuentra o no respaldo en el reglamento a que deben someterse los apostadores y la entidad organizadora del 'Concurso del 5 y 6'.

"Por lo que hace al primer aspecto de la cuestión planteada, esto es, distanciamiento del caballo BRANDY, el acta de la Junta de Comisarios de la reunión número 43 celebrada el 16 de octubre de 1966, obrante al folio 6 vto., del cuaderno número 3, expresa, sobre el particular:

"'QUINTA CARRERA. Llegada: 1º Nº 7 BRANDY, 48 ks., M. Cedeño. 2º Nº 2 PACIFICA, 51 ks., M. A. Castañeda. 1 cuerpo. 3º Nº 10 VENDETTA, 48 ks., S. Escudero, media cabeza. 4º Nº 5 PENNY POINT, 51 1/4 ks., S. Allende, 3/4 cuerpo. Siguen: 1, 3, 4, 11, 6, 9, 8, 12. TIEMPO: 1:13 flat. A la altura de los 600 metros, tuvieron inconvenientes J. López de BOSSA NOVA, M. A. Castañeda de PACIFICA y S. Escudero de VENDETTA. Faltando 50 metros para la meta el ejemplar BRANDY conducido por M. Cedeño se abrió estorbando fuertemente a M. A. Castañeda de PACIFICA. Oído el jinete Cedeño, además de que los inconvenientes fueron observados claramente por los Comisarios, la junta resolvió distanciar al ejemplar BRANDY al segundo lugar, quedando el orden de llegada así: 1º Nº 2 PACIFICA, 2º Nº 7 BRANDY, 3º Nº 10 VENDETTA y 4º Nº 5 PENNY POINT. Se sanciona, además, al jinete M. Cedeño con la suspensión durante cinco (5) reuniones, por descuido en la conducción'.

"Y el señor RAFAEL LASCANO ROBLES, Comisario del Hipódromo de Techo S. A., quien actuó como tal en la reunión número 43 realizada el 16 de octubre de 1966, al rendir testimonio sobre el distanciamiento del caballo BRANDY, dice estas palabras:

"El motivo para el distanciamiento fue que faltando cincuenta metros para la meta el ejemplar Brandy, conducido por Jaime Cedeño, se abrió fuertemente estorbando al ejemplar Pacífica que conducía M. A. Castañeda. 'En estos casos —agrega el testigo— el reglamento establece que cuando la Junta de Comisarios considera que si en los estorbos producidos en una carrera el ejemplar ganador hubiera sido otro, debe distanciarse el caballo que llegó primero, colocándolo en sitio intermedio como fue en este caso o a último lugar, según la gravedad de la falta. En este caso BRANDY estorbó únicamente a PACIFICA, por eso quedó en segundo lugar, los demás ejemplares no fueron estorbo'.

"Luego añade, el mismo testigo:

"La monta del caballo Brandy conducido por Cedeño se calificó de descuidada en la conducción y por ese motivo fue sancionado el jinete".

"Las dos pruebas que se dejan reseñadas, al ser analizadas en conjunto como lo manda el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, no dejan la menor duda que el caballo Brandy fue realmente distanciado en la reunión hípica número 43 celebrada el 16 de octubre de 1966".

b) Que "respecto al segundo aspecto de la cuestión que se analiza, esto es, si el distanciamiento de que fue objeto el caballo BRANDY encuentra respaldo en el reglamento, a que deben someterse los apostadores y la entidad organizadora del 'Concurso del 5 y 6', la Sala al examinar el Decreto 216 de 1957, por el cual el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, aprobó el reglamento de Carreras del Hipódromo de Techo, encuentra los siguientes artículos que se relacionan con el caso cuestionado:

"'Artículo 14. Distanciado, se dice de un caballo cuando por decisión de las autoridades hípicas, se le considera último en la carrera o en una colocación inferior a la que efectivamente hubiere alcanzado aunque hubiese ganado o llegado entre los primeros. También se dice distanciado del caballo que no ha pasado el poste de distancia en las carreras planas, cuando el ganador ha llegado a la meta'.

"'Artículo 239 *ibidem*. Cuando el caballo ganador de una carrera, u otro corra en llave con él, carguen, atropellen, dificulten la

libre acción o corten la línea de carrera de otro sin llevar, por lo menos un cuerpo de luz sobre él, será distanciado parcial o totalmente, si a juicio de los Comisarios el ganador hubiera podido ser otro.

"'Esta medida se tomará aun cuando este otro caballo, por su colocación a la llegada no fuere beneficiado con el distanciamiento del culpable. La misma pena se aplicará por la comisión de las mismas faltas, a los caballos que entraren en los demás lugares de la tabla.

"'Pero si las investigaciones efectuadas por los Comisarios, los llevaren al convencimiento de que el resultado de la prueba no se habría alterado a pesar de las incorrecciones especificadas en el primer inciso de este artículo, el orden de llegada no será alterado.

"'Los Comisarios podrán castigar al jinete culpable de las irregularidades, calificando si hubo descuido o mala fe de su parte. En el último caso, lo suspenderán por el tiempo que ellos determinen dentro de sus facultades'.

"'Y el Decreto 585 de 1963, por el cual se reforma el capítulo V del reglamento de carreras contenido en el Decreto número 216 de 1956, expresa lo siguiente:

"'Artículo 82. Los Comisarios, como empleados de policía y delegados del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, constituyen la máxima autoridad de las carreras de caballos'.

"'A la junta que ellos forman, corresponde especialmente hacer que se cumplan y ejecuten todas las disposiciones de este reglamento en lo que toca al desarrollo de las carreras, a la supervigilancia del espectáculo y a la honradez y moralidad con que debe proceder todo el personal que en él interviene'.

"'Artículo 87. La Junta de Comisarios tiene las siguientes facultades y obligaciones:

"'b) Considerar y resolver todos los reclamos que se presenten por contravención a este Reglamento, faltas, incorrecciones u otras incidencias que lleguen a producirse durante el desarrollo de las carreras o con motivo de ellas, y adoptar, de oficio o a petición de parte interesada, las resoluciones que estima procedente en los mismos casos a que se refiere este numeral ''.

c) Que de conformidad con el Decreto 216 de 1957, la Junta de Comisarios tiene facultad y la tenía para decretar el distanciamiento del caballo Brandy de la reunión hípica número 43, celebrada el 16 de octubre de 1966.

d) Que las circunstancias que se dejan anotadas ponen de presente que "el caballo BRANDY fue distanciado por la Junta de Comisarios en la reunión hípica número 43 celebrada el 16 de octubre de 1966, y que tal distanciamiento no fue arbitrario sino que obedeció a razones y a hechos contemplados por la ley, sin haber reclamado contra tal medida, habiendo podido hacerlo (artículo 69 del Decreto 585 de 1963), dejan sin piso la pretensión del actor, la cual resulta por tal motivo improcedente, como lo advirtió el fallador de primer grado en la sentencia que es objeto del recurso de apelación".

La demanda de casación

Tres cargos, todos por la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales serán despachados conjuntamente los dos primeros.

Cargo primero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 1494, 1495, 1502, 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1626 y 2285 del Código Civil, por falta de aplicación.

En el desenvolvimiento del cargo el censor sienta las reflexiones siguientes:

a) El derecho a participar en el concurso hípico del 5 y 6 se deriva de un contrato de adhesión, cuyas estipulaciones esenciales constan en el formulario y en el reglamento de la empresa. Las estipulaciones no esenciales en los contratos de adhesión de esta especie no obligan a la parte débil o adherente;

b) Que los reglamentos de las carreras de caballos, al no ser esenciales, "podrán tener validez, al respecto, para los apostadores del 5 y 6 de Bogotá o que concurren personalmente al espectáculo, pero no para quienes concursan desde fuera de la capital, que por la distancia es imposible han gan reclamos a voces del reglamento cuan-

do preceptúa que 'las resoluciones dictadas o las sanciones impuestas podrán ser revisadas por ella misma (Junta de Comisarios) ... hasta dos días después de verificada la correspondiente reunión (artículo 89 Decreto 585)' y que 'los fallos que pronuncie la Junta de Comisarios serán definitivos (artículo 91)'";

c) Que a los apostadores no los vincula y obliga las anteriores disposiciones no esenciales;

d) Que el Tribunal, al calificar de decisión definitiva la resolución de la Junta de Comisarios de distanciar al caballo Brandy para otorgarle el triunfo a la yegua Pacífica, cometió un error jurídico. Por consiguiente, las apreciaciones del *ad quem* en el sentido de que "es improcedente la demanda porque los fallos de la Junta de Comisarios son definitivos, y porque no se reclamó dentro de la oportunidad reglamentaria el distanciamiento del caballo Brandy a la misma Junta, implica un error jurídico. Error, pues, que lo llevó a violar, en la parte resolutiva de su fallo, de manera directa, la ley sustancial";

e) Finalmente y una vez que refiere las disposiciones que considera infringidas, afirma el recurrente que el Tribunal no las aplicó, porque el "Hipódromo de Techo S. A., al contratar como contrató con los apostadores, entre éstos mi poderdante, quedó obligado a entregar el premio al poseedor del formulario ganador del 5 y 6 jugado el 16 de octubre de 1966, o sea a mi poderdante José Rafael Hurtado. Porque en razón de ese contrato el Hipódromo contrajo con mi poderdante una obligación de dar, surgida desde el momento mismo en que el caballo BRANDY se constituyó en el ganador de la segunda carrera válida, que no la ha cumplido. Porque el Hipódromo es una persona jurídica capaz, que consintió en el contrato al cual adhirió mi poderdante en sus cláusulas esenciales, lícito por no ser prohibido y no carecer de causa. Porque el contrato se celebró legalmente y de manera reglamentaria al haber mi poderdante sellado los formularios que selló y haber acertado como acertó con 6 y con 5 pronósticos. Porque el contrato al cual adhirió el demandante para concursar en este juego y apuestas, ante todo era para ejecutarse de buena fe. Porque en este con-

trato el mayor beneficio económico lo recibe el Hipódromo o Empresa demandada, y por lo mismo es responsable hasta de culpa leve. Porque en los contratos bilaterales el que cumple sus obligaciones contractuales está legitimado para compelir al que incumple para que cumpla. Porque siendo la obligación del Hipódromo de hacer, al no haber satisfecho la entrega del premio, se puede demandarlo directamente por el pago de los perjuicios causados al demandante. Porque la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Porque el daño emergente es el perjuicio o pérdida resultante de no haberse cumplido la obligación o retardado su cumplimiento, y el lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación. Porque la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora. Porque el pago efectivo es la prestación de lo que se debe. En fin, porque el contenido jurídico de todas estas disposiciones, no desaparece en los contratos de adhesión; y por lo mismo todas ellas han debido hacerse actuar para decidir el litigio. Lo que el sentenciador se abstuvo de hacerlo, debido a su error jurídico anotado o entender improcedente la demanda porque el reclamo en ella contenido ha debido hacerse ante la Junta de Comisarios y dentro de los dos días siguientes al 16 de octubre de 1966".

Cargo segundo

Por éste denuncia quebranto indirecto de los artículos 1494, 1495, 1502, 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616 y 2286 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

La censura la desenvuelve y fundamenta el recurrente en las afirmaciones siguientes:

a) el *ad quem* no tuvo en cuenta lo preceptuado por el artículo 88 del Decreto 583 de 1963, que establece que una vez recibido el reclamo por la Junta de Comisarios, ésta tomará las declaraciones y practicará las diligencias que estime convenientes y

con esos elementos pronunciará su fallo. Empero, como la Junta no tomó declaraciones, ni practicó otras diligencias, el Tribunal incurre en yerro de *facto* cuando sostiene que el distanciamiento del caballo Brandy se hizo reglamentariamente por la Junta aludida.

b) Que el Tribunal no se percató de que las personas que suscribieron el acta en donde se ordenó el distanciamiento del ejemplar Brandy hubiesen actuado "en ejercicio de sus funciones y previo nombramiento de la Alcaldía para desempeñar los cargos de comisarios", pues no se logró incorporar al efecto ningún medio de convicción.

c) Que en las publicaciones de los periódicos El Tiempo, El Espectador y El Siglo, correspondientes al 17 de octubre de 1966, anunciaron el triunfo del caballo Brandy, pero observaron que se le dio a la "yegua Pacífica en bandeja una carrera que no le correspondía". Tampoco tuvo el juzgador en cuenta lo manifestado por los declarantes Gustavo López y Alberto Zuluaga quienes en sus versiones corroboran lo dicho por la prensa antes citada.

d) Que el Tribunal erró de hecho al fundarse en la declaración de Rafael Lascano Robles para concluir que el distanciamiento del caballo Brandy fue reglamentario, siendo que no se demostró que el mencionado testigo tuviese la calidad de comisario para el 16 de octubre de 1966.

Se considera

1. Dentro de la estirpe de los contratos aleatorios, señala la ley civil como principales el juego y la apuesta, sin emitir noción o concepto sobre el uno y sobre el otro, como también sin contemplar una regulación exhaustiva, pues todo indica que situado el legislador en el terreno ético y en la dificultad de establecer las pautas o reglas a que debían someterse los jugadores y apostadores, consideró más prudente y oportuno sentar como postulado general el de que "el juego y apuesta no producen acción ni excepción" y, por consiguiente, "el que gana no puede exigir el pago" y "si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado" (artículo 95 Ley 153 de 1887).

2. No obstante lo anterior y sobre el criterio de que no todos los juegos y apuestas pueden quedar ubicados dentro del campo de la ilicitud y la ociosidad, acepta el derecho que aquéllos en que intervienen la fuerza o la destreza corporal si pueden ser fuente de obligaciones civiles, pues a manera de excepción al principio general atrás enunciado, dispone el artículo 2286 del Código Civil que "sin embargo de lo dispuesto en el artículo 2283, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bola y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de policía".

3. Entonces, según la escasa reglamentación legal, el juego y la apuesta pueden ser lícitos o ilícitos. A la primera especie pertenecen aquéllos en que el factor determinante lo constituyen la fuerza o destreza corporal. A la segunda categoría pertenecen todos aquéllos en que la contingencia de ganacia o pérdida depende principalmente del azar, de la casualidad y no de la destreza de los participantes.

4. Conviene aclarar que el artículo 2286 del Código Civil se refiere a la licitud de los "juegos" que se desenvuelven sobre la base de la fuerza o destreza corporal, habiendo guardado silencio el legislador respecto de "las apuestas". Con todo, nada se opone a que la regla referente a los juegos en el sentido de que son lícitos cuando predominen la fuerza o la destreza corporal, se aplique asimismo a las apuestas, como lo tiene sentado la doctrina.

Sobre el punto que se viene analizando, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido lo siguiente:

"La ley no explica lo que debe entenderse por contratos de juego y de apuesta, pero sí los clasifica en dos grupos principales. Los juegos y apuestas de un grupo no producen acción ni excepción, porque son actos de carácter ilícito. Los juegos del otro grupo engendran obligaciones civiles y confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación estipulada. A este segundo grupo se refiere el artículo 2286 del Código Civil, y, según los términos de este precepto, tal grupo se halla integrado por aquellos juegos en que el factor determinante del éxito radica en la fuerza o destreza corporal del jugador o jugadores.

La misma disposición enuncia varios de estos juegos lícitos, tales como el manejo de las armas o tiro al blanco, las carreras a pie, a caballo o en bicicleta, el balompié, el tenis, el polo, la natación y otros similares. Si los juegos lícitos son aquéllos en que predomina la fuerza o la habilidad corporal, hay que concluir que el grupo de los ilícitos está compuesto por aquellos otros juegos en que prevalece la suerte o el azar, o sea los juegos en que la contingencia de la ganancia o pérdida depende principalmente, no de la acción del jugador o jugadores, sino de la casualidad. Esta clase de juegos, llamados de suerte y azar, es la que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a las buenas costumbres. Esto en principio, porque suele suceder que, por excepción, la ley les reconoce efectos jurídicos a ciertos juegos de suerte y azar, como ocurre con las loterías de beneficencia.

"Conviene anotar que si bien el artículo 2286, citado, se refiere a los juegos y no a las apuestas, no hay razón que autorice para pensar que éstas son ilícitas en todo caso y que fueron excluidas de esta prescripción. Aunque el criterio para distinguir los juegos en lícitos e ilícitos no se aviene con la naturaleza de las apuestas, hay que admitir que éstas pueden clasificarse también en ilícitas y lícitas, según que el juego o hecho que las motiva dependa principalmente o no del azar o de la suerte y que, por tanto, sean o no contrarias a las buenas costumbres, conforme a los principios generales. Por manera que la regla consagrada por este precepto, en relación con los juegos de fuerza o destreza corporal, conviene asimismo a las apuestas que no dependen de la causalidad. Así se infiere además del origen y propósitos de las disposiciones que regulan en común los efectos jurídicos de estos contratos de juego y de apuestas". (Cas. Civ. 13 de diciembre de 1962. T. C, págs. 278 y 279).

5. En los últimos años el juego y la apuesta se han incrementado en el país y, dentro de la última modalidad, notorio ha sido el auge del concurso hípico denominado "5 y 6". Por la multiplicidad de propósitos comerciales, en tales justas hípicas se celebran dos contratos: a) el de apuesta, que se celebra entre los concursantes, mediante el cual se prometen recíprocamente una

prestación para el caso de que acierten en sus formularios en la nominación de 5 o 6 caballos ganadores; y, b) el de mandato, que se celebra entre los concursantes y el Hipódromo, mediante el cual la empresa, en su carácter de mandataria de los apostadores, recauda el valor de las apuestas y entrega el respectivo monto, hechas las deducciones del caso, al apostador o apostadores que hayan acertado.

6. El concurso del 5 y 6, respecto del cual existe ya una reglamentación policial, en términos generales consistente en lo siguiente:

a) El apostador, luego de obtener un formulario, coloca en él y en los espacios pertinentes los nombres de los caballos que en su concepto han de resultar victoriosos en la fecha en que ha de verificarse el concurso hípico (Art. 354 Decreto 216 de 1957);

b) La elaboración del formulario debe hacerse con sujeción a la serie de reglas o pautas que señalan el reglamento y el programa oficial (Arts. 354, 355, 358);

c) Elaborado el formulario, el apostador debe presentarlo, junto con el valor de la apuesta, a los puestos de selladores autorizados por el Hipódromo de Techo, dentro del plazo y hora que se fije (Arts. 371 Decreto 216 de 1957 y 1º Decreto 585 de 1963);

d) El concurso del 5 y 6 en las carreras de caballos en el Hipódromo de Techo, según el Art. 353 del Decreto 216 de 1957, originario de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Especial, "consiste en acertar cinco o seis caballos ganadores en las carreras válidas, cuyos nombres deben aparecer anotados en los formularios especiales";

e) Si de las carreras válidas el apostador acierta cinco o seis, el "formulario ganador será pagado al portador", en las oficinas del Hipódromo de lunes a viernes, en horas de caja (Arts. 365 y 372 Decreto 216 de 1957);

f) Al sellar el formulario, dice el Decreto 216 en armonía con el 585, que los apostadores se someten a lo establecido en dichos estatutos, como el reglamento que rige las carreras de caballos, "y especialmente a las decisiones de los señores Comisarios, únicos jueces de las carreras", quienes "como empleados de policía y delegados del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bo-

gotá, constituyen la máxima autoridad de las carreras" y a ellos "corresponde especialmente hacer que se cumplan y ejecuten todas las disposiciones de este reglamento en lo tocante al desarrollo de las carreras, a la supervigilancia del espectáculo y a la honradez y moralidad con que debe proceder todo el personal que en él interviene" (Arts. 82, 369 y 372 D. 216; 1º Decreto 585);

g) En desarrollo de lo anterior, dispone el reglamento policial, que forma parte del contrato de apuesta, que "cuando el caballo ganador de una carrera, u otro que corra en llave con él, carguen, atropellen, dificulten la libre acción o corten la línea de carrera de otro sin llevar, por lo menos, un cuerpo de luz sobre él, será distanciado parcial o totalmente, si a juicio de los Comisarios el ganador hubiera podido ser otro.

"Esta medida se tomará aun cuando este otro caballo, por su colocación a la llegada no fuere beneficiado con el distanciamiento del culpable. La misma pena se aplicará por la comisión de las mismas faltas, a los caballos que entraren en los demás lugares de la tabla.

"Pero si las investigaciones efectuadas por los Comisarios, los llevaran al convencimiento de que el resultado de la prueba no se habría alterado a pesar de las incorrecciones especificadas en el primer inciso de este artículo, el orden de llegada no será alterado.

"Los Comisarios podrán castigar al jinete culpable de las irregularidades, calificando si hubo descuido o mala fe de su parte, en el último caso, lo suspenderán por el tiempo que ellos determinen dentro de sus facultades";

h) Es atribución de la Junta de Comisarios decidir sobre los reclamos que ocasionen las carreras de caballos, para lo cual "tomará las declaraciones y practicará las diligencias que estime conveniente y con esos elementos pronunciará su fallo inmediatamente (Art. 68 Decreto 216 de 1957 y 1º Decreto 585 de 1963).

7. Las anteriores constituyen las regulaciones esenciales y pertinentes del concurso del 5 y 6, expedidas por la Alcaldía Mayor de Bogotá, regulaciones que forman parte de los contratos de apuesta y mandato, que bien pueden hacer las autoridades de policía, pues conforme al artículo 2286 del

Código Civil, las apuestas y los juegos de fuerza o destreza corporal producen obligaciones civiles cuando ellos no contravienen las leyes de policía, vale decir, cuando dichos eventos se ajustan a esos reglamentos. Y es apenas obvio que el ordenamiento civil hubiera deferido la regulación del funcionamiento a los reglamentos policivos, como quiera que el control de las prácticas desleales, que a menudo se presentan en el juego y la apuesta, así lo exigen.

8. Precisamente, es principio universal de toda convención el de que la buena fe debe presidir todos los actos de ejecución de la misma (Art. 1603 del C. C.). Pues bien, de los contratos en que menos ausente debe estar el anterior postulado y que con mayor vigor reclama la presencia de la buena fe en su ejecución, viene a ser en los de juego y apuesta. Además, como todas las partes deben quedar colocadas en las mismas posibilidades de ganancias o de pérdida, por lo aleatorio de dichos contratos, en la realización del evento no puede entrar a incidir ninguna práctica desleal o que atenten contra los anteriores principios. Por consiguiente, si los reglamentos de policía en carreras de caballos sancionan con pérdida del sitio de llegada o con distanciamiento a un lugar secundario a quien ha llegado de primero, con motivo de haber obstaculizado a los demás competidores, esta es una regla que por estar orientada a conservar el carácter aleatorio del contrato y la buena fe en su ejecución, obliga a las partes contratantes en el concurso del 5 y 6.

9. En la especie de esta *litis*, en lo que atañe al cargo primero, el cual viene formulado por quebranto de la ley sustancial, por "error jurídico" cometido por el Tribunal al decidir desfavorablemente la pretensión del actor, fundado en que el demandante no reclamó ante la Junta de Comisarios, como lo dispone el reglamento polílico para las carreras de caballos del 5 y 6 que ocurran en el Hipódromo de Techo, no es cierto, como lo afirma el censor, que tal apreciación haya sido el soporte esencial o único para la resolución desfavorable, porque el sentenciador de segundo grado se apoyó, especialmente, en los siguientes hechos que encontró demostrados: a) Que el caballo Brandy fue distanciado por la Junta de Comisarios de la reuni-

nión hípica Nº 43, celebrada el 16 de octubre de 1966; b) Que la resolución de distanciamiento "no fue arbitraria sino que obedeció a razones y hechos contemplados por la ley"; y, c) que contra la decisión de distanciamiento no hubo reclamo, existiendo la posibilidad para hacerlo, según se desprende del artículo 89 del Decreto 585 de 1963.

De otro lado, formando el reglamento polílico parte del contrato, los desaciertos cometidos por el sentenciador en su interpretación, a lo que conducen, dentro de la preceptiva técnica del recurso de casación, es atacar la sentencia por yerro evidente en la hermenéutica de la convención, lo cual no hizo el recurrente.

10. Con relación al cargo segundo, tampoco se abre paso, pues el distanciamiento del caballo Brandy se produjo porque los reglamentos autorizan tal medida al establecer que hay lugar a ello cuando un caballo "cargue, atropelle, dificulte la libre acción o corte la línea de carrera de otro sin llevar, por lo menos un cuerpo de luz sobre él". Y esto quedó establecido con la copia del acta respectiva, levantada por la Junta de Comisarios, que son empleados de policía y delegados del Alcalde Mayor de Bogotá, documento que exterioriza que "faltando 50 mts. para la meta el ejemplar Brandy conducido por M. Cedeño se abrió estorbando fuertemente a M. A. Castañeda de Pacífica. Oído el jinete Cedeño, además de que los inconvenientes fueron observados claramente por los comisarios, la Junta resolvió distanciar al ejemplar Brandy al segundo lugar ... Se sanciona, además, al jinete M. Cedeño con la suspensión durante cinco (5) reuniones ...".

Corrobora lo anterior, el testimonio de Rafel Lascano Robles, quien se desempeñaba el 16 de octubre de 1966 como integrante de la Junta de Comisarios. En efecto, este declarante afirma que él formaba parte de la Junta "con el General Alberto Gómez Arenas y el Coronel Gustavo de Bedout ... las funciones de esa Junta de Comisarios, que es la máxima autoridad dentro del Hipódromo, controla el desarrollo total de las carreras y vigila por la moralidad del espectáculo. Se rige por un reglamento que es un decreto del Alcalde ... y era su obligación hacerlo cumplir en todas sus partes, tanto al público, los profesio-

nales e inclusive a la misma empresa ... El motivo para el distanciamiento fue, que faltando 50 metros para la meta, el ejemplar Brandy, conducido por Jaime Cedeño se abrió fuertemente estorbando al ejemplar pacífica que conducía M. A. Castañeda; en estos casos, el reglamento establece que cuando la Junta de Comisarios considera que si en los estorbos producidos en una carrera el ejemplar ganador hubiera sido otro, debe distanciar el caballo que llegó primero colocándolo en sitio intermedio, como fue en este caso, o a último lugar, según la gravedad de la falta. En este caso Brandy estorbó únicamente a Pacífica, por eso quedó en segundo lugar; los demás ejemplares no sufrieron estorbos ... La monta del caballo Brandy, conducido por Cedeño, se calificó de descuido en la conducción y por este motivo fue sancionado el jinete y como aclaración digo que es requisito indispensable que en la tierra derecha el caballo debe conservar su línea de carrera hasta el paso de la meta; en el caso de Brandy, perdió fuertemente esa línea como lo explica el acta, estorbando y perjudicando al ejemplar Pacifica. El jinete en ese momento no debe perder su línea de carrera". A la pregunta de si en el fallo de la Junta de Comisarios intervino la Junta Directiva o Gerente del Hipódromo, contestó que "no pueden intervenir ni la junta directiva ni el Gerente, ningún funcionario del Hipódromo; la Junta de Comisarios sesiona a puerta cerrada".

No sobra observar que aparece contradictoria la acusación hecha por el censor a la sentencia del Tribunal, al sostener que como no se trajo prueba de que los que suscribieron el acta correspondiente a la reunión hípica Nº 43 de 16 de octubre de 1966 tuviesen la calidad de Comisarios no se podía aceptar tal documento como medio de convicción; empero, acude a él para establecer cual fue el orden de entrada de los caballos en las seis carreras válidas.

Finalmente, como los testimonios de Alberto Zuluaga y Gustavo López, en su calidad de espectadores de la reunión hípica Nº 43, sólo afirman que vieron ganar al caballo Brandy y que así lo anunció el tablero, en nada compromete la conclusión a que llegó el Tribunal sobre la ocurrencia del distanciamiento del mencionado ejem-

plar y sobre la legalidad de tal decisión. Y menos inciden los comentarios hípicos de los periódicos capitalinos El Espectador, El Tiempo y El Siglo, puesto que refieren el distanciamiento del caballo Brandy por haber estorbado a la yegua Pacifica y la sanción de suspensión al Jinete Cedeño.

Se rechazan, pues, los dos primeros cargos.

Cargo tercero

Denuncia quebranto indirecto "de los artículos del Código Civil que se citan en cargo anterior", por falta de aplicación, a consecuencia de error de derecho cometido por el Tribunal en la apreciación del testimonio de Rafael Lascano Robles.

El yerro de valoración lo hace consistir en que tal testimonio no debió ser aceptado como medio de convicción, como quiera que el juzgador no le permitió a la parte demandante contrainterrogarlo.

Se considera

1. El artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que señala los requisitos de forma que necesariamente debe contener una demanda de casación, enumera entre ellos "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 estiman violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera".

2. Como los cargos en casación son independientes o autónomos y la misma ley exige que se formulen de manera separada, ha llevado a la doctrina de la Corte a afirmar que deben venir estructurados en forma cabal o completa. Es impropio, por no ajustarse a la preceptiva técnica del recurso, pretender integrar un cargo con otro, como cuando en uno de ellos se dice que las normas sustanciales quebrantadas son "las que se citan en el cargo anterior".

3. Por otra parte, como la Corte sólo puede moverse dentro de los precisos límites que le señala la censura, no puede suspirle al recurrente las omisiones en que haya incurrido, pues se reitera que siendo

el recurso de casación eminentemente dispositivo y formalista, le incumbe al acusador formular el cargo con sujeción a todas las exigencias legales, entre ellas, las de indicar expresamente las normas sustanciales quebrantadas y el sentido de la violación, si de la causal primera se trata. "Para que pueda estudiarse un ataque en casación —dice la Corte— es necesario, dentro de la técnica del recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideren infringidos, señalando también el concepto de su violación" (Cas. Civ. 18 de febrero de 1954. LXXVII - 42).

4. Como en el cargo que se estudia el recurrente omitió señalar los preceptos sustanciales quebrantados por el Tribunal, por cuanto apenas expresa que eran los mismos del cargo anterior, la censura ha quedado trunca y se impone su rechazo.

Resolución

En armonía con 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 11 de septiembre de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso de casación corren a cargo de la parte recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

PRINCIPIO DE LA PRECLUSION

Concepto y alcance. Fines que se persiguen con la aplicación del principio de la preclusión y consecuencias

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E. mayo diez de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 6 de septiembre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el proceso ordinario instaurado por GUSMAN SARABIA RINCON contra JULIO ALFREDO LUNA ANGARITA.

Antecedentes

1º Por resolución número 287, proferida el 6 de abril de 1965 por la Gobernación del Departamento de Magdalena e inscrita el 27 de mayo siguiente en la Oficina de Registro del Círculo de Río de Oro, y que se protocolizó mediante la Escritura Pública número 302 de 18 de noviembre de 1971, otorgada en esa fecha ante el notario de dicha ciudad, se adjudicó definitivamente a Julio Alfredo Luna Angarita y Gusmán Sarabia Rincón, por cuanto éstos demostraron entonces que venían explotándolo económicamente desde hacia más de cinco años, el terreno denominado "La Unión", ubicado en el corregimiento de "San Alberto", Departamento hoy del Cesar, con una extensión superficiaria de 437 hectáreas, 300 metros y comprendido dentro de los siguientes linderos generales:

"NORTE. Partiendo del punto N° 1, punto de partida de la poligonal, hacia el N° 2 lleva un rumbo de S 60º E y una distancia de 500 mts. seguimos al N° 3 con un

rumbo Este Franco y una distancia de 490 mts. Seguimos al N° 4 con un rumbo de S 63º 50' E y una distancia de 60 mts. Todos estos lados colindan con Baldíos Nacionales. ESTE. Del N° 4 seguimos al N° 5 con rumbo de S. 45º N. y una distancia de 150 mts. Seguimos al N° 6 con rumbo S. 37º E. y una distancia de 135 mts. Seguimos al N° 8 con un rumbo Sur Franco y una distancia de 201 mts. Seguimos al N° 9 con un rumbo de S 50º E y una distancia de 560 mts. colindando por estos lados con Baldíos Nacionales, que tiene un total en los costados Este y Norte de 2576 metros. Seguimos al N° 10 con un rumbo de S 33º E y una distancia de 520 mts. colindando con propiedad de Juan Barbosa. Seguimos al N° 11 con un rumbo S 29º 50' y una distancia de 580 mts. Seguimos al N° 12 con rumbo S 67º O y una distancia de 450 mts. Seguimos al N° 13 con un rumbo S 20º E y una distancia de 700 mts. colindando por estos tres lados con propiedad de Luis López en un total de 1730 mts. SUR. Partiendo del punto N° 13 hacia el N° 14 llevando un rumbo de S. 75º 30' y una distancia de 1245 mts. colindando con predios de Alberto Vega. OESTE. Seguimos hacia el punto N° 15 con rumbo de N. 10º 30' 0. y una distancia de 1330 mts. colindando con propiedad de Lázaro Torres. Seguimos hacia el punto N° 16 con rumbo de N. 8º E y una distancia de 800 mts. colindando con propiedad de Félix Riter. Seguimos hacia el punto N° 17 con un rumbo de N. 19º 30' 0. Y una distancia de 1040 mts. de los cuales, de Sur a Norte, corresponden 500 mts. con propiedad de Félix Riter y 540 mts. con propiedad de los señores Julio Luna y Gusmán Sarabia. El total de la colindancia de Félix Riter con el costado

Oeste es de 1.300 metros y seguimos hacia el punto Nº 1, punto de partida y cierre de la poligonal, con un rumbo de N. 24° E. y una distancia de 480 metros colindando con propiedad de los señores Julio Luna y Gusmán Sarabia. La colindancia de Julio Luna y Gusmán Sarabia por el costado Oeste es de 1.020 metros".

2º Mediante escrito presentado el 11 de julio de 1974 ante el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, el sobredicho Julio Alfredo Luna demandó al mentado Gusmán Sarabia Rincón a efecto de que, previo el trámite especial señalado por los artículos 467 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decretase la división material, para adjudicarles lotes iguales a cada uno de los dos condóminos, la referida finca "La Unión", cuyos linderos y demás especificaciones se han consignado en el ordinal precedente.

3º Admitida que fue esta demanda, dentro del proceso a que ella dio lugar se presentaron las incidencias y se tomaron las decisiones que, por ser relevantes en la presente causa, importa concretar así:

a) al contestar la correspondiente demanda, el allí demandado Sarabia Rincón se opuso expresamente a que se practicara la división suplicada, fundando su oposición en que desconocía "todo derecho de comunidad en el inmueble, en virtud de que él ejerce una posesión material de más de 14 años con ánimo de señor y dueño, con exclusión del supuesto condeño y mediante actos de explotación económica que no se han producido por acuerdo con el demandante o por disposición de la autoridad judicial"; y en esa misma oportunidad el demandado propuso las excepciones que denominó "prescripción ordinaria" y "prescripción agraria".

Finalmente, diciendo apoyarse en lo establecido por el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, manifestó que, "para el evento de que no fuere reconocido el derecho que invoca sobre exclusivas posesión y dominio", reclamaba "su derecho de mejorista y solicito la retención de las mismas (las mejoras) si no le fueren adjudicadas dentro de la zona de terreno que en la partición le corresponda";

b) Practicadas las pruebas que en esa causa demandante y demandado pidieron, dentro de las cuales se encuentra la ins-

pección judicial sobre el fundo; el dictamen de los peritos Orlando Vargas Pérez y Manuel Guerra Martínez, quienes conceptuaron que las mejoras existentes en la finca tenían entonces un valor comercial de \$ 2.149.775,00; las declaraciones de testigos y algunos documentos, el juzgado del conocimiento le puso fin a la primera parte de ese proceso con el pronunciamiento de su auto de 4 de diciembre de 1974, por el cual, después de declarar no probadas las excepciones propuestas, decretó la división material del citado fundo "La Unión", para ser entregado en partes iguales a cada uno de los dos comuneros; y reconoció "a favor del señor GUSMAN SARABIA RINCON" la mayor parte de las mejoras existentes en la finca; y

c) apelada que fue esta resolución por el demandante de la división, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante su auto proferido el 23 de octubre de 1975, confirmó el apelado pero con la modificación consistente en reconocer "a favor de ambos comuneros señores GUSMAN SARABIA RINCON y JULIO LUNA ANGARITA las mejoras existentes" en el predio cuya división material se decretó.

II

El litigio en este proceso ordinario

1. En libelo de 29 de enero de 1976 el mentado Gusmán Sarabia Rincón demandó, ante el mismo Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, al citado Julio Alfredo Luna Angarita a efecto de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) que el aquí demandante, como comunero, plantó a sus expensas y con dineros de su propio peculio las mejoras de diverso orden existentes en la finca "La Unión", ubicada en el corregimiento de "San Alberto", municipio de Río de Oro, cuyos linderos y demás especificaciones consigna la demanda;

b) que las mejoras referidas, plantadas por el demandante en el fundo descrito, representan o tienen un valor de \$ 1.600.000,00, moneda corriente, "o en su lugar, la suma que se determine concretamente por medio de avalúo pericial";

c) que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se condene al demandado Luna Angarita a pagar al demandante, dentro del término que al efecto señale la sentencia, la dicha suma de \$ 1.600.000,00, "o la que se determine según la petición segunda";

d) que se recozca a Gusmán Sarabia el derecho "a que se tengan en cuenta las mejoras reconocidas en la sentencia por el valor que resulte acreditado dentro del proceso divisorio", a que atrás se ha hecho alusión;

e) que se le reconozca igualmente el derecho de retención del inmueble, "si las mejoras no quedaren situadas en la parte adjudicada a él en el proceso divisorio citado, y hasta cuando le sea pagado o asegurado su valor"; y

f) que se condene al demandado, además, a pagar al demandante "las costas y perjuicios causados en el proceso y conforme a lo dispuesto por los artículos 72, 304 y 392 del Código de Procedimiento Civil".

2. A más de los que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como hechos constitutivos de la *causa pretendi*, los que se compendian en las siguientes afirmaciones:

a) que el demandante ha venido poseyendo desde el año de 1960 la finca en referencia, posesión que continuó exclusivamente él aún después de adjudicada por la Gobernación del Magdalena, mediante la explotación económica y la construcción de edificaciones en ella y la plantación de mejoras de diferente orden;

b) que en la ejecución de dichos actos posesorios el demandante ha actuado en su propio nombre, acudiendo en ese carácter a préstamos bancarios para la adquisición de maquinaria e insumos;

c) que, además, a partir del 10 de enero de 1967 el aquí demandado Alfredo Luna Angarita autorizó al demandante Sarabia Gusmán para que continuara realizando inversiones en el predio, acudiendo al crédito indispensable al efecto, lo que evidentemente hizo éste empleando los dineros así obtenidos en "el pago de trabajadores, gastos de administración y compra de algunos semovientes", pero jamás para realizar con ellos en la finca "obras, reparaciones, mejoras y habitación", todo lo cual

ha sido hecho "en particular por el demandado";

d) que el Tribunal Superior de Valledupar, al infirmar la providencia del Juzgado Civil de Aguachica que había reconocido las mejoras a favor de Sarabia Rincón, para decidir, en cambio, que correspondían a los dos condóminos, "no tuvo en cuenta la prueba documental acompañada alegando requisitos de orden fiscal, ni las declaraciones recibidas para acreditar las mejoras, las cuales no fueron infirmadas o adujeron prueba alguna para desvirtuar las afirmaciones del demandante, lo cual motiva el presente proceso, ya que la providencia que decretó la división y negó las mejoras, ES UN SIMPLE AUTO QUE NO HACE TRANSITO DE COSA JUZGADA"; y

e) que como el aquí demandante aún detenta "la posesión quieta y pacífica del inmueble común", tiene derecho, como mejorista, a la "RETENCION Y CONSERVACION conforme a la ley", hasta tanto no se le pague o se le asegure el pago del valor de las mejoras que reclama.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las peticiones del demandante.

En cuanto a los hechos afirmados en ella, salvo los atinentes a la adjudicación del inmueble por la Gobernación del Magdalena, el proceso divisorio instaurado y a las incidencias en él surtidas, los cuales aceptó como ciertos, negó los demás. Afirmó que el tema atinente a la propiedad de las mejoras ya está decidido por la justicia y que, por consiguiente, resulta ilegal pretender nueva decisión en el punto.

4. Con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 23 de junio de 1977, mediante la cual acogió todas las súplicas deducidas por el demandante, pero determinando en la suma de \$ 2.256.666.00 el valor de las mejoras discutidas y condenando al demandado, en consecuencia, a pagar al demandante dicho monto, junto con las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandado contra lo así resuelto en la primera instancia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el que, mediante su

fallo de 6 de septiembre de 1978, después de infirmar en todas sus partes el apelado, dispuso que "sobre el tema de las mejoras se remite a lo fallado en el Juicio Divisorio".

6. Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el demandante, recurso este que por encontrarse hoy legalmente rituado procede la Corte a decidir.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de concretar la pretensión aquí deducida por el demandante, asevera el sentenciador *ad quem* que según la demanda con la cual se inició este proceso hay que inferir que éste "es fruto o consecuencia de un proceso anterior de carácter divisorio, intentado por el comunero JULIO ALFREDO LUNA ANGARITA contra el hoy demandante, divisorio que ya fue fallado en primera y segunda instancia".

2. Asentada por él esta premisa, nota el Tribunal que es lógico y además necesario, por consiguiente, referirse a lo acontecido en dicho proceso divisorio. Y al efecto dice que según las pruebas allá practicadas, las cuales se transladaron al presente, se debe aceptar que ese mismo Tribunal, por auto de 23 de octubre de 1975, sostuvo la decisión atinente a la división material del predio común, decretada en primera instancia, pero modificó lo referente a la propiedad de las mejoras al considerar que éstas pertenecen a los dos comuneros y no a uno solo de ellos.

"En esta forma —expresa la sentencia— quedó concluida esta parte del proceso divisorio por medio del auto respectivo, y en ese proceso como puede observarse en la contestación de la demanda, el demandado haciendo uso de la facultad que consagra el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil reclamó que se le hiciera reconocimiento sobre el derecho a las mejoras que había plantado en el predio 'La Unión', y solicitó la retención de las mismas en caso de que no le fueran adjudicadas dentro de la zona de terreno que en la partición le corresponde".

3. Dando pues por cierto que el aquí demandante ya había ejercitado el derecho que como mejorista de una finca común consagra el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, precisa y justamente en el proceso en que se solicitó y decretó la división de ella, con citas doctrinarias asevera que esta misma cuestión no puede ser replanteada en nuevo proceso, por impedirlo los efectos de la preclusión del derecho.

"Lo anterior, —dice el *ad quem*— porque el artículo 472 lo que consagra es precisamente una preclusión rigurosa, ya que allí se exige que el reclamo sobre mejoras debe hacerse en la demanda o en su contestación, como lo indica esa disposición, sin que lo dicho pueda considerarse que se está en presencia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, pues en este caso o sea en el juicio divisorio, no se definen la división y el reclamo y la decisión de las mejoras en una sentencia, sino en un auto interlocutorio, y esta providencia no da lugar a tal fenómeno, pero sí es imposible volver a hacer el reclamo en otra ocasión distinta a la señalada en el mencionado artículo, por disposición expresa de él".

Y agrega el Tribunal que "Ello es así por la razón sencilla de que si ya está resuelta una petición de igual categoría en el juicio divisorio, ningún sentido lógico tendría el tener que resolver este mismo asunto en otro juicio distinto, porque se caería en un círculo vicioso que haría interminable el derecho que se tuviere para hacer el reclamo sobre este aspecto".

IV

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula un solo cargo al fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de ser directamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 739 y 2338 del Código Civil, y fundamentalmente del 472 del de Procedimiento Civil, normas sustanciales estas

que, dice la censura, consagran el derecho del comunero "a que se le reconozcan las mejoras plantadas, se le adjudique en la parte donde se encuentren situadas o en su defecto, no se le prive del derecho de retención".

2. En desenvolvimiento del cargo así planteado el recurrente, luego de referirse sucintamente a las motivaciones en que el *ad quem* edificó su fallo desestimatorio, las califica de desacertadas puesto que, expresa la censura, la providencia del Tribunal de Valledupar proferida en el proceso divisorio y traída como prueba al presente, sólo justifica su existencia y su sentido "pero no los hechos en que se funda la demanda y las pruebas practicadas en el segundo proceso con audiencia del demandado y con observancia de las formalidades legales, que en el divisorio se echaron de menos".

Y añade el casacionista, concretando así el error jurídico que denuncia, que "Consecuente con lo reconocido por el Tribunal de que no se está en presencia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, entonces resulta claro que lo resuelto o decidido en el proceso divisorio mediante auto, no excluye ni impide decisión contraria en este proceso ordinario".

3. Avanzando en el desarrollo del cargo el casacionista, después de aseverar que el fenómeno de la preclusión se refiere al "proceso mismo, en donde pueden ocurrir tales posibilidades" que lo configuran, y no a otro u otros, dice: "Descartado que en este proceso, no se presentaba el fenómeno de la preclusión referida a la cosa juzgada material que impide la nueva consideración sobre las cuestiones ya debatidas y decididas definitivamente, el sentenciador cometió yerro jurídico, con entidad de violación directa de las normas citadas, por cuanto no desató el litigio dando aplicación a esas mismas normas sustanciales que reclama el caso o que rigen para las pretensiones imploradas en la demanda".

Refiriéndose al artículo 472 citado, dice la censura que esta norma evidentemente autoriza el reconocimiento de mejoras en el proceso divisorio, decisión que debe tomar la justicia en el auto que resuelva la oposición a la división, si se ha formulado, "y en caso contrario mediante tramitación

incidental, todo lo cual está indicando que el reconocimiento o desconocimiento de mejoras en este proceso, (alude al divisorio), es cuestión incidental que no forma parte de la naturaleza y que por lo mismo ofrece o puede dar lugar a nuevo examen en proceso ordinario...".

"Si el reconocimiento de mejoras y su avalúo en el proceso divisorio —continúa la impugnación— no es cuestión fundamental, como no lo era en vigencia del Código Judicial, ya que el artículo 1151 de ese Código prescribía que 'La parte que no se conforme con el fallo puede pedir su revisión en juicio ordinario', el desconocimiento de las mejoras reclamadas que hizo el Tribunal, en su 'auto interlocutorio' de 23 de octubre de 1975, no tuvo otro alcance que decidir tan solo una cuestión accidental sin amparo de la cosa juzgada, y por lo tanto al margen de lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Civil".

V

Consideraciones de la Corte

1ª) Como ya lo tiene dicho esta Sala, el proceso civil, que es la unión concatenada de los actos realizados por las partes y por el juez, mediante los cuales se busca la efectividad del derecho objetivo no puede perpetuarse en el tiempo: poderosos motivos de interés general *reclaman que su duración sea esencialmente temporal, puesto que si así no fuere las relaciones jurídicas individuales jamás tendrían certeza, lo que iría en desmedro del orden público y de la paz social.*

Es verdad averiguada que 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 de la ley, resuelve el conflicto sometido a su jurisdicción. Esto no obstante, casos hay en que al proceso se le pone término, y por ende finaliza la pretensión en él discutida, mediante un auto interlocutorio, resolución que entonces, muy a pesar de su denominación, está provista de fuerza vinculante suficiente para expresar la voluntad de la ley en forma definitiva, respecto de los extremos debatidos en la controversia que con dicho auto se dirime.

2^{a)} Dada la finalidad última que con el proceso se persigue, razones de necesidad política exigen que en su marcha reínen el orden, la claridad, la rapidez en su trámite y, por sobre todo, la certeza de las decisiones que en él se toman. Sólo pues con una positiva regulación de la actividad de los funcionarios y de las partes que en él intervienen, acatada sin reserva por aquéllos y por éstas, el proceso será garantía de los derechos ciudadanos.

Para alcanzar la meta apuntada se ha consagrado, como orientación general en la actividad procesal, el principio de la preclusión, que al decir de la doctrina moderna consiste en la "pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal" (Eduardo Couture - Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 194. Edición de 1958); o, como lo anota Manuel de la Plaza, "en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general, actos procesales" (Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 396. 3^a Edición).

3^{a)} No se crea, sin embargo, que la preclusión sólo se refiere a la pérdida de una facultad procesal, por no haberse ejecutado el correspondiente acto dentro de los términos demarcados para él por la ley rutuaria. Entendiéndolo así, como generalmente se ha entendido, inadvertidamente se están restringiendo el contenido y el alcance del fenómeno, y se sitúa al margen de su panorma y de sus efectos otra de sus facetas peculiares.

Opera también la preclusión, y tienen que acatarse por tanto sus efectos propios, cuando dentro de la oportunidad señalada el litigante ejercita válidamente la facultad de que se trata, pues es apenas obvio pensar que si el derecho se ejercitó anteriormente, la decisión judicial correspondiente deba producir como consecuencia la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que la misma pretensión pueda ventilarse nuevamente en el mismo o en otro posterior, a menos que se trate de uno de los casos excepcionales que expresamente establece la ley como susceptibles de revisión.

Tal alcance también se lo ha atribuido la doctrina al concepto de la preclusión.

En su obra atrás indicada dice en efecto Couture que la preclusión "Resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden o oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)" (subraya la Corte).

Y añade este autor que la por él indicada tercera situación en que es claramente aplicable el concepto de preclusión, "se refiere a los eventos de cosa juzgada formal, en los cuales el impedimento de nueva consideración recae sobre las cuestiones que ya han sido objeto de decisión y resueltas definitivamente" (ob. cit., págs. 196 y 198).

Expresa Jofré, citado por Herando Morales, que "Hay sin embargo en el procedimiento que se sigue en un pleito, una serie de resoluciones que no producen cosa juzgada; pero que no pueden repetirse dentro del mismo, porque lo perturbarían, abriendo la puerta a la chicana. Así, por ejemplo, cuando se da por decaído el derecho para contestar la demanda, o para alegar de bien probado; o se rechaza una diligencia de prueba o se acepta otra, no puede decirse que haya cosa juzgada; pero si puede afirmarse que hay preclusión, es decir, que ese trámite ha sido ya cumplido y que está cerrado el camino para repetirlo" (Curso de Derecho Procesal Tomo I, pág. 183. 6^a Edición).

El Código de los Procedimientos Civiles del Estado de México, en su artículo 277, dice que la preclusión consiste "en la pérdida del derecho que compete a las partes en juicio para realizar determinados actos procesales después que se han ejercitado otros actos o ha transcurrido cierto término legal, y tiene por objeto dar precisión y seguridad al procedimiento y atribuir firmeza a las resoluciones judiciales que, sin producir la excepción de cosa juzgada, tienen efectos que han de ser respetados en el procedimiento mismo, cuando dichas disposiciones no ameritan recurso alguno" (subraya la Sala).

4^{a)} En materia de mejoras, el Código de Procedimiento Civil hoy vigente adopta en principio el criterio de que, para que ellas den lugar al derecho de retención del in-

mueble en que se han plantado, deben haberse alegado en el proceso respectivo por las partes y encontrarse reconocidas en la sentencia de cuya ejecución se trata. Estimó el legislador Colombiano de 1970, entonces, que la controversia sobre mejoras es punto que queda incluido dentro del thema decidendum, y que por tanto, en acatamiento a los principios de la economía y lealtad procesales, se deben alegar en la demanda o en su contestación, a fin de que en la sentencia que dicte se resuelva definitivamente lo relacionado con ellas.

Así lo establecen, genéricamente para todos los procesos, el artículo 339 del C. de P. C.; y singularmente, entre otros, los artículos 431, 434 y 466 ibidem, referentes, en su orden, a los procesos de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, lanzamiento de arrendatario y deslinde y amojonamiento. Concretamente, tratándose de los procesos divisorios el artículo 472 establece que "El comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la cotección, especificándolas debidamente y pidiendo las pruebas correspondientes. Si se hubiere formulado oposición, el juez decidirá sobre las mejoras en el auto que la resuelva, de lo contrario el reclamo relativo a éstas se tramitará como incidente. En el auto que reconozca las mejoras, el juez dispondrá que los peritos las avalúen por separado".

Trátase, pues, de un litigio incidental que se decide en un auto, pero frente al cual la ley consagra una preclusión rigurosa, pues exige que los comuneros reclamen su derecho a que les sean reconocidas las mejoras, en la demanda o en la contestación. Pero esa resolución judicial, muy a pesar de ser formalmente auto y no sentencia, está provista de fuerza vinculante suficiente como expresión definitiva de la voluntad de la ley que es, y, por lo mismo, la cuestión que con ella se decide no puede ventilarse nuevamente en el mismo proceso en que se ha proferido, ni en otro posterior, desde luego que la ley no autoriza expresamente que pueda revisarse no obstante su ejecutoria.

5^a) Como se infiere de la relación que de los antecedentes del litigio se hizo en la primera parte de esta providencia, hecho que por lo demás el casacionista acep-

ta y ubica por tanto en lo indiscutible, en el proceso que para lograr la división de la finca común inició Julio Alfredo Luna contra Sarabia Rincón, éste, como demandado, al contestar la correspondiente demanda y fundándose justa y precisamente en el precitado artículo 472, reclamó derecho exclusivo sobre las mejoras existentes en el fundo de la comunidad, invocando derecho a retener éste "si no le fueren adjudicadas dentro de la zona de terreno que en la partición le corresponda".

Y es innegable, igualmente, que esta controversia incidental fue decidida por el Juzgado Civil del Circuito de Aguachica, en primera instancia, mediante auto de 4 de diciembre de 1974, el que, apelado, fue modificado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en providencia de 23 de octubre del año siguiente, por el cual, al decretar la división material pedida, se dispuso que las mejoras plantadas en la finca común pertenecen, por iguales partes, a los dos condóminos.

6^a) Lo cual claramente significa que el aquí demandante Gusmán Sarabia Rincón, como comunero del inmueble "La Unión", de la jurisdicción de San Alberto, antes de instaurar este proceso ya había ejercitado válidamente la facultad de reclamar las mejoras existentes en el bien; que con la decisión judicial que a ella se le dio se consumó esta facultad; y que, por lo mismo, el derecho respectivo precluyó y no puede, sin desconocer el carácter definitivo que según la ley corresponde a esa resolución, replantearla hoy nuevamente.

Porque si la insatisfacción que lo decidido en ese proceso especial produjo en el aquí recurrente lo autorizara para formular luego, otra y cuantas veces lo quisiera, nuevas demandas sobre el mismo asunto, sin ser este precisamente uno de los casos en que la ley expresamente establezca semejante especie de revisión, a más de que los litigios se tornarían indefinibles habría que aceptar que las decisiones incidentales, por no ser sentencias en sentido formal, carecen de toda fuerza vinculante y de todo efecto definitivo, lo que resulta inadmisible por chocar frontalmente con el principio de la preclusión que es básico en la organización judicial colombiana.

7^{a)}) Se ha dicho que la trasgresión de la ley sustancial en la especie de falta de aplicación requiere, como presupuesto indispensable, que sí debía haberse aplicado en la sentencia esa disposición. Esto significa entonces que si, por una u otra razón, no corresponde hacer actuar determinado precepto en el caso controvertido, que por ello mismo no se aplicó en el fallo, la acusación de éste por inaplicación de ese específico texto legal resulta palmar y lógicamente improcedente.

Si, pues, como ha quedado visto, en el caso presente el derecho de comunero que consagran los artículos 472 del Código de Procedimiento Civil y 2338 del Civil se halla precluido, por haberlo ejercitado él válidamente en ocasión anterior, tiene que seguirse que hizo bien el Tribunal al no haber hecho actuar en el presente caso dichas normas legales; y, por lo mismo, que no existe la violación directa que de ellas denuncia el recurrente en su demanda de casación.

El cargo es pues ineficaz.

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 seis (6) de septiembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

NULIDADES PROCESALES

Congruencia. El principio de la congruencia, se contrae a la necesidad de que la sentencia, se encuentre en consonancia con las pretensiones aducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas

Error de hecho. El error de hecho en la interpretación de la demanda, para que pueda alegarse como punto de partida de un cargo en casación con apoyo en la causal primera, tiene que ser ostensible, evidente, protuberante o manifiesto

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., mayo veintidós de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 11 de abril de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por NELSON ORREGO ARIAS frente a LEO NEL CHAVES AGUDELO y otros.

I

Antecedentes

Tomados del acervo probatorio practicado, por su trascendencia en el presente litigio merecen relievase los siguientes hechos:

1º Aníbal Montealegre Córdoba y María Antonia Emma Martínez contrajeron matrimonio católico en la Iglesia Parroquial de San Victorino de Bogotá, el 23 de agosto de 1930.

2º Mediante la Escritura Pública N° 2190 de 3 de diciembre de 1936, otorgada en la Notaría 3^a de Bogotá y debidamente inscri-

ta en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, el presbítero José Vicente Quintana transfirió a favor del precitado Aníbal Montealegre, a título de venta y por el precio de \$ 5.000.00, el derecho de dominio sobre un inmueble, integrado éste por la "casa-quinta y el lote de terreno en que está edificada", con extensión de más de 3408 varas cuadradas, ubicado en el área urbana de la población de Fontibón, inmueble comprendido dentro de los siguientes linderos: "por el Norte, en una extensión de treinta y cuatro metros (34 mts.), calle nueva de por medio, con los lotes números ochenta y cuatro (84) y ochenta y cinco (85) del mismo plano municipal; por el oriente, en una extensión de sesenta y tres metros ochenta centímetros (63.80 mts.), con los lotes números (80) y ochenta y uno (81), que son o fueron de Aurelio Durán y Carlos F. Díaz; por el sur, en una extensión de treinta y cuatro metros (34 mts.) con las calles (11); y por el occidente, en una extensión de sesenta y tres metros noventa centímetros (63.90 mts.), con los lotes números setenta y seis (76) y setenta y siete (77) de propiedad de Ernesto Melo y Rafael Tovar".

3º Posteriormente Benjamín Pabón, como acreedor hipotecario, demandó ejecutivamente ante el Juzgado Veinte Civil Mu-

nicipal de Bogotá al precitado Aníbal Montalegre Córdoba, a efecto de que con su citación se decretara judicialmente la venta en pública subasta del inmueble atrás alindado, para entonces ya distinguido dentro de la nomenclatura urbana de Fontibón con el número 6-61 de la calle 4^a-A de allí, pretensión que a la postre le fue aceptada por el juzgado de la causa.

Prosiguiendo el trámite del proceso hipotecario referido y en cumplimiento de la sentencia que así lo ordenó, se practicó el 24 de junio de 1964 la subasta del inmueble, diligencia en la cual se adjudicó, como a mejor postor y por la suma de \$ 60.000,00, a Nelson Orrego Arias. Este remate fue aprobado por auto de 6 de julio siguiente, inscrito en el Registro de Bogotá el 27 del mismo mes, providencia en la cual se dispuso, además de la cancelación del gravamen hipotecario y del levantamiento del embargo, entregar "al rematante los bienes rematados".

4º Así las cosas, para el cumplimiento de tal ordenación el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, al cual había pasado entonces el proceso por competencia, mediante su auto de 2 de septiembre de 1964 comisionó al Alcalde Municipal de Fontibón, funcionario este que al efecto realizó el 2 de diciembre siguiente la pertinente diligencia, en la cual se presentaron las siguientes incidencias:

a) se encontró, en el inmueble materia de la entrega, a Emma Martínez de Montalegre quien inicialmente manifestó: "Yo no tengo parte en este asunto relacionado con mi marido, yo vivo en esta casa hace 28 años largos y como adjunto en este momento el memorial que entrego al señor Alcalde, queda dicho todo...";

b) considerando la oposición a la entrega que verbalmente y por escrito formuló la citada Martínez de Montalegre, el funcionario dicho la rechazó al estimar que la opositora "no es un tercero de acuerdo con la ley";

c) ante lo así decidido ésta expresó: "Como mujer desamparada pido que se me dé un plazo de tres meses si es posible, mientras me puedo organizar y pasarme a otra parte", dejando constancia, de otro lado que "me encontraron sola y no me dieron tiempo para llamar a mi abogado";

d) por último, el Alcalde de Fontibón concedió a la opositora "un plazo de cuarenta y ocho horas para la desocupación física del inmueble...."; y

e) no consumó sin embargo la entrega, pues ante los recursos de reposición y apelación que luego se propusieron contra lo por él resuelto, el Alcalde de Fontibón decidió, por auto de 23 de febrero de 1965, "enviar las diligencias al señor Juez" competente para el pronunciamiento de tales impugnaciones.

5º Negada que fue la reposición y concedida la apelación dichas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante su providencia proferida el 1º de junio de 1966, después de infirmar al del *a quo* decidió que "No hay lugar, dentro de este juicio, a entregar el bien rematado al rematante por parte del Juez, quedándole a aquél los medios legales pertinentes para reclamar la entrega".

Para fundar su decisión el Tribunal de Bogotá, luego de transcribir el artículo 1051 del Código Judicial vigente entonces, dijo que de acuerdo con dicha norma legal no le corresponde "al Juez llevar a cabo la entrega de la cosa rematada", pues que tal deber le corresponde, según dicho precepto, al secuestre del bien, o a los "proprios interesados en el juicio" si el bien no se ha depositado. Y agregó esa Corporación que "puede suceder, como acontece aquí, que la orden impartida en el auto aprobatorio del remate no sea cumplida por su destinatario. Procede distinguir: si es el secuestre el que se niega a cumplir el mandato judicial de entregar, siendo apenas un simple tenedor del bien, corresponde al rematante desarrollar las gestiones adecuadas para obtener la efectividad de su derecho. Ahora, si fueron los interesados, en este caso, al demandado que no cumple la orden de entrega material al rematante, le queda a éste la vía prevista por el artículo 887 del Código Judicial.....".

6º El 12 de mayo de 1969, mediante la Escritura Pública número 2058 otorgada en esa fecha en la Notaría 3^a de Bogotá, e inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de aquí, el sobredicho Nelson Orrego Arias procedió a protocolizar la diligencia de remate del inmueble Nº 6-61 de la calle 4^a-A de Fontibón, y el auto aprobatorio de la subasta, documen-

to escriturario que en el presente proceso ha aducido como título para justificar el derecho de dominio que reclama.

7º Cuando aún no habían fenecido las incidencias procesales que surgieron de la oposición que a la entrega del bien rematado por Orrego Arias formuló Emma Martínez de Montealegre, ésta, asistida entonces por el Abogado Leo Nel Chaves Agudelo, mediante demanda de 3 de junio de 1965, afirmando ser la dueña por haberlo poseído durante "más de veinte años, de manera pública, sin vicio de clandestinidad ni violencia", solicitó ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, que previo el trámite especial que al efecto consagraba la Ley 120 de 1928, se la declarase dueña, por prescripción adquisitiva extraordinaria, del inmueble de 3406 varas cuadradas, distinguido con el número 6-21 de la calle 4^a-A- de esa ciudad, el que, por sus alindaciones y demás especificaciones, a la postre resultó ser el mismo que fue el rematado por Orrego Arias y que fue justamente el que constituyó el objeto de la oposición a la diligencia de entrega.

Tramitado este proceso sin oposición alguna, el juzgado de la causa, que para entonces lo era el Civil Municipal de Fontibón, al cual le había llegado por competencia, después de haber practicado algunas pruebas y de haber comprobado, en inspección judicial, que "...el número 6-21 de la calle 4^a-A-, hoy corresponde al 6-61 de la misma calle", profirió su sentencia de 5 de octubre de 1965, mediante la cual hizo la declaración de pertenencia deprecada por Emma Martínez de Montealegre y ordenó la inscripción de ese fallo, lo que evidentemente se cumplió el 29 de noviembre de ese mismo año.

8º Así las cosas, el 27 de junio de 1967, mediante la Escritura Pública Nº 2537 otorgada en esa fecha ante el Notario 4º de Bogotá e inscrita en el Registro correspondiente el 10 del mes siguiente, la beneficiada con la sentencia de pertenencia a que se ha aludido en el ordinal anterior, procedió a protocolizar, para su conservación allí, "el juicio de pertenencia de la señora EMMA MARTÍNEZ DE MONTEALEGRE, principiado en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, y terminado en el Juzgado Municipal de Fontibón....",

documento este que ahora aduce como justificativo de la oposición que formula a la pretensión del demandante en el presente proceso ordinario.

9º Inmediatamente después, su anterior apoderado judicial en el proceso de pertenencia doctor Leo Nel Chaves Agudelo, demandó ejecutivamente a la mentada Emma Martínez de Montealegre ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá, ejecución dentro de la cual se embargó y secuestró, como bien de la demandada, el inmueble Nº 6-61 de la calle 4^a-A- de Fontibón, es decir, el mismo que ésta había adquirido por la declaración de pertenencia a que atrás se ha hecho alusión.

Prosigiéndose el trámite del proceso ejecutivo dicho y en cumplimiento de la sentencia que así lo ordenó, se practicó dentro del 26 de julio de 1968 la subasta del inmueble, diligencia en la cual se adjudicó, como único postor y por cuenta de su crédito, al ejecutante Leo Nel Chaves Agudelo, por el precio de \$ 108.000.00, que fue precisamente el que representó el porcentaje legal del avalúo de \$ 180.000.00 dado pracialmente al inmueble.

Este remate fue aprobado por auto de 21 de agosto del mismo año, que, junto con la diligencia respectiva, se registró el 15 de septiembre siguiente en el Libro Nº 1 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá.

10º Arribadas las cosas a este preciso punto, inmediatamente este rematador Chaves Agudelo, como que lo fue el 24 del mismo mes de septiembre, mediante el otorgamiento de la Escritura Pública Nº 5316 de la Notaría 4º de Bogotá, transfirió a favor de Antonio María Sierra Martínez el derecho de dominio sobre "un lote urbano situado en la zona de Fontibón...., que hace parte de uno de mayor extensión marcado con el Nº 6-35 de la calle 4^a-A-, antes 6-61" de Fontibón; vale decir, una parte del inmueble que el vendedor había adquirido por remate en el proceso ejecutivo que él adelantó contra Emma Martínez de Montealegre.

Esta escritura se inscribió en el Registro de Bogotá el 15 de octubre de este mismo año de 1969.

II

El litigio en este proceso ordinario

1. Mediante escrito de 14 de noviembre de 1969 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, el precitado Nelson Orrego Arias demandó a Leo Nel Chaves Agudelo, Emma Martínez de Montealegre, Antonio Sierra e Ilba de Sierra, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que corresponde exclusivamente al demandante la propiedad plena del inmueble número 6-61 de la calle 4^a-A- de Fontibón, inmueble integrado por el lote de terreno de extensión superficiaria de 3498 varas cuadradas y la casa-lote en él edificada, cuyos linderos y demás especificaciones se consignan en la demanda;

b) que, "a más de admitir la presente acción reivindicatoria . . . , se tramite así mismo y de manera conjunta la Acción de Nulidad del Juicio de Pertenencia o Prescripción adquisitiva de dominio . . . , que por apoderado instauró ilegalmente la demandada EMMA MARTINEZ DE MONTEALEGRE, contra su legítimo esposo ANIBAL MONTEALEGRE, de su bien exclusivo, es decir que no pertenecía a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de éstos, bien inmueble que es el mismo descrito en el primer punto, y que en la actualidad es de mi mandante, distinguido con el número 6-61 de la calle 4^a-A- de la actual nomenclatura de Fontibón";

c) que se declare, además, nulo el remate que de dicho bien hizo Leo Nel Chaves Agudelo dentro del proceso ejecutivo que éste adelantó contra la mentada Emma Martínez de Montealegre, "por ser dicho remate ilegal y de mala fe, toda vez que el cuestionado inmueble fue rematado y adquirido legalmente" por el demandante, en subasta que de él se había realizado anteriormente;

d) que, como consecuencia de las declaraciones precedentes, se condene a los demandados a restituir al demandante el inmueble atrás descrito, "previo pago de todas las indemnizaciones y perjuicios materiales ocasionados por la posesión vicia-

da a que me he referido, ordenándoseles además, el saneamiento de todas las perturbaciones contra mi mandante por parte de terceros, por venta ilícita, mejoras, vicios ocultos, etc."; y

e) que se condene a los demandados, igualmente al pago de las costas procesales.

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

a) que en la diligencia practicada el 2 de diciembre de 1964, para entregar al rematador Orrego Arias el inmueble a éste adjudicado en el remate verificado dentro del proceso hipotecario de Benjamín Pabón contra Aníbal Montealegre, el Alcalde de Fontibón, funcionario que fue comisionado para dicha entrega, le concedió a Emma Martínez de Montealegre "un plazo gracioso de tres días . . . para que se saliera del inmueble rematado";

b) que esta demandada no solamente "incumplió dicho plazo", sino que, por conducto de su codemandado Chaves Agudelo, inició proceso de pertenencia "para prescribir el mencionado inmueble de la exclusiva propiedad de su esposo", proceso que adelantó con éxito pero violando "ostensiblemente las disposiciones pertinentes de la Ley 28 de 1932, en lo que respecta a la suspensión de esta forma de adquirir el dominio, cuando se trata de cónyuges no separados legalmente ni divorciados";

c) que el citado apoderado Chaves Agudelo, una vez obtenida la declaración judicial de pertenencia suplicada, "valiéndose de pruebas engañosas . . . , simula entonces una fuerte obligación de dinero, de su poderdante Emma Martínez de Montealegre contraída a su favor, e inicia en contra de ésta juicio ejecutivo para obtener el pago de la obligación simulada, y es así como entra a rematar el mencionado inmueble, que erróneamente figuraba como de propiedad de Emma Martínez de Montealegre, disponiendo posteriormente de un lote del globo total, vendiéndoselo al matrimonio formado por los demandados ANTONIO SIERRA e ILBA DE SIERRA.

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados Chaves Agudelo, Emma Martínez de Montealegre y Antonio Sierra, después de negar los hechos fundamentales en ella invocados, se opusieron a las peticiones de su demandante.

Tales demandados expresaron entonces, fundando en estos asertos su defensa, que cuando Orrego Arias remató el inmueble en el proceso hipotecario seguido contra Aníbal Montealegre, éste, "para el momento del remate, carecía de la propiedad o dominio del inmueble rematado, por haberse operado en su contra prescripción extintiva de su derecho, y en favor de Emma Martínez de Montealegre, prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio o la de 20 años de que trata la Ley 50 de 1936".

4. Por cuanto a la demandada Ilba de Sierra no se la encontró para hacerle notificación personal del auto admisorio, el Juzgado, mediante auto de 4 de marzo de 1970, ordenó emplazarla "según el artículo 317 del Código Judicial"; y como a pesar del emplazamiento no compareció al proceso se le designó curador *ad litem*.

Este, una vez posesionado del cargo y después que recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda, contestó ésta exigiendo la prueba de los hechos afirmados en ella y manifestando estar a lo que resulte demostrado.

5. Con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 3 de noviembre de 1972, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º) Decrétese la reivindicación y siguiente restitución de los demandados del inmueble ubicado en la calle 4^a-A- Nº 6-61 de esta ciudad y cuyos linderos aparecen en el libelo;

"2º) Decrétese la nulidad del proceso de pertenencia y la sentencia recaída sobre prescripción adquisitiva de dominio obtenida a favor de la demandada, señora Emma Martínez de Montealegre;

"Como consecuencia, cancélese el registro de dicha sentencia, el protocolo de la misma y la matrícula que se efectúo en el competente libro;

"3º) Decrétese la nulidad del remate efectuado por el demandado, doctor Leo Nel Chaves Agudelo, en el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá, el 26 de julio de 1969;

"Para tal fin, cancélese el registro y protocolo del mismo;

"4º) Se condena en perjuicios a los demandados; y

"5º) Costas a cargo de la parte vencida".

6. Como efecto de la apelación interpuesta por los demandados representados por el abogado Chaves Agudelo, y por éste en su propio nombre, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, una vez agotado el trámite del grado, incluso la apertura y práctica de pruebas, y de haber surtido muchas incidencias, por sentencia de 11 de abril de 1978 decidió la apelación tomando estas resoluciones:

a) confirmó los ordinales 2º, 4º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia apelada;

b) revocó el numeral 3º de la parte resolutiva de la misma sentencia, aclarando que lo hacía "por las razones explicadas en la parte motiva", vale decir porque consideró inoponible al demandante el remate realizado por el demandado Chaves Agudelo;

c) modificó la resolución primera del fallo apelado, en el sentido de decretar la reivindicación del inmueble con obligación de los demandados de restituirla al demandante, lo mismo que la de "pagar a éste los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediaña inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, como poseedores de mala fe desde la fecha del remate efectuado por el demandante....; igualmente condena a los demandados al pago de los deterioros conforme al artículo 963 del Código Civil, considerando a los demandados como poseedores de mala fe"; y

d) finalmente, ordenó compulsar copias para que se inicie la correspondiente investigación disciplinaria en contra del abogado Chaves Agudelo, cuya conducta calificó de temeraria.

III*Los fundamentos del fallo de segundo grado*

1. Inicia el Tribunal las consideraciones de su sentencia advirtiendo que, "no obstante el desorden del libelo demandatorio", los presupuestos del proceso, indispensables para el pronunciamiento de sentencia de mérito, se hallan presentes.

Singularmente, en relación con la agregación o acumulación de pretensiones que trae la demanda inicial, dice el *ad quem* que aún cuando ésta "no es un modelo de técnica", está sin embargo "ajustada a los dictados del artículo 209 del antiguo Código de Procedimiento Civil, vigente cuando se trabó la relación jurídico- procesal, toda vez que las peticiones no son contradictorias o incompatibles entre sí, son susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento y la competencia para conocer de todas radica en el mismo funcionario".

2. Discernida por él la situación fáctica, el Tribunal concreta así los hechos que estima probados:

a) la adquisición por parte de Aníbal Montealegre del dominio del inmueble 6-61 de la calle 4^a-A- de Fontibón, mediante compra que hizo de él a José Vicente Quijano, plasmada en la Escritura N° 2190 de 3 de diciembre de 1936, otorgada en la Notaría 3^a de Bogotá y debidamente inscrita en el competente registro;

b) el remate realizado el 24 de junio de 1964 dentro del proceso hipotecario adelantado por Benjamín Pabón contra el citado Montealegre, y su aprobación, diligencia en la cual se adjudicó el bien referido al aquí demandante Nelson Orrego Arias;

c) la oposición que a la diligencia de entrega del bien rematado formuló Emma Martínez de Montealegre, su improsperidad, y la circunstancia de que a ella se le dio entonces "un plazo de 48 horas, para que saliera del inmueble";

d) la conducta subsiguiente de la opositora, consistente en que no solamente no hizo la entrega, como lo había prometido, sino que insistió en su oposición al través de los recursos de reposición y apelación que formuló;

e) que además, posteriormente, por conducto de su apoderado Chaves Agudelo, adelantó "proceso de pertenencia sin citación de persona determinada, con base en el artículo 6º de la Ley 120 de 1928, en relación con el mismo inmueble, habiendo obtenido sentencia el 5 de octubre de 1966, por medio de la cual se accedió a sus peticiones, y si bien el inmueble a que se refiere esta sentencia aparece en su nomenclatura y en su alindación con errores, ellos son aparentes porque observando el contenido de la demanda, la conducta procesal de los demandados y los elementos de prueba, especialmente la inspección judicial, no cabe duda que se refiere dicha sentencia al mismo inmueble indicado en la petición primera de la demanda en el presente proceso";

f) la demanda ejecutiva que Chaves Agudelo instauró después contra la mencionada Martínez de Montealegre, proceso en el cual aquél remató, el 26 de julio de 1968, el mismo inmueble que fue objeto de la declaración judicial de pertenencia, diligencia en la cual aparece "muy claro lo concerniente a la nomenclatura y alindación del inmueble, correspondiente al indicado en la petición primera de la demanda"; y

g) el matrimonio católico celebrado, el 23 de agosto de 1930, por Aníbal Montealegre con la aquí demandada Emma Martínez.

3. Asevera el *ad quem*, a renglón seguido, que la primera de las acciones deducidas por la demandante es la reivindicatoria, la que estima que está llamada a prosperar por la concurrencia en el presente caso, de todos sus presupuestos axiológicos.

Estima que el primero de tales presupuestos, o sea el derecho de dominio en el demandante, está cabalmente probado con la Escritura N° 2058 de 12 de mayo de 1969, otorgada en la Notaría 3^a de Bogotá, mediante la cual se protocolizaron allí tanto la diligencia de remate de 24 de junio de 1964 como su auto aprobatorio, documento que acredita que el demandante adquirió el inmueble objeto de este proceso.

En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte de los demandados, lo da por establecido el Tribunal "del examen conjunto de los autos" y particularmente del hecho de que,

demandados aquéllos, en la calidad dicha, la aceptaron, "a más de que la conducta procesal de los demandados contribuye a corroborar que el bien cuestionado es el mismo de que trata la demanda, el mismo que fue rematado por Nelson Orrego, el mismo que fue objeto del proceso de pertenencia que culminó con sentencia favorable a la señora de Montealegre y el mismo rematado posteriormente por Chaves Agudelo".

Añade al punto el sentenciador de segundo grado, que si tanto demandante como demandados están de acuerdo en que Chaves Agudelo transfirió la propiedad de una parte del inmueble a Antonio Sierra e Ilba de Sierra, lo que, dice, en nada afecta la demostración de los requisitos axiológicos enunciados, toda vez, que de un lado se adujo la prueba solemne sobre este traspaso, cuando de otro, la postura procesal de las partes y los planteamientos ofensivos de los demandados, contribuyen necesariamente a concluir que radica en todos ellos *la legitimación en causa por pasiva para responder de la presente acción*, ante los distintos actos a que tuvo que referirse en sus peticiones el demandante, a través de los cuales se llega a la conclusión sobre esta legitimación...".

4. En lo atinente al presupuesto de la identidad entre el bien especificado en la demanda y el que es poseído por los demandados, el sentenciador de segundo grado lo da también por establecido, puesto que, agrega, la indumentad de que hablan los demandados es apenas aparente y no real.

Expresa al efecto que "examinados cuidadosamente los autos, estima la Sala que la dirección que aparece en el proceso de pertenencia, en cuanto a la nomenclatura, no altera la realidad de los hechos, por cuanto observando los folios 103, 114 y 124 del Cdno. 4º, (se refiere el Tribunal a piezas del proceso de pertenencia), en Armonía con las pruebas de la parte demandada, y los planteamientos de los demandados quienes no han hecho objeción alguna en cuanto a la indumentad del mismo inmueble, se llega a la conclusión de que el objeto a que se refiere el remate por medio del cual adquirió el demandante es el mismo de pertenencia, y el mismo a que se

refiere el remate dentro del cual pretende haber adquirido el doctor LEO NEL CHAVES AGUDELO....".

Como razón corroborativa de la deducción que en el punto saca, recuerda el Tribunal que es deber del juzgador interpretar las sentencias, y que haciendo uso de dicha facultad en frente del fallo que declaró la pertenencia, "se concluye necesariamente que por un error mecanográfico se expresó en esta sentencia la dirección calle 4º Nº 6-21, pero esta corresponde a la dirección calle 4º-A- Nº 6-61, a lo cual se suma la aclaración que se hizo dentro de la inspección judicial del proceso de pertenencia, armonizando con lo dicho por Leo Nel Chaves Agudelo en diligencia de posiciones; súmase además, el que en todas las piezas procesales en que aparece esta sentencia, coinciden los linderos"; y añade el *ad quem* que a esta inferencia se llega, de otra parte, al analizar el dictamen pericial rendido en el proceso de pertenencia, "como de las declaraciones allegadas a este proceso, las cuales se refieren al inmueble marcado con el Nº 6-61 de la calle 4º-A-...".

5. Acomete en seguida el Tribunal el examen de la pretensión tendiente a que se anule el proceso de pertenencia adelantado con éxito por Emma Martínez de Montealegre, la que estima que debe prosperar puesto que, conociendo la allá demandante la existencia de una persona interesada cual era el rematador Orrego Arias, adelantó sin embargo dicha causa por el procedimiento especial, el que, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 120 de 1928 entonces vigente, sólo era aplicable para los supuestos en que "no había personas conocidas, o presupuestos interesados contra los cuales se pudiera alegar la prescripción".

Asevera el sentenciador que "De la manera supuesta, a sabiendas se adelantó el proceso ameritado de pertenencia contra personas inciertas, y por lo mismo, a espaldas del dueño del inmueble, se violó el derecho de éste dándole desarrollo al trámite especial sin atender para nada los intereses de éste a sabiendas de que era el propietario".

Para llegar a dicha conclusión dice el sentenciador que tal cual están planteadas y los supuestos de hecho de la deman-

da, debe interpretarse que lo que se pretende con ésta es invalidar toda la actuación del proceso de pertenencia, incluyendo la sentencia en él proferida, "con fundamento en que este proceso se adelantó vulnerando el derecho de defensa del demandante, pretensión ésta que en la época en que nació la relación jurídico-procesal estaba amparada por el artículo 457 de la Ley 105 de 1931....". Y recuerda la sentencia, a intento de hacer énfasis en su conclusión, que es norma básica del derecho procesal la de que al juez corresponde interpretar la demanda para precisar su contenido, "atendiendo más que todo a la verdadera intención del demandante que a lo literal de las palabras y dando a sus súplicas el sentido en que puedan producir algún efecto".

6. Llevadas por él sus consideraciones a este punto, acomete en seguida el *ad quem* el análisis de la pretensión del demandante consistente en que se declare nulo el remate verificado por el demandado Chaves Agudelo, en la ejecución que éste siguió contra su codemandada Emma Martínez de Montealegre.

Al respecto, luego de aseverar que evidentemente cuando dicho demandado subastó el inmueble éste no pertenecía a su ejecutada, sino a Orrego Arias, quien lo había adquirido previamente, dice el Tribunal que en tales circunstancias la segunda subasta "recayó sobre cosa ajena, realmente de propiedad de quien actúa como demandante de este proceso ordinario y que conforme al artículo 1871 del Código Civil, es ineficaz frente a los derechos del verdadero dueño"; pero que esa ineficacia es innecesaria frente a terceros, en relación con los cuales dicho acto es inoponible.

"Por modo, —dice en el punto la sentencia— en este sentido ha de reformarse y aclararse el fallo apelado en el sentido de que en el *sub judice* no se trata de nulidad del remate cuestionado sino de ineficacia o inoponibilidad de éste frente a la titularidad del demandante de este pleito, motivo por el cual ni siquiera era necesario impetrar la nulidad sustancial o procesal del referido acto de venta, sino que, como lo dice la Corte, en estos casos de venta de cosa ajena se puede reivindicar directamente contra poseedor demandado, sin necesidad de impetrar declaración al-

guna contra el título de este poseedor basado en un negocio jurídico como el indicado, ya que los legítimos derechos del dueño no sufren menoscabo en la enajenación que de un bien suyo haga un tercero".

7. En lo que respecta a la pretensión del demandante de que se condene a sus demandados a indemnizar perjuicios, suplica que el *a quo* aceptó, dice el juzgado *ad quem* que también debe prosperar, puesto que es indubitable que en este caso la conducta de los demandados "encaja dentro de los lineamientos de los artículos 72 y 74 del Código de Procedimiento Civil"; pero advierte, en este punto, que "los frutos civiles del bien excluyen los que corresponde al lucro cesante, como uno de los dos aspectos que integran el fenómeno jurídico de los perjuicios, so pena de que se produzca doble condena por este concepto".

8. Estima el Tribunal de Bogotá, finalmente, que como la conducta del apoderado de los demandados doctor Leo Nel Chaves Agudelo, desplegada "a través de las distintas actuaciones cumplidas en los procesos a que aluden los hechos de la demanda, comentados dentro de esta sentencia, y la adoptada por el mismo profesional del derecho en el presente proceso ordinario, adolece de temeridad", se impone ordenar, lo que en efecto dispone, que se investiguen "las posibles faltas contra la ética profesional".

IV

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los demandados, quienes oportunamente han presentado las dos demandas que, por traer ambas cargos y fundamentos sustancialmente semejantes, la Corte procede a examinar y despachar en conjunto.

Primero. CENSURAS QUE DENUNCIAN YERROS IN PROCEDENDO.

A) Cargos fundados en la causal quinta de casación

1. Mediante el cargo primero de su demanda de casación los demandados Chaves

Agudelo, Antonio Sierra y Emma Martínez de Montealegre, acusan la sentencia de segundo grado por haberse proferido, a juicio de ellos, en un proceso viciado de nulidad por las causas previstas en los ordinarios 8º y 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil; vale decir, por no haberse notificado o emplazado en legal forma a la demandada Ilba de Sierra, en primer lugar, y en segundo, por haberse pretermitido en este proceso "los términos u oportunidades para pedir y practicar pruebas".

En consecuencia solicitan los demandados dichos que se case la sentencia por ellos impugnada extraordinariamente, se invalide toda la actuación procesal y se ordene la reanudación de lo anulado "previa notificación del auto admisorio de la demanda en debida forma, inclusive al Agente del Ministerio Público, que fue parte en el proceso de pertenencia, no citado al presente; o continúe, previamente practicándose la prueba adicional, o dándole cumplimiento al auto que la decretó, hasta cuyo auto sería válida la actuación, y nula toda la posterior".

2. En desarrollo del cargo por el primero de los dos aspectos en que lo sustentan, aseveran los recurrentes que "el Juzgado *a quo* le designó a la demandada Ilba de Sierra un curador *ad litem* después de un emplazamiento ilegal, y con quien se siguió el proceso como si ella hubiese sido una demandada de residencia desconocida, o demandada que evadía notificarse", con lo cual, añaden, se incurrió en la nulidad que consagraba el artículo 3º de la Ley 105 de 1931, vigente entonces, y que hoy está prevista por el numeral 8º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Agregan los cacasionistas, fundando en esto el emplazamiento ilegal por ellos afirmado, que la citada Ilba de Sierra ha debido notificársele personalmente el auto admisorio de la demanda, y no por emplazamiento, desde luego que se trataba de persona de residencia desconocida, puesto que si bien en la demanda no se indicó ésta el demandante sí la señaló expresamente, en escrito posterior; que "la constancia dejada en el proceso, folio 23 vto., del mismo cuaderno, no expresa, que Ilba de Sierra se la haya ido a notificar a ese lugar: ya por-

que quien la suscribe, no aparece autorizado para hacer la notificación; ora porque allí no se dice a qué dirección concurrió para notificarla; y también la constancia, ni fue ratificada bajo juramento por quien la suscribe, ni llena los requisitos del artículo 308 de la Ley 105 de 1931. En efecto: en tal folio 23 se estamparon dos constancias: la una referente a la notificación de Emma Martínez de Montealegre, con fecha 25 de enero suscrita en Bogotá. La otra, SIN FECHA, y sin indicación del lugar donde se suscribió...; referente, ésta, a la notificación —que expresa— se quiso hacerle a Ilba, y la cual, por no llenar esos requisitos, vale tanto, como si, no se hubiese escrito o no constituye sólido fundamento para tenerla como persona de residencia desconocida a dicha señora; ni para que, en ese escrito, visible a folio 31, se dijera: 'la dirección que tenía ella y su esposa es la que aparece en el libelo de demanda (7), y según consta por la misma constancia del señor notificador del Juzgado, le informaron que en dicha dirección la demandada es desconocida y nadie sabe su residencia'".

Expresa además la demanda de casación que la referida nulidad no sólo no ha sido saneada sino que en segunda instancia fue decretada oficiosamente por el Tribunal; y que "si bien es cierto que la Sala Dual revocó ese decretamiento, ella no ha dejado de existir, y puede alegarse ahora ante la Corte, por cualquiera de los litisconsortes necesarios"; que como el auto que puso en conocimiento la nulidad no fue impugnado, "obviamente quedó en firme la nulidad del proceso, al ser notificada personalmente del mismo Ilba Sierra y ésta no haber allanado la nulidad"; que, entonces, el auto que decretó la invalidez "era una consecuencia del hecho de no haber sido allanada la nulidad" y que por lo mismo no podía ser recurrido en súplica; y que finalmente, al haberse aceptado ésta, el auto que la decidió es ilegal. De lo cual concluye que "es nulo lo actuado, en segunda instancia, a partir de la manifestación de Ilba Sierra (sic), de que no allanaba la nulidad; y al Tribunal no le competía otra cosa que devolver el proceso al *a quo*, para que procediese, a notificar el auto admisorio de la

demandada, a la demandada NO NOTIFICADA EN FORMA LEGAL”.

3. En desenvolvimiento del cargo por el segundo de los dos aspectos en que lo sustentan, aseveran estos recurrentes que “el juez que conoció de este proceso en la primera instancia, primeramente decretó la práctica de las pruebas que con fundamento en el artículo 752 del Código Judicial antiguo o porque las pruebas pedidas por la contraparte se decretaron en los últimos tres días del primer período; pero luego se negó su práctica. O lo que es lo mismo, al proferirse el auto de 18 de septiembre de 1970 (folio 22, cuad. núm. 2). ‘se omitieron, en trámite de este proceso, los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas’. Es decir, se incurrió en la causal que el Código de Procedimiento Civil contempla en el numeral 6º del artículo 152; porque se impidió a la parte demandada, comprobar: traer a este litigio prueba tan importantísima para los demandados, como allí también se puso de presente; que si se hubiese practicado, sin lugar a dudas, la sentencia acusada habría sido absolutoria”.

Estima pues la censura que “era obligatorio, decretarse la práctica de dicha prueba adicionalmente solicitada; y al no haberse hecho, se violó el derecho de defensa de los demandados. Violación que tanto la jurisprudencia como la doctrina de nuestros expositores y comentadores de aquella ley, (aluden a la 105 de 1931), habían aceptado como una causal de nulidad en todos los juicios. Ya que si bien el artículo 448 de dicha ley no consagró esta pretermisión, como causal expresa de nulidad, según tales jurisprudencia y doctrinas nacionales, la enumeración que hacía ese artículo no era taxativa; y dentro de ella, tácitamente, se incluía, en obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 26 de la Constitución Nacional, como motivo de nulidad, el habersele negado a una de las partes, o restringido, su derecho de contraprobar”.

4. Mediante el cargo primero de su demanda de casación la demandada Ilba de Sierra acusa la sentencia de segundo grado por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, por los siguientes tres motivos, a saber: a) por no habersele notificado en legal forma a ella el auto admisorio de la demanda, y haberse seguido el proce-

so con el curador *ad litem* que se le designó como si se hubiera tratado de persona de residencia desconocida o que hubiera eludido la notificación, cuando no se trataba ni de lo uno ni de lo otro; b) por haberse seguido en la segunda instancia de este proceso “un procedimiento distinto del que legalmente corresponde”, desde luego que la sentencia de primer grado no se ordenó consultar; y c) por no haberse citado a este proceso al agente del ministerio público, “que fue parte en el proceso de pertenencia”.

5. Desenvolviendo el cargo por el primero de los tres aspectos en que lo plantea, esta recurrente, en su extensa demanda, alega los mismos argumentos que al efecto dan como fundamento de la nulidad los demás recurrentes; vale decir, en que seemplazó ilegalmente a Ilba de Sierra y se le nombró curador *ad litem*, con el cual se siguió el proceso, sin que fuera procedente ese llamamiento público porque esta demandada era persona de residencia conocida.

Siendo pues como evidentemente lo son los fundamentos de esta censura sustancialmente iguales a los esgrimidos al efecto en la otra demanda de casación, en gracia de la brevedad la Corte se considera relevada del deber de compendiarlos aquí nuevamente.

6. Desarrollando el cargo por el segundo de los aspectos dichos asevera esta casacionista, en primer lugar, que la sentencia de primer grado no se ordenó consultar, muy a pesar de que cuando se profirió, esta demandada estaba representada por curador *ad litem*, por lo que se imponía acatar lo ordenado por el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil.

Que como tal imperativo legal no se cumplió, en segunda instancia se siguió “un procedimiento distinto del que legalmente corresponde”, irregularidad que tipifica la nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 152 de la codificación dicha. “Y caer entonces el Tribunal de competencia para tramitar la segunda instancia, sin primero haberse decretado esa consulta. A tal punto que, sin oficiosamente haberse concedido y tramitado este recurso especial, prácticamente, y en estricto derecho, es nulo todo lo actuado en el Tribunal, ya

que su competencia se da a virtud de este recurso especial".

7. Considera esta recurrente, finalmente, que el proceso también está viciado por no haberse citado a él al Agente del Ministerio Público, que también fue parte en el de pertenencia que se invalida con el fallo por ella impugnado extraordinariamente, "lo que constituye invalidez de la actuación tanto con la legislación anterior como la nueva...".

Se considera

1. *Es pertinente recordar aquí, en primer término, que dentro de los principios que gobiernan al régimen de las nulidades procesales se enlista el de la protección, por virtud del cual se han consagrado las nulidades dichas con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad.*

Fundándose pues en dicho principio, desde vieja data viene sosteniendo la Corte que la falta de notificación o emplazamiento en legal forma, como causa de nulidad, sólo puede ser invocada en casación por el litigante afectado con ellas. Y esta doctrina no solamente no ha perdido vigencia hoy, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil.

Doctrina y ordenamiento legal estos que conducen a decir que la nulidad procesal aquí reclamada por los recurrentes, con fundamento en que no se citó a este proceso al agente del ministerio público, quien también fue parte en el de pertenencia que ahora se invalida, no puede atenderse y debe por consiguiente rechazarse, puesto que los aquí impugnadores en casación no son el Ministerio Público y tampoco llevan su representación.

2. La cuestión referente al emplazamiento de la demandada Ilba de Sierra, que ésta insiste en invocar ahora en casación como causal de nulidad, fue considerada y estudiada ampliamente durante la segunda instancia del proceso y decidida allí negativamente, como lo dice el auto de 27 de febrero de 1976 (folios 51 y 52 del cuad., núm. 4), providencia que por haber alcanzado el sello de su firmeza y estar am-

parada de la presunción de legalidad reclama pleno acatamiento.

Ello no obstante, la Corte, para reiterar el legal emplazamiento a este proceso que se le hizo a la demandada Sierra, y por ende de la inexistencia de nulidad por dicho aspecto, hace las siguientes observaciones:

A) A términos de lo que establecía el artículo 317 del Código Judicial, que era el vigente cuando se inició este proceso, el nombramiento del curador *ad litem* para el demandado se hacía: ora previo el emplazamiento de éste; o ya sin necesidad de tal llamamiento público.

Procedía lo primero en los casos en que "la residencia del demandado" no era "conocida", o se trataba "de persona incierta", eventos en los cuales el demandante así debía manifestarlo "con protesta de no faltar a la verdad"; y se imponía el segundo modo de proceder siempre que el demandado se ocultaba o eludía la notificación del auto admisorio de la demanda, supuesto en el cual era pertinente, como requisito previo al nombramiento de curador y en lugar del emplazamiento, la "comprobación sumaria del hecho".

Entonces, según dicha preceptiva, cuando el demandante afirmaba, con protesta de no faltar a la verdad, que le era desconocida la residencia del demandado, tal manifestación era de suyo suficiente para que el juez de la causa ordenara el emplazamiento previsto en el primer inciso del artículo 317 citado, que no exigía prueba alguna al respecto, como sí la exigía en el caso de que trataba el inciso 2º de la misma disposición, vale decir, en el supuesto de ocultación del demandado.

B) Si bien es verdad que en la demanda con la cual se inició este proceso, y relativamente a la demandada Ilba de Sierra, no se indicó el lugar de su residencia, no lo es menos que en escrito presentado inmediatamente después el demandante, apoyado en los respectivos informes del notificador del juzgado, expresó que dicha demandada "ha eludido la notificación" y solicitó, en consecuencia, que se le diera "aplicación al artículo 317, inciso 2º del Código Judicial", pretensión que el juez de la causa le denegó por auto de 6 de febrero de 1970 (folio 24 vto., del cuad., nú-

mero 1), fundando su negativa en que "no se ha suministrado la prueba de que se oculta".

Y como esta decisión quedó en firme, ello significa claramente que el pretendido nombramiento de curador sin previo emplazamiento, o por ocultación de tal demandada, si fue considerado y rechazado oportunamente.

C) Así las cosas, en escrito de 28 de febrero de 1970 el demandante, luego de expresar que la citada demandada "es esposa del demandado ANTONIO SIERRA MARTINEZ, y el suscrito solamente sabe que dicha demandada es vecina del municipio anexado al Distrito de Fontibón, ignorando en la actualidad su residencia, jurando y protestando que no faltó a la verdad..." (subraya la Corte), solicitó que se designase, a dicha demandada, "un curador para la presente *litis* conforme lo ordena el artículo 317 del Código Judicial"; pretensión esta que el juzgado aceptó al disponer, mediante su auto de 4 de marzo de 1970, (folio 31 vto., cuad. núm. 1), que se citara y emplazara "a la señora ILBA DE SIERRA, fíjese edicto de que trata el artículo 317 del Código Judicial", lo cual así se hizo con observancia de todas las formalidades propias; y como no obstante el emplazamiento la sobredicha demandada no compareció al proceso, se le designó el curador quien, una vez posesionado y autorizado para desempeñar el cargo, recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda y contestó ésta.

D) La relación de los actos procesales que se deja hecha impulsa a la Corte a aceptar y afirmar inequívocamente que la aplicación del artículo 317 del Código Judicial se solicitó, no con fundamento en ocultación de la demandada, como lo aseveran los recurrentes, sino precisamente sobre la afirmación del demandante de que la residencia de aquélla le era ignorada o desconocida, manifestación que hizo "jurando y protestando que no faltó a la verdad"; por consiguiente, la prueba sumaria que echa de menos la casacionista resultaba legalmente innecesaria.

Muy a pesar de las vaguedades e imprecisiones que ostenta el escrito del demandante visible al folio 31 del cuaderno primero, la que aquí ha ensayado la Corte

es la interpretación que debe darse al contenido de dicho libelo, pues resulta necio pensar que el demandante insistía en el nombramiento de curador con apoyo en el inciso 2º del precitado artículo 317, cuando tal pretensión ya le había sido denegada inmediatamente antes, en decisión que aceptó, y cuando ese demandante, en dicho escrito, no alude ya al citado numeral y a la circunstancia que él exige, sino a la primera parte de dicha disposición, o sea, al nombramiento de curador previo emplazamiento por ser desconocida la residencia de la demandada.

E) Cabría agregar, de otra parte, que examinados cuidadosamente tanto la demanda incoactiva del proceso, como los escritos posteriores tendientes a lograr la notificación de Ilba de Sierra, en ninguna parte de tales documentos aparece que el demandante afirma conocer, ni por ende señalar, el lugar de la residencia de aquélla, de quien solamente dice saber que "es vecina del municipio anexado al Distrito de FONTIBON, ignorando en la actualidad su residencia..., que el matrimonio de los demandados ILBA DE SIERRA y ANTONIO SIERRA, cohabitán felizmente y no están separados...".

Pero ni por asomo se encuentra en ninguno de tales escritos señalada una dirección determinada y precisa, como residencia ni siquiera como domicilio de la precitada Ilba de Sierra.

3. Como ya ha tenido oportunidad de decirlo esta Sala, el numeral 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, eleva a la categoría de nulidad general la omisión en el proceso de "los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión", cuya razón de ser está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental consagra la Constitución Nacional.

Mas, como también lo ha dicho la Corte, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no puede hallarse sino en los casos en que, durante el trámite del proceso, el juez no concede a los litigantes la oportunidad legalmente establecida para pedir sus pruebas, para practicar las peticiones o para formular sus alegatos de conclusión; pero no cuando, habiéndosela otor-

gado, aquéllos, por una o por otra causa, no quisieron o no pudieron postular los correspondientes actos; y menos se configura la causal cuando el juez deniega, por auto firme, la práctica de todas o algunas de las probanzas pedidas y que estima inconducentes o impertinentes.

4. Cuando en este proceso ya se habían decretado las pruebas pedidas por demandados y demandante, entre las de éste la ratificación de unos testimonios rendidos extraprocesalmente y acompañados a la demanda inicial, el apoderado de aquéllos, diciendo apoyarse en lo que establecía el artículo 752 del Código Judicial, solicitó que se decretasen a su favor las que determinó allí como necesarias para infirmar con ellas "los hechos que pretendese demostrar con la aludida prueba testimonial".

Y si bien es cierto que tales pruebas fueron inicialmente decretadas, no lo es menos que esa decisión fue luego revocada por el juzgado de la causa, en decisión mantenida por el Tribunal (folios 22, 29 y 30 del cuad., núm. 2), al considerarse concordemente por tales falladores que "a la solicitud de una ratificación testimonial, cuando la actuación pertinente ha sido acompañada a la demanda, no le es aplicable el término probatorio adicional de que habla el artículo 752, simplemente porque en ese caso la sorpresa se descarta, ya que la prueba en sí misma es conocida desde el traslado del libelo"; y porque "los hechos sobre los cuales deponen los testigos de que tratan las diligencias que al respecto se acompañaron a la demanda, son o deben ser conocidos suficientemente por el demandado, quien debía haber solicitado los contrainterrogatorios en el pedimento original de pruebas, y no por medio del artículo 752 del Código Judicial, pues en este caso no se asalta ni se sorprende su buena fe".

Lo cual significa que tampoco se estructura, en el presente caso, la causal de nulidad procesal prevista por el numeral 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, y que en el caso que aquí se estudia proponen los tres primeros recurrentes en casación.

5. Finalmente, en lo que concierne a la nulidad por trámite inadecuado que en el

primer de los cargos de su demanda de casación alega la recurrente Ilba de Sierra, cabe observar:

Si, como lo ha dicho insistentemente la Corte, el apuntado motivo de nulidad "no puede hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando, debiéndosele imprimir el trámite ordinario, se lo hace transitar por el sendero del abreviado o el del especial, o cuando, siendo de una de estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario", se tiene que seguir que en el presente caso no se tipifica la referida nulidad, desde luego que al proceso, así en su primera como en su segunda instancia, se le imprimieron los ritos propios que la ley ha establecido para los de su clase, vale decir, el procedimiento ordinario de mayor cuantía.

No sobra quizás agregar, por último, que si bien la sentencia de primera instancia no se ordenó consultar, como en rigor jurídico correspondía desde luego que fue adversa a la demandada Ilba de Sierra que hasta entonces estaba representada por curador *ad litem*, ésta se presentó en el trámite del segundo grado y actuó intensamente en éste, sin haber alegado nada en torno a dicha irregularidad, por lo cual, en la hipótesis de que ella configura nulidad, tendría que considerarse saneada, según así lo dispone el numeral 1º del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil.

6. Corolario obligado de todo lo atrás discurrido es, entonces, el de que los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, con apoyo en la causal quinta de casación, son infundados.

B) Cargos fundados en la causal segunda

1. Por el cargo segundo de su demanda de casación los demandados Cháves Agudelo, Antonio Sierra y Emma Martínez de Montealegre, acusan la sentencia de segundo grado de no estar en consonancia con las pretensiones del demandante.

Expresan los impugnadores, concretando el yerro *in procedendo* que denuncian, que el fallo del Tribunal, "tanto en su parte

motiva como en la resolutiva, desborda los límites dentro de los cuales debió pronunciarse”, que es *extra petita* por dos razones: a) porque declaró nulo el proceso de pertenencia por motivos que no se deducen de la *causa petendi* que el demandante invocó al efecto; y b) porque declaró la inoponibilidad de unos actos procesales, o sea una ejecución y el remate realizado en ella, cuando lo solicitado en la demanda fue la nulidad.

2. Desenvolviendo este cargo por el primero de los dos aspectos dichos, aseveran los recurrentes que, según la demanda inicial, la nulidad del proceso de pertenencia adelantado por Martínez de Montealegre se pidió, no porque “se hubiese iniciado mediante un procedimiento que no correspondía...”; sin haberse citado a las personas que la usucapiente, conocía le podían disputar el dominio del inmueble; y menos se pidió la nulidad, por el demandante Nelson Orrego, alegando que tal nulidad existía, porque a él no se le había citado al juicio, o no se lo había notificado”, sino porque “la usucapiente no era poseedora del inmueble cuya pertenencia pidió se declarase a su favor, en razón de que ella era casada con Aníbal Montealegre, a quien Nelson Orrego le remató el inmueble, que era un bien no exclusivo del marido...”; porque la prescribiente no era separada de bienes, ni divorciada de su marido; porque la misma, en tales condiciones, estaba impedida para prescribir, de conformidad con la Ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio”.

De manera que la motivación del Tribunal para decretar la nulidad del proceso de pertenencia, expresan los impugnadores, “obviamente, conduce a un fallo *extra petita*” pues se decidió lo pedido pero con una *causa petendi* distinta de la invocada por el demandante.

3. En desarrollo del cargo por el segundo de los dos aspectos dichos, dicen los cuestionistas: que en la demanda inicial se pidió, como acción consecuencial de la invalidez del proceso de pertenencia referido, la nulidad del remate que posteriormente realizó Cháves Agudelo del mismo inmueble, “en razón de ser el rematador de mala fe; y haberse hecho tal remate después de haberse entregado el inmueble a Nelson

Orrego, como primer rematador”; que esta nulidad fue acogida por la sentencia de primera instancia pero que el Tribunal, en la suya, revocó tal declaración, al considerar que no era necesaria por tratarse, “no de una nulidad sustancial sino de un evento de inoponibilidad”.

Concretando esta censura, expresan los impugnadores que la sentencia de segundo grado “falló que el remate es un acto jurídico inoponible a Nelson Orrego, cuando éste llamó en su demanda al Poder Jurisdiccional del Estado, para que se declare que tal remate es nulo, de nulidad absoluta, POR SER EL REMATADOR DE MALA FE Y OBRANDO AL REMATAR CON FRAUDE A LA LEY... sin demandar inoponibilidad —agregan—, se decretó este fenómeno, partiéndose de hechos que no se expresaron en el libelo sino de otros distintos”, pues al efecto estimó el Tribunal, de acuerdo con el demandante pero en absoluta inconsonancia con lo que se probó en los autos, que Nelson Orrego había obtenido la entrega del inmueble rematado en el proceso en que éste se hizo, cuando es lo cierto que al desatarse la oposición respectiva la justicia dijo, en última instancia, que “no hay lugar a entregar el bien rematado al rematador por parte del juez, quedándole a aquél los medios pertinentes para reclamar la entrega”, con lo cual, concluyen, “la situación jurídica (de la opositora) fue amparada jurisdiccionalmente o tutelada contra las pretensiones de aquél”.

Se considera

1. *Evidentemente, como aquí lo pregona los censores, el principio de la congruencia de la sentencia se contrae a la necesidad de que ésta se encuentre en consonancia con las pretensiones aducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas; y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa, tal cual lo expresa el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.*

A la luz de los términos en que está concebida la precitada disposición legal, resulta claro que para buscar la inconsonancia

se impone cotejar lo pedido por los litigantes con lo resuelto por el juez, o más precisamente, cuando de incongruencia del fallo con la demanda se trata, parangonar el petitum u objeto de la pretensión con lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia, antes que éste con la causa pretendida aquélla o razón de por qué se pide.

De ahí que, como ya lo ha dicho la Corte, siendo 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 ver si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquélla frente a éstas.

2. Habiéndose solicitado en el presente proceso, entre otras peticiones, la declaración de que "es nulo el juicio de pertenencia..., que por conducto de apoderado instauró ilegalmente EMMA MARTINEZ DE MONTEALEGRE...", objeto jurídico este que ciertamente logró el demandante, puesto que concordemente los juzgadores de instancia reconocieron la invalidez de dicho proceso y por ende decretaron la nulidad deprecada, se impone aceptar que en la sentencia aquí impugnada extraordinariamente, lejos de existir incongruencia alguna, se encuentra perfecta consonancia entre lo demandado y lo fallado.

Además, como se verá al despachar el cargo que por error en la interpretación de la demanda formula contra la sentencia la demandada Ilba de Sierra, invocando los mismos fundamentos que en la presente censura se alegan, hay que aceptar que, considerando los antecedentes del litigio, los que lejos de ser indiferentes tienen indiscutible relevancia en la decisión del pleito, la intención del demandante es la que se invalide la declaración de pertenencia porque el proceso respectivo se adelantó sin habersele brindado a él oportunidad para defender su derecho de dominio sobre el bien.

3. Creen los impugnantes, por otro lado, que la sentencia por ellos combatida en casación es inconsistente porque decreta la inoponibilidad a Orrego Arias del remate verificado por el demandado Chaves Agudelo, cuando aquél lo que solicitó en su demanda fue la nulidad absoluta de dicho acto jurídico, invalidez que sí acogió, con este calificativo, la sentencia de primer grado.

Cabe advertir aquí, sin embargo, que si como evidentemente sucedió, el juzgador *ad quem* revocó el decreto de nulidad proferido por el *a quo* en relación con el remate dicho, para en cambio predicar en frente de él su inoponibilidad a terceros, con esta última decisión se creó una situación muchísimo más favorable para el recurrente, la que, precisamente por esto, lo inhabilita para atacarla en casación.

Por lo expuesto, se desestima también este cargo.

Segundo CENSURAS QUE DENUNCIAN ERRORES IN JUDICANDO.

*Cargo tercero de la demanda
Chaves Agudelo, Sierra y Martínez Montalegre.*

1. Con este cargo los demandados citados, apoyados en la causal primera de casación, acusan la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 946, 950, 952, 964, 1871 y 1874 del Código Civil, 72, 74 y 152 del de Procedimiento Civil, 457 del Código Judicial y 4º de la Ley 120 de 1928; y del texto 51 del Código de Procedimiento Civil, este por inaplicación.

2. A intento de demostrar este ataque, la demanda de casación expresa que el demandante inicial acumuló a la acción reivindicatoria, "de manera independiente" y no en forma "sucesiva, eventual o alternativa", la de nulidad del proceso de pertenencia, pero sin integrar debidamente el contradictorio, que, por ello, no correspondía dictar una sentencia de mérito sino un fallo inhibitorio.

En el punto dicen los impugnadores que en este proceso "por una parte, dejó de demandarse al agente del ministerio público, que lo fue también parte en el juicio de per-

tenencia; y por otra, al presente proceso ordinario, que no fue citada debidamente, la demandada Ilba de Sierra, señora a quien se le nombró un curador *ad litem* para que la representara, cual si fuera una demandada de residencia desconocida o que se ocultaba para notificarse del auto admisorio; y como vale tanto no haber sido citada al proceso como tenerla por presente en él con una representación indebida, de un curador *ad litem* ilegalmente nombrado, se tiene que la omisión de estas dos personas: el agente del ministerio público durante toda su tramitación, y de dicha señora hasta que fue notificada en segunda instancia, por tratarse, aquí, de ventilar pretensiones en que, por pasiva, ellas tienen el carácter de *litis consortes necessarias*, se profirió una sentencia de fondo, cuando, por su ausencia, ha debido preferirse simplemente una sentencia inhibitoria".

3. En el "Parágrafo" que trae la formulación de dicho cargo, expresan los recurrentes que si la Corte estima que éste ha debido plantearse por violación indirecta de la ley sustancial, entonces que se tenga como formulado por esta vía.

Se considera

1. Como claramente aparece del resumen que de este cargo se ha hecho, fundiéndola en la causal primera los recurrentes ensayan aquí una censura más contra la sentencia de segundo grado, edificándola íntegramente sobre dos de los fundamentos que dan para invocar los cargos de nulidad; es decir, la falta de citación a este proceso del agente del ministerio público y de la demandada Ilba de Sierra, los cuales, como quedó visto al despacharlos, carecen de eficacia para su procedencia.

Olvidaron los casacionistas, al asumir tal conducta, que las diferentes causales de casación corresponden a motivos o circunstancias disímiles; que, por tanto, son autónomas e independientes y por lo mismo no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos pretender que idéntico ataque pueda formularse repetida y sucesivamente dentro de la órbita de causales

distintas. Ha dicho en efecto la Corte que no queda a la discreción o voluntad del recurrente "alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con solo cambiar la nomenclatura del motivo invocado" (XCVII, 168).

2. Apoyado como viene este cargo en la causal primera de casación, al leer la sustentación que de él hacen los recurrentes aparece con nítida evidencia la falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura la causal consagrada para corregir un *yerro in judicando*, cual es la violación de la ley sustancial, el ataque se desarrolla acusando un error *in procedendo*, consistente en la falta de citación en legal forma al proceso de personas que han debido concurrir a él.

La consecuencia de esta extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que choca con el elemental postulado de la técnica de la casación, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales, cuyo desconocimiento al formular la respectiva demanda es razón suficiente para desechar el cargo así propuesto. Por lo dicho se desestima también esta censura.

Cargos cuarto de la demanda de Chaves Agudelo, Sierra y Martínez de Montealegre; y tercero de la de Ilba de Sierra.

1. Por cuanto los citados dos cargos vienen sustentados en fundamento y razones sustancialmente semejantes, la Corte procede a compendiarlos y despacharlos en conjunto.

Mediante ellos se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por indebida aplicación, los artículos 762, 789, 946, 947, 950, 952, 961, 963, 964 y 981 del Código Civil, y 72 y 74 del de Procedimiento Civil, a consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar la prueba tendiente a demostrar que los demandados son los poseedores del inmueble materia de la reivindicación.

2. Concretando los yerros de facto que le endilgan a la sentencia, expresan los recurrentes que ellos se traducen, principalmente, en haber dado por demostrada, sin estarlo en el proceso, la posición de

los demandados y por consiguiente la legitimación pasiva, cuando es lo cierto, añaden, que dicha posesión no la acredita el interrogatorio de parte absuelto por Chaves Agudelo; "ni los planteamientos de las partes, en el proceso"; ni "porque en el libelo de demanda se haya señalado a los demandados como poseedores" que fueron los elementos de juicio que el Tribunal tuvo en cuenta para sacar su conclusión en el punto.

Aseveran los censores que el Tribunal olvidó que fue el mismo demandante quien en el hecho 9º de su libelo expresó que después de hecho el remate por él el demandado Chaves Agudelo enajenó "un lote del globo total del mencionado inmueble", lo que significa, obviamente, "que los demandados no coposeen la totalidad, ni los espósos poseen otra cosa que la parte"; que tampoco percató el sentenciador que los demandados, en sus escritos de contestación a la demanda, negaron "que ellos estén legitimados en causa para responder de la reivindicación", pues Chaves Agudelo dijo que había comprado el inmueble legítimamente y que por lo mismo vendió una parte del mismo bien a Antonio Sierra y a otros; "Por lo cual el dominio que me compete, en la actualidad, pasó a mis causahabientes"; que menos apreció el documento contentivo del contrato de arrendamiento celebrado por Chaves Agudelo con los esposos Montealegre, el 30 de agosto de 1969, el cual acredita que para esa fecha "el único poseedor del globo total" era aquél, aun cuando para la iniciación de este proceso no lo tenía todo, sino parte, y que para entonces "ya no poseía Emma Martínez sino que era arrendataria"; y que, lo que no consideró el Tribunal, en suma "está configurada, con la persistente manifestación, a todo lo largo del proceso, de los demandados de que ellos no son poseedores de lo que pretenden reivindicar en la demanda", como puede colegirse de sus escritos de alegatos de conclusión.

3. Creen los tres primeros recurrentes, y así lo plantean en este cargo de su demanda, que también incurrió en evidente error de hecho el *ad quem* al dar por establecido el derecho de dominio del demandante sobre el inmueble cuya restitución busca.

Explanando su aserto, afirman que ni la Escritura Nº 2190 de 3 de diciembre de 1936, mediante la cual Aníbal Montealegre había adquirido el bien que luego le fue rematado; ni la número 2058 del 12 de mayo de 1969, con la cual se protocolizaron las diligencias referentes al remate hecho por Orrego Arias, "ningún dominio acreditan frente a quienes no son poseedores. Y está visto que los demandados desde la contestación de la demanda negaron serlo, y el demandante, no demostró, que lo sean. Siendo una apreciación errónea del Tribunal que las dos escrituras presentadas sean plena prueba de dominio en este debate reivindicatorio, sin aparecer primero comprobado que los citados al presente debate reivindicatorio, están legitimados por pasiva para responder de la pretensión de dominio del demandante, ya que la prueba de dominio, en esta clase de debates, es relativa, CONTRA EL POSEEDOR, no '*erga omnes*', a no ser que tal prueba esté constituida por una sentencia de pertenencia que tenga esa calidad, en cuyo caso deja de ser relativa, para convertirse en general o universal; pero aún en este caso, no serviría para decretar la restitución de lo que se reivindica en favor del reivindicador, si el demandado o demandados, NO POSEEN".

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 este 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 de convicción aducidos al proceso.*

2. *Y ha dicho insistentemente también la jurisprudencia que como el error de hecho equivale al desacuerdo del juez en la contemplación objetiva de los medios de prueba, en esa especie de yerro incurre cuando aprecia mal los hechos por haber considerado una prueba que no obra material-*

mente en el proceso, y por tanto desvirtúa la concepción sobre éstos; o cuando da por demostrados hechos que no aparecen del medio de prueba que sí existe físicamente en los autos; o, en fin, cuando altera o modifica, adicionándolo o cercenándolo, el contenido del medio realmente existente, hipótesis todas estas que comprenden los casos de suposición o preterición de pruebas.

Pero que para que el error de hecho, en cualquiera de sus facetas, de lugar a la casación del fallo combatido es necesario que sea evidente, o sea que, como lo preceptúa el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, "aparezca de modo manifiesto en el proceso".

Dícese que el error fáctico manifiesto, evidente u ostensiblemente es el que aparece prima facie; y que justamente por ser tan protuberante, para hallarlo no son menester mayores esfuerzos. Es doctrina de la Corte, en efecto, la de que "el error de hecho en la apreciación de las pruebas que conduce a la violación de la ley sustancial y que permite la casación de un fallo, tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso" (LXXVIII, 72).

3. En el caso de este proceso el Tribunal de Bogotá, tomando apoyo primera y generalmente en el "examen conjunto de los autos" que hizo en su sentencia; y singularmente en "los distintos planteamientos de las partes en el proceso", "la conducta procesal de los demandados" y el hecho de haberlo sido como poseedores del inmueble cuya restitución pretende el demandante, dedujo que estaba demostrada suficientemente "la legitimación en causa por pasiva para responder de la presente acción reivindicatoria".

La conclusión del *ad quem* en el punto no es, para la Corte, contraria a la evidencia que los hechos muestran; ni puede decirse inequívocamente que para sacarla se haya establecido por el sentenciador una relación que repugna la lógica en la vinculación de causa a efecto. Una tan larga e intensa actividad en defensa de la detención del predio litigado, como la que han asumido todos los demandados en el

presente caso y que nítidamente la eviden-cian y ponen de manifiesto los actos procesales relatados, sólo puede conducir inequívoca y necesariamente a inferir que vienen teniendo dicho bien con ánimo de señores y dueños; necio y contrario a la lógica y a la evidencia de los autos resulta, esto sí, sostener aserto diferente, tal cual lo hacen insistentemente en sus demandas de casación los impugnadores de la sentencia.

Como razón corroborativa del rechazo que a este cargo habrá de darse no sobra agregar, además, que la ley sustancial au-toriza, en determinados eventos, la proce-dencia de la acción reivindicatoria contra quien dejó de ser poseedor.

4. Cómo negar, se pregunta la Sala sin encontrar asidero que funde razonablemen-te una respuesta positiva a su interrogante, que los demandados en este proceso lo fueron en calidad de poseedores del fundo cuya restitución reclama el demandante?. Porque si se han de considerar, como deben considerarse aquí, tanto los antecedentes del litigio, como la naturaleza de la pre-tensión principalmente deducida en el li-belo demandador, los hechos estructurales de su *causa petendi* y los fundamentos de derecho en él invocados, ni por asomo pue-de sostenerse que a los demandados se los llamó en la demanda en calidad distinta de la que la sentencia indica.

Que el demandante, a través del hecho noveno de su demanda, hubiera afirma-do que su demandado principal Chaves Agudelo, después de haber rematado el predio, vendió a los cónyuges entre sí An-tonio Sierra e Ilba de Sierra "un lote del globo total del mencionado inmueble", no es en rigor jurídico razón que desvirtúe la precedente conclusión; tal aseveración de la demanda significa, y es esta la inter-pretación racional que corresponde atri-buirle, que por virtud de esa enajenación parcial tenía que vincularse al proceso rei-vindicatorio a los adquirentes de la respec-tiva parcela, como poseedores del todo y ya que la demanda no señala a uno o al-gunos de los demandados como poseedor o poseedores exclusivos de la totalidad del fundo cuya restitución pretende el demandante.

Por la misma razón tampoco puede acep-tarse la ilegitimación pasiva en la causa

que afirman los casacionistas por el hecho de que, al contestar la demanda, el demandado Chaves Agudelo hubiera expresado que Emma Martínez de Montealegre había adquirido por prescripción, "o por posesión de más de veinte años, la totalidad del inmueble...."; y que por tanto él, Chaves Agudelo, posteriormente lo hubiera adquirido en remate público "y de buena fe, y que por lo mismo vendía parte a Antonio Sierra y otros, por lo cual, en la actualidad, el dominio que me compete pasó a mis causahabientes". Además, es preciso recordar que a la acción reivindicatoria se acumuló en la demanda la de nulidad del proceso de pertenencia y del remate posterior, por lo que era indispensable, a fin de integrar el contradictorio, llamar al proceso respectivo a todas las personas que fueron parte en los actos cuya ineeficacia jurídica pretende el demandante.

5. Restaría recordar, para relieves aún más la sin razón de los dos cargos que aquí se consideran, que el *ad quem*, respetuoso de lo imperado por los artículos 187 y 250 del Código de Procedimiento Civil, atinente el primero a la apreciación de la prueba en general; y el segundo singularmente a la de indicios, apreció en conjunto y relacionándolos entre sí todos los medios de convicción existentes en el proceso; y que de este análisis global dedujo la existencia de "*la legitimación en causa pasiva para responder de la presente acción*".

Las demandas de casación, en los dos cargos que aquí se estudian, lejos de impugnar ese análisis en conjunto de la prueba y la conclusión a que con base en él llegó el sentenciador, se limitan a objetar separadamente la apreciación de algunos hechos, los que ellos toman como indicativos de ilegitimación pasiva en la causa. Tal forma de ataque es, por lo mismo, insuficiente para advertir si en la labor de relacionar entre sí los muy variados elementos de prueba que consideró generalmente, y particularmente los indicios que de dicho análisis dedujo, el *ad quem* incurrió en contraevidencia manifiesta, con tanto mayor razón si, como se ha dejado visto, son muchos los elementos de juicio los que abonan el acierto de la deducción del Tribunal en el punto.

6. Conclusión de lo expuesto es, entonces, la de que no prosperan estos dos cargos.

Cargo segundo de la demanda de Ilba de Sierra

1. Con el cargo dicho, esta demandada acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 789, 946, 952, 961, 963, 964, 981, 1746 y 1871 del Código Civil, y 72 y 74 del de Procedimiento Civil, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal al apreciar la demanda introductoria del proceso.

2. La censura desarrolla este cargo así:

"El Tribunal interpretó el libelo de demanda entendiendo que se solicita la declaración de que el proceso de pertenencia y la sentencia que le dio fin eran nulos por haberse adelantado sin citación personal del Nelson Orrego.... Y que la petición de nulidad del remate posterior, ha de entenderse como una petición, no de nulidad sino de inoponibilidad. Pero este razonamiento del Tribunal de Bogotá,... está afectado de un gravísimo error de hecho....; porque ni en su *petitum*, ni en los hechos o *causa petendi* se solicitan tales declaraciones o se concretan tales pretensiones, sino que, de su letra y su espíritu, lo demandado fue:

"Que es nulo el juicio y declaración de pertenencia, porque no cabía hacerse esta declaración en favor de Emma Martínez, cónyuge de Aníbal Montealegre, ya que la mujer de acuerdo al (sic) Código Civil, y Ley 28 de 1932, no puede prescribir contra su marido... Y que el remate posterior es nulo, y no como se falla, inoponible". Cree la casacionista, entonces, que hay "un abismo, entre lo demandado, y lo que el Tribunal, entiende que se demandó, al apreciar el *petitum* y los hechos del libelo....".

Se considera

1. *Dentro de la teoría del derecho procesal es hoy verdad inconcusa que cuando al tiempo de fallar el juez se encuentre frente a una demanda imprecisa, bien sea en la forma como se hallan concebidas las súplicas o ya en la exposición de los supuestos de hecho que ella invoque, está en el ineludible deber de interpretarla para*

desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el libelo demandador, tanto en su petitum como en su causa petendi, y, además, si ello fuere necesario para determinar y precisar sus verdadero sentido y alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor durante toda la secuela del proceso.

Lo cual significa que esta labor evaluativa del juez no puede obrar mecánicamente, ni mucho menos hacerse con el exclusivo criterio gramatical que impongan los términos, palabras o expresiones en que la demanda se halle concebida: para que esté de acuerdo con su naturaleza y fin propios se impone una interpretación racional, lógica y ceñida al principio de que la demanda es el escrito a través del cual se busca la efectividad de los derechos objetivos.

2. Como lo tienen aceptado la doctrina y la jurisprudencia, en la apuntada labor de interpretación es posible que el juzgador incurra en falencia, bien sea por contraevidencia respecto a la causa petendi o al petitum, o porque desacierte en relación con la naturaleza jurídica de la pretensión propuesta. Tanto en éste como en aquel supuesto el sentenciador incurre en error de hecho que lo puede conducir a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que diríme el conflicto con apoyo en preceptos que no regulan el caso controvertido, o por falta de aplicación de las normas legales pertinentes.

Pero ha sostenido también la Corte, desde vieja data, que el error de hecho en la interpretación de la demanda, para que pueda alegarse como punto de partida de un cargo en casación con apoyo en la causal primera, tiene que ser ostensible, evidente, protuberante o manifiesto, es decir que a primera vista se presente como una absoluta disconformidad con lo que el contenido objetivo de la demanda ostenta. "Las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo", porque si ninguna de ellas desborda el objeto jurídico que con dicho libelo el demandante busca que se le tutele, la elección que haga el

sentenciador en nada contradice la evidencia que dicho escrito indica. (LXVII, 434).

3. En el caso de este proceso estimó el Tribunal, después, dice éste, de examinar "los mismos términos de las dilatadas peticiones de la demanda" y de considerar los hechos en ella relacionados, que la pretensión de nulidad del "juicio de pertenencia o de prescripción adquisitiva de dominio o usucapión que instauró ilegalmente la demandada Emma Martínez de Montealegre" viene fundada, no sólo en que dicha declaratoria se solicitó en relación con un bien que inmediatamente antes "fue rematado y adquirido legalmente" por Nelson Orrego Arias, aquí demandante, sino también en que se hizo con infracción "de las normas pertinentes de la Ley 28 de 1932 que suspende la prescripción adquisitiva entre cónyuges no separados legalmente ni divorciados".

Y después de recordar que al juzgador "corresponde interpretar la demanda atendiendo más que todo a la verdadera intención del demandante que a lo literal de las palabras y dando a sus súplicas el sentido en que puedan producir algún efecto", asevera que se impone aceptar que la referida nulidad se pidió "con fundamento en que este proceso (alude al de pertenencia) se adelantó vulnerando el derecho de defensa del demandante, pretensión esta que en la época en que nació la relación jurídico-procesal estaba amparada por el Art. 457 de la Ley 105 de 1931...", norma legal que, añade él *ad quem*, aun cuando no fue invocada expresamente en la demanda sí corresponde hacer actuar en la sentencia.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiesto error de hecho al no haber visto que, según la demanda, la nulidad del proceso de pertenencia se depreció solamente porque, al hacerse allí la declaración de dominio, se habían infringido los postulados de la Ley 28 de 1932; es decir, en que el Tribunal alteró, cambiándola, la única causa que para pedir invocó el demandante en su demanda.

4. Ocurre, empero, que acatando todos los antecedentes del litigio, los que lejos de ser indiferentes tienen extraordinaria relevancia jurídica en su decisión, hay que llegar a la inferencia lógica y racional de

que la intención del demandante es evidente y ciertamente la de que se invalide la declaración de pertenencia que se hizo de un bien que a él pertenece legítimamente, y sin haberle brindado a él allá la oportunidad de alegar en defensa de su derecho de dominio.

Si éste afirmó que la propiedad del citado fundo le pertenece "absoluta y exclusivamente", por haberlo adquirido en subasta pública realizada el 24 de junio de 1964 con observancia de todas las formalidades de ley pertinentes; si pide que se declare la nulidad del proceso de pertenencia que "instauró ilegalmente la demanda" Martínez de Montealegre (subraya la Corte); y si luego, al relatar la causa de pedir, relaciona pormenorizadamente todos los actos que ha desplegado a efecto de obtener que el bien por él adquirido le sea entregado, el contexto de la demanda conduce a aceptar que en ella implícitamente se invocó, también como fundamento de la nulidad referida, el haberse adelantado la respectiva causa sin su citación como verdadero propietario del fundo que fue objeto de usucapión.

5. De lo expuesto procede concluir affirmando, entonces, que la inteligencia que el *ad quem* le dio a la demanda en su sentencia no sólo no es contraevidente con la realidad que ella ostenta, sino que contrariamente dicha interpretación se aviene

armoniosamente con la auténtica intención del demandante, expresada al través de dicho libelo y de otros escritos posteriores; y que, por lo mismo, se impone rechazar el yerro de facto que se denuncia en 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 once (11) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

FILIACION NATURAL

El estudio sobre los hechos y su prueba se reserva a la sentencia. Reformatio
in pejus

Cada una de las causales por las cuales se puede obtener la declaración de pa-
ternidad natural es autónoma e independiente pero el acogimiento de una de
ellas no implica pronunciamiento judicial de rechazo sobre las otras

*Corte Suprema de Justicia. — Sala de Ca-
sación Civil. — Bogotá, D. E., mayo veinti-
dos de mil novecientos setenta y nueve.*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 2 de agosto de 1978, dictada por el Tribunal Superior de Buga en el proceso ordinario de ALFREDO AGUIRRE y otros contra SAUL GOMEZ ZULUAGA y otros, estos últimos como herederos de Alfredo Gómez Zuluaga.

El litigio

1. Alfredo, María Leonor y Elvia Aguirre, entablaron pleito ordinario ante el Juez 1º Civil del Circuito de Cartago contra José Saúl, Jaime y María Odila Gómez Zuluaga, éstos en su carácter de herederos de Alfredo Gómez Zuluaga, con el fin de obtener se declare que los demandantes son hijos naturales del mencionado Alfredo y que, en consecuencia, tienen derecho a la cuota de los bienes hereditarios que les corresponde en ese carácter, para lo cual deberá, inclusive, reformarse la partición y adjudicación que eventualmente ya se hubiere efectuado en dicha mortuoría.

2. En síntesis, los demandantes estructuraron así su causa para pedir:

Alfredo Gómez Zuluaga, por el año de 1923, entabló relaciones con Mercedes Agui-

rre, que a la sazón tenía 14 años y que, lo mismo que Gómez, vivía en la finca "El Rosario", corregimiento de "San Pedro" del municipio de Aguadas, relaciones que a poco se convirtieron en íntimas y sexuales hasta llegar a una situación de concubinato, habiendo ubicado Alfredo a Mercedes en una casita dentro de la misma finca, cercana a la casa principal de los padres de éste, condiciones en las cuales vivió Mercedes en compañía de Gómez por un lapso aproximado de 12 años a partir de 1923 y hasta cuando se separaron al trasladarse éste a la ciudad de Cartago, tiempo durante el cual y como producto de esas relaciones extramatrimoniales estables, procrearon tres hijos a saber: José Alfredo nacido el 2 de diciembre de 1924, María Leonor el 30 de octubre de 1927 y Elvia Aguirre el 3 de mayo de 1930; Mercedes Aguirre le fue completamente fiel a Alfredo durante el lapso referido, y éste reconoció por su parte a José Alfredo, María Leonor y Elvia Aguirre como sus hijos con hechos positivos y veló por ellos durante todo el tiempo de su convivencia con Mercedes, suministrándoles lo necesario para su alimentación, vivienda, ropa y todo lo que requiere el sostenimiento de una familia, hechos que fueron completamente notorios para las personas que vivían en aquellos contornos para esa época, quienes reconocían sin excepción alguna que Mercedes era la compañera de Alfredo Gómez y que José Alfredo, María Leonor y Elvia eran sus hijos, pues inclusive des-

pués de que Gómez se fue a Cartago dichos hijos venían a visitarlo a su casa y allí fueron bien recibidos hasta su muerte, en forma tal que demuestra el indudable vínculo filial para con su padre y la posesión notoria del estado de hijos naturales del mismo; Alfredo Gómez murió el 6 de agosto de 1974 y sus herederos son sus tres hijos legítimos José Saúl, Jaime y María Odilia, habidos en el matrimonio que contrajo con Clementina Zuluaga, luego fallecida, y en el proceso mortuorio de Alfredo fueron reconocidos como herederos suyos sus mencionados hijos legítimos, proceso en el cual se han inventariado diversos bienes muebles e inmuebles.

3. Con oposición de los demandados, quienes negaron todos los hechos excepto el de ser hijos legítimos y herederos del pretendido padre natural, se trabó el debate que, después de recorrer las etapas probatoria y de alegaciones de rigor, terminó en primera instancia con fallo del 21 de noviembre de 1977 plenamente favorable a las pretensiones de la demanda y del cual apelaron los demandados para dar lugar a la segunda instancia que culminó con sentencia del Tribunal de Buga dictada el 2 de agosto de 1978 que, en lo fundamental, confirmó el fallo apelado con la modificación de que, por no estar establecido que la partición en la mortuoría del padre natural ya se hubiere efectuado, la declaración al respecto debe ser condicional y alternativa para el caso de que efectivamente la predicha partición haya sido efectuada o no.

Debe advertirse que antes de pronunciar su fallo, el Tribunal, de oficio, ordenó la nueva ratificación de los testimonios que obraban en el expediente, por considerar que los declarantes no habían hecho el relato inicial que demanda la ley ni habían determinado su edad, pero posteriormente procedió a dictar sentencia sin haberse cumplido tal prueba oficiosa, por haberla a la poste considerado innecesaria.

Contra dicho fallo los mismos demandados interpusieron el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La sentencia impugnada

1. Después de relatar los antecedentes y el desarrollo del proceso, se detiene a con-

siderar que los ordinarios 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 consagran, como causales de declaratoria de filiación natural, las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre por la época en que según el Art. 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción, y la posesión notoria del estado de hijo natural.

Agrega respecto de la primera, que si la época de dichas relaciones no ha sido establecida y las pruebas no tienden a dejarla determinada, la causal debe descartarse.

Seguidamente se extiende en consideraciones sobre el tema de la posesión notoria del estado de hijo natural, con transcripción de autores y de doctrina de la Corte, para concluir que en esta materia la prueba por excelencia, aunque no única, es la testimonial.

2. Acomete luego el estudio y análisis de las declaraciones que obran en el expediente y se refiere en especial al artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, que reglamenta la práctica del interrogatorio y prescribe a los testigos, entre otras cosas, que hagan un relato de los hechos objeto de la declaración, siendo más trascendente, a su juicio, que se ciñan al ordinal 2º de dicho artículo, o sea que expongan "la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento", para concluir que auncuando es de desear que el relato espontáneo anterior deba hacerse siempre, si el testigo responde al interrogatorio formulado por la parte interesada y observa el ordinal en cuestión, su declaración no puede desecharse, máxime si el juez puso empeño en que fuera exacto y completo y en no admitirle como respuesta la simple expresión de que sí es cierto el contenido de la pregunta ni la repetición de su texto.

Corrobora esa apreciación con doctrina de la Corte pronunciada en 1964 que así reproduce parcialmente: "En materia de prueba testimonial la ley tiene establecido el sistema de la oralidad, en virtud del cual el testigo debe comparecer en persona y rendir verbalmente su declaración ante el juez requerido para recibírsela. Como en cuestiones civiles el testimonio ha

de rendirse sobre el interrogatorio que formula el interesado en obtener la declaración, la ley exige que las preguntas sean claras y concisas, sin detalles que puedan extraviar al deponente, y que cada una de ellas se refiera a un solo hecho, y autoriza al funcionario para interrogar al declarante sobre el mismo hecho a fin de aclarar y precisar su exposición y en busca de que ella resulte responsiva, exacta y completa. También la ley faculta a la contraparte para repregar al testigo sobre los puntos que son objeto de su testimonio. De manera que el declarante no sólo debe absolver las preguntas del interesado, sino también las del juez y de la contraparte, y además es dicho funcionario quien, al hacer esas preguntas, debe tener cuidado en formularlas de modo que cada una de ellas corresponda a un solo hecho, descomponiendo las complejas, ilustrando al deponente sobre el alcance de ellas y leyéndole cada una de sus respuestas ya escritas. Todo ello se encamina a asegurar la veracidad del testimonio y a fijar el grado de credibilidad del testigo y la fuerza demostrativa de la declaración misma. Tales formalidades están en realidad previstas por la ley, son de índole instrumental y su inobservancia puede contribuir a restar mérito al testimonio, pero cuando por otro aspecto el fondo de éste resulta completo, exacto y responsable, especialmente en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, no sería razonable desestimar su fuerza probatoria por no aparecer que se hubieran llenado a cabalidad todas las formalidades mencionadas. Sobre este particular el sentenciador goza de la facultad de apreciar ese valor demostrativo de acuerdo con los principios de la sana crítica y teniendo en cuenta las condiciones y grado de credibilidad del declarante, de modo que su juicio debe ser respetado en casación cuando no se observa ningún motivo plausible para estimar quebrantada la tarifa legal de pruebas".

3. Continúa advirtiendo que cuando se trata de declaraciones "extrajuicio" que luego son ratificadas en el proceso, deben confrontarse para ver si los testigos han incurrido en graves contradicciones, pero si las diferencias son de poca importancia y en general existe congruencia entre ta-

les declaraciones, su mérito probatorio debe aceptarse plenamente. Y que cuando se trata de hechos sucedidos hace mucho tiempo, la crítica del testimonio no puede ser tan severa como cuando se trata de hechos recientes, porque desde luego está menos fresca la memoria de los testigos, criterio que se debe tener en cuenta especialmente para hechos sucedidos hace alrededor de cincuenta años.

4. Con ese enfoque, del conjunto de testimonios que obra en el expediente da por demostrado que hace más o menos cincuenta años Alfredo Gómez Zuluaga vivía en la finca "El Rosario" de propiedad de sus antepasados, en la vereda de "San Pablo" del municipio de Cartago, (sic) en concubinato con Mercedes Aguirre a quien tenía residenciada en una casita de la misma finca, separada de la casa principal de esta, pero que no dicen los testigos cuándo comenzaron las relaciones extramatrimoniales, por lo cual y en concordancia con el juez de primer grado procede a descartar la causal 4^a del artículo 6^º de la Ley 75 de 1968.

Pero de las mismas declaraciones deduce el sentenciador "que dentro de tales relaciones sexuales nacieron los demandantes, a quienes los deponentes conocen desde pequeños y a quienes su padre natural atendió solícitamente durante sus primeros años, los más difíciles en el camino de la vida. A todos ellos les consta tal hecho, que se prolongó por más de cinco años, de manera personal por ser vecinos de los amantes. Y que los declarantes manifiestan enfáticamente que los demandantes gozaban ante el vecindario de la fama de ser hijos naturales de Alfredo Gómez, quien los sostenía e inclusive un hermano suyo los reconocía, sin que pueda exigirse demasiada exactitud y detalle a los testigos, so pena de incurrir en una tremenda injusticia".

De ahí que, auncuando el Tribunal ordenó oficiosamente la ratificación de los testimonios, un nuevo examen lo llevó a concluir que sí reunían las condiciones de forma y de fondo para ser apreciados según las reglas de la sana crítica, porque si bien es cierto que no se les pidió que hicieran un relato previo de los hechos, de todas maneras "respondieron al interro-

gatorio que se les hizo en forma amplia, dando razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos sobre los cuales declaran" y además varios de ellos fueron contrainterrogados como ocurrió con Teresa Rivera de Sánchez, Aurelia Aguirre vda. de Carmona, José Tomás Noreña y Joaquín Jiménez Giraldo.

5. Y así, para el sentenciador está acreditada plenamente la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes respecto del causante Alfredo Gómez Zuluaga, por lo cual procede a confirmar el fallo del inferior con la única aclaración, en guarda de la congruencia, consistente en que lo relativo a la reforma de la partición debe tener carácter condicional, pues no se sabe en el proceso si este acto ya se realizó, o no. Y con una previa y si se quiere superflua referencia a que en litigios como éste la cónyuge *supérstite* puede ser demandada pero sin que se trate de un *litisconsorcio necesario*, y que además en el caso presente la cónyuge del presunto padre natural ya había fallecido antes del deceso de éste, motivo por el cual el pleito se inició sólo contra sus herederos legítimos, termina con la decisión confirmatoria y aclaratoria ya mencionada, siendo ésta, en resumen, la sentencia contra la cual los demandados provocaron el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda de casación

Trae como preámbulo unas "Observaciones Preliminares" que la Corte considera conveniente sintetizar y analizar a su debido tiempo, y luego muestra dos cargos, ambos enmarcados en la causal primera, que se estudiarán en su orden de presentación.

I

Las observaciones preliminares

Se hacen consistir, en síntesis, en que aunciando las causales de declaratorias de paternidad natural invocadas en la demanda de instancia, según el recto entendimiento de la causa para pedir, fueron exclusiva-

mente las contempladas en los ordinarios 4º y 6º del Art. 6º de la Ley 75 de 1968 (relaciones sexuales y posesión notoria), y el Juzgado en las motivaciones de su fallo no dio por demostrada la primera de ellas, aun cuando sí acogió la segunda y así procedió a declarar en su parte resolutiva la paternidad natural y la consecuencial petición de herencia.

Pero que como los demandantes no apelaron de dicho fallo, que por demás fue confirmado por el Tribunal con expresa mención en sus considerandos de no encontrar probada la susodicha causal 4ª o de relaciones sexuales sino la de posesión notoria que sirvió también de soporte al inferior para acceder a las súplicas de la demanda, tal actitud implica para los demandantes "que adquiriera firmeza y se hiciera definitiva e indiscutible la conclusión de que la filiación reclamada no podía proceder por la aludida causal 4ª".

Concluye el recurrente de lo anterior que "el problema sobre filiación natural planteado en la demanda, ha llegado al recurso extraordinario de que ahora me ocupo reducido única y exclusivamente a lo pertinente a la causal sexta, esto es, a la posesión notoria del estado de hijos naturales pretendida por los actores".

Hasta aquí las "Observaciones Preliminares". Y luego continúa con el ataque en la siguiente forma:

II

Primer cargo

Por vía indirecta y como resultado de errores de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, practicada originalmente fuera del proceso y que luego, dice el censor, no fue ratificada con observancia de los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Civil, denuncia violación por aplicación indebida de los artículos 6º, regla 6ª, y 30 de la Ley 75 de 1968, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil y 18 de la Ley 45 de 1936.

La acusación se desarrolla así:

a) Con la demanda se presentaron las declaraciones testimoniales rendidas extra-procesalmente ante el Juez Civil Municipal de Aguadas por Tomás Llanos Noreña, Aurelia Aguirre vda. de Carmona, Tomás Jiménez Giraldo, Teresa Rivera de Sánchez

y Eduardo Zapata, y estando ya el proceso en curso, el Juzgado del conocimiento, por solicitud de los demandantes, ordenó su ratificación, para lo cual comisionó al mismo Juzgado, en donde fue imposible por las circunstancias que allí aparecen que los demandados comparecieran a contra-interrogar, pero sí se recibieron de nuevo los referidos testimonios.

b) Al encontrarse el negocio ya ante el Tribunal para recibir sentencia, el magistrado sustanciador, por auto de 25 de abril de 1978, ordenó oficiosamente la repetición de dicha diligencia y comisionó al mismo juzgado de Aguadas, diligencia que no pudo ser cumplida por los motivos que constan en el cuaderno del despacho comisario, o sea por no haberse podido citar a los testigos.

Para ordenar esa nueva ratificación, tuvo en cuenta el Tribunal la circunstancia de que "el señor Juez Civil Municipal de Aguadas, en la ratificación para lo cual comisionó al Juez Primero Civil del Circuito de Cartago, no se ciñó a los postulados del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil", según textualmente lo expresa en la providencia respectiva, y que el artículo 229 de ese mismo Código, que regula lo relativo a la ratificación, ordena que para ésta se proceda en la forma prevista por el artículo 228. Hace el Tribunal también la observación de que, en la diligencia de ratificación, el Juzgado comisionado se limitó a formular las preguntas a los testigos, muchas de cuyas respuestas están calcadas sobre aquéllas, sin acatar el citado artículo 228, y aún sin hacer constar la edad, "lo que en este caso es importante".

c) No obstante esa circunstancia, el Tribunal procedió a dictar sentencia y a considerar en ella que la prueba en cuestión si se ajustaba a derecho, con lo cual dio pie atrás respecto de lo manifestado en su auto del 25 de abril anterior, y le concedió pleno mérito probatorio a esas declaraciones a tal punto que con base en ellas confirmó la sentencia del inferior que había acogido las súplicas de la demanda.

d) Haber apreciado tales pruebas constituye por parte del Tribunal una manifiesta violación del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil que determinantemente dice: "Para que puedan apreciarse

en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte, es necesaria su ratificación, para lo cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso" (subraya el recurrente), o sea que si la ratificación no se surte estrictamente en la forma que prevé el artículo 229, que es la que el artículo 228 regula y disciplina, la declaración testimonial es repudiada como prueba por la misma ley, sin dejar campo a discrecionalidad.

e) Y en el caso de autos no se remite a la menor duda que la diligencia de ratificación se practicó en forma totalmente reñida con la técnica probatoria que el artículo 228 citado prescribe, y la mejor demostración de ello está precisamente en las razones invocadas por el propio Tribunal en el auto de 25 de abril atrás comentado, para fundar la determinación allí tomada por él de ordenar la repetición de la ratificación. Es ostensible y diafano, efectivamente, que allí no se dispuso, como ordena el artículo 228 aludido, que cada testigo hiciera el relato general de los hechos previstos en el numeral 1º; que ni siquiera se precisó lo relativo a la edad de cada testigo, dato en este caso de muy especial importancia, dada la antigüedad de los hechos materia del testimonio, como el Tribunal lo reconoce; y que en general el contenido de la ratificación no es otra cosa que la repetición por los testigos de las preguntas a ellos formuladas, que aparecen "casi calcadas" (son palabras del Tribunal) en sus respuestas.

f) Y si el Tribunal captó lo anterior en su auto del 25 de abril, no podía cambiar de criterio de un día para otro al no haberse podido practicar la mencionada diligencia de nueva ratificación, para en cambio, sin hacer mayor esfuerzo para demostrar que obró ligeramente al ordenar la repetición de la prueba, proceder a dictar la sentencia confirmatoria de la del inferior, con apoyo precisamente en tan controvertida probanza, siendo así que la ratificación de las citadas declaraciones muestra objetivamente sin mayor dificultad "que el léxico y la manera de expresarse cada testigo en una y otra oportunidad son coincidentes en altísimo grado, lo cual es inequívocamente indicativo de que se proce-

dió a la ratificación copiando más o menos textualmente cada respuesta ratificada, y por ende de que no se acató el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, cuya finalidad teleológica, como es sabido, consiste en procurar un testimonio espontáneo por una parte, y por otra responsable, exacto y completo. Si en este caso se copió lo que se dijo la primera vez, es obvio que el artículo 229 se pasó por alto, y que el resultado ulterior, confirmatorio de que éste artículo no fue observado, ni junto con él el 228, es al de que no se pudo haber logrado una declaración espontánea y a la vez responsable, exacta y completa. Reparo este que sube de punto y se hace más protuberante e inocultable, al anotar cómo evidentemente el mismo artículo 228 tampoco fue atendido ni respetado cuando se recibieron las propias declaraciones extra-juicio, objeto de la ratificación aquí censurada".

Además, de tal diligencia aparece que: se omitió exigir de los testigos el relato inicial ordenado por la ley, las declaraciones de José Tomás Llanos y Joaquín Jiménez carecen de la más mínima razón de sus dichos, y el Juez no puso empeño alguno en que los testimonios fueran exactos y completos, siendo incontrovertible que la ratificación no acató las reglas 1^a, 2^a y 3^a del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia imperativa las citadas declaraciones no podían ser apreciados en el proceso, a voces del artículo 229 *ibidem*, normas de valoración probatoria que el Tribunal violó al haber tenido en cuenta la prueba en cuestión.

Agrega el censor que, destruida así la prueba testimonial que fue objeto de ratificación, sólo queda en pie la declaración de un testigo, José de Jesús Castro Duque, sin aptitud legal para demostrar la posesión notoria del estado de hijo natural, pues el artículo 399 del Código Civil, norma especial que prevalece sobre el 187 del Código de Procedimiento Civil, excluye de manera absoluta la posibilidad de demostrar tal posesión con el dicho de un solo o único testigo.

g) Y remata el cargo diciendo que tan trascendente error fue el que llevó al Tribunal a confirmar, en vez de negar, la invocada declaratoria de filiación natural,

con violación de las normas sustanciales descritas al encabezar la censura, que fueron aplicadas sin haber debido serlo.

Considera la Corte

En resumen, cinco son los los reparos que la censura proyecta sobre la prueba testimonial en comentario y que la Corte analizará y decidirá sin seguir exactamente el orden de su presentación, así:

1º Se reprocha al Tribunal que en auto del 25 de abril de 1978 hubiera considerado deficiente la ratificación de los testimonios en cuestión y que luego hubiera "echado pie atrás" para ya en la sentencia sí tenerlos por ajustados a las normas de producción y eficacia de tal prueba.

Sin embargo, el estudio sobre los hechos y su prueba se reserva a la sentencia según lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, sin que vincule al juzgador el previo estudio que hubiere hecho al respecto, en especial sobre pertenencia o eficacia de la prueba, inclusive al decretar pruebas de oficio relacionadas con anteriores medios probatorios.

De manera que si en forma por demás innecesaria se dijo en el auto de 25 de abril que la ratificación no cumplía con los requisitos legales, siendo así que bastaba apuntar que la nueva ratificación se consideraba útil por el magistrado para la verificación de los hechos debatidos, tal motivación no vincula al juez ni a las partes, ni produce ejecutoria o preclusión, como parece darlo a entender la censura, que impida ya en la sentencia apreciar la citada prueba original en todos sus alcances.

Entenderlo de otro modo sería obligar a incurrir, al dictar un decreto de pruebas oficiosas, en claro prejuzgamiento de algunos aspectos probatorios del litigio y pretender que al respecto pueda obtenerse decisión previa y distinta de la propia sentencia, acto procesal al cual, como ya se dijo, reserva nuestro ordenamiento procedimental el exclusivo análisis y asignación de mérito del acervo probatorio.

Es infundado, por tanto, este reparo de la censura.

2º Dice el recurrente que los testigos no mencionaron o precisaron su edad, cuestión importante inclusive a juicio del sen-

tenciador por tratarse de hechos sucedidos hace más de 50 años.

Sobre el particular vale comentar que si bien los testigos deben declarar su edad, por simple aspecto de validez de la prueba solo se requiere que no sean menores de doce años (Art. 215 del C. de P. C.), cuestión que ocurre en el caso que se estudia, pues todos dijeron tanto extraoprocesalmente como al ratificarse, que eran mayores de edad. E inclusive Teresa Rivera de Sánchez y Eduardo Zapata Zapata mencionaron tener 64 y 74 años respectivamente en 1975 (fls. 14 y 15 Cdno. 1). El reparo es infundado.

3º Se le endilga a la diligencia de ratificación que ni el juez se preocupó de que los testigos dieran la razón de la ciencia de su dicho, ni algunos de ellos, como José Tomás Llanos y Joaquín Jiménez dieron al respecto la más mínima razón.

El reparo se desdobra en dos aspectos: a) la despreocupación del juez y b) la deficiencia de esos dos testimonios.

En cuanto al primero, la simple despreocupación del funcionario no afecta la validez y eficacia de la prueba, pues los propios testigos pueden, espontáneamente, haber dado la razón de la ciencia de sus dichos, razón que inclusive puede convincentemente fluir, casi en forma tácita, a través del respectivo relato.

Y si se observan los testimonios de Aurelia Aguirre, Teresa Rivera y Eduardo Zapata, sus versiones se basan en que: "yo vivía al frente de la casa en donde vivía la nombrada Mercedes Aguirre" y la ví "en estado de embarazo por tres ocasiones" (dice Teresa); "yo lo veía entrar a dicha casa con mucha frecuencia.... en razón de que yo vivía cerca de la casa por ahí a unas tres cuadras más o menos" (dice Aurelia); y "en razón de que yo vivía en dicha vereda.... pues fuimos buenos amigos (del causante), ya que por algunas ocasiones tomábamos aguardiente juntos" (dice Eduardo).

Mal puede decirse que los declarantes no dan razón alguna de la ciencia de su dicho, así el Juez no los hubiera interrogado expresamente sobre ese particular.

Y en cuanto al segundo reparo, o sea respecto de los testimonios de Llanos y

Jiménez, el primero menciona que conoció al causante en la finca El Rosario, de la vereda de San Pablo del Municipio de Aguadas, y que le consta que Mercedes Aguirre vivía allí mismo "por ahí a dos cuadras de distancia de la casa de la finca", todo eso hace aproximadamente cincuenta años contados desde 1976. Y Jiménez depone en forma similar y aún más detallada.

Tampoco puede decirse, por tanto, que estos declarantes no den "la más mínima razón del dicho" pues tal razón sí aparece, conforme se explicó en el párrafo anterior, así no haya surgido de expresa y oficiosa actitud del funcionario que recepcionó la declaración.

Cuestión distinta es el análisis y ponderación de la razón del dicho de los testigos por parte del sentenciador, labor que es susceptible de ataque encauzado por error de hecho y no de derecho como el aquí planteado.

Es, por tanto, inadmisible el estudiado reparo del casacionista.

4º También objeta el recurrente que los testigos *casi* reproducen las preguntas en sus respuestas.

Debe observarse que la ley prohíbe la declaración escueta de que *es cierto el contenido de la pregunta o la reproducción del texto de ésta* (Art. 228 ord. 3º C. de P. C.).

Y ninguno de los testigos se limitó a decir que era cierto el hecho preguntado, ni reprodujo el texto literal de la pregunta, como fácilmente se observa de la simple lectura comparada del interrogatorio y de las deposiciones, que si bien es cierto muestran similitud de giros y vocablos para con las rendidas extra-proceso y sus ratificaciones, ello de por sí no es circunstancia que legalmente lesreste valor probatorio con efecto de cimentar ataque por error de derecho, y tiene explicación obvia y normal si se observa que fue uno mismo el secretario del Juzgado de Aguadas quien actuó en la recepción escrita de todos esos testimonios, en los cuales se repite que hay similitud entre las declaraciones originales y las posteriores, pero no plena identidad de texto entre unas y otras, ni menos aún con el interrogatorio original, aspecto que

el propio sentenciador apreció más como un índice de confirmación o de no contradicción de los testigos, que de calco o cartabón.

No es aceptable, por tanto, el reparo que se estudia.

5º Por último, el censor alega que en la diligencia de ratificación no se exigió de los testigos el previo relato de los hechos objeto de la declaración ordenado en el artículo 228 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil.

Y en verdad, pese a que en la diligencia de ratificación se dijo que cada testigo fue "examinado de conformidad", expresión que podría entenderse en el sentido de que el interrogatorio se acomodó o se practicó conforme a las normas respectivas, es lo cierto que no contiene el previo relato que el Juez debe exigir a los declarantes.

Pero tal ausencia no implica violación de las normas pertinentes de valoración probatoria, pues en primer lugar se observa que se trataba de una ratificación, o sea que ya existía una versión del testigo susceptible de configurar o sustituir la que previamente debe hacer a solicitud del juzgador.

Y en segundo término, el objeto de tal declaración es procurar que el testimonio sea responsable, exacto y completo, en forma tal que su omisión no descalifica "*ipso facto*" la prueba así practicada, pues si el Juez al analizarla la encuentra, como así sucedió, plenamente convincente por considerar que los testimonios fueron exactos y completos, y que los declarantes dieron la razón de la ciencia de su dicho con plena responsividad, el reparo es inane y el ataque a tales testimonios debe encauzarse no por error de derecho en su valoración probatoria, sino de hecho derivado de otras circunstancias.

Dijo la Corte en caso similar: "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" (sentencia en el proceso de Alicia Leyton contra herederos de Bautista Chaves, aún sin publicar).

Sirve todo lo comentado para concluir que el cargo no prospera.

III

Segundo cargo

También dentro de la primera causal, denuncia violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 6º, ordinal 6º y 30 de la Ley 75 de 1968, 18 de la Ley 45 de 1936, y 1240, 3º, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba testimonial que obra en el proceso.

La censura, en síntesis, está desarrollada así:

a) El sentenciador dio por demostrada la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes mediante las declaraciones testimoniales de Tomás Llanos, Joaquín Jiménez, Eduardo Zapata, Teresa Rivera, Aurelia Aguirre y José Castro, todas a excepción de la última recibidas como ratificación de las que habían rendido extraprocesalmente los cinco primeros declarantes;

b) la posesión notoria, según su conocida preceptiva, implica que al menos por cinco años haya perdurado el tratamiento paternofilial mediante actos específicos de sostentimiento, educación y establecimiento de los hijos por parte del presunto padre, y además que en precisa virtud de ese tratamiento los deudos de éste y el vecindario haya reputado a los demandantes como hijos del presunto padre, todo ello demostrado mediante un conjunto o pluralidad de testimonios que así lo comprueben irrefragablemente, o sea sin duda alguna;

c) pero los citados testimonios no contienen tal demostración, pues en primer lugar en parte alguna se refieren a la educación y establecimiento de los demandantes, elementos esencialmente constitutivos de la posesión notoria que aceptó y declaró el sentenciador, sin que sea válido aducir, como lo expresó equivocadamente el Tribunal, que la prueba de tales elementos no es necesaria en atención a que la alegada posesión notoria solamente perduró durante los primeros años o infancia de los demandantes y que por tanto no hubo lugar a educación ni establecimiento correspondientes a etapas más avanzadas de sus vidas, pues tal exoneración proba-

toria sólo es aceptable —continúa la censura— cuando es imposible que hubiera podido tener lugar el acontecimiento respectivo, especialmente la educación y el establecimiento, por ejemplo en caso de falta prematura del presunto padre o del hijo. Y como estas circunstancias no han ocurrido en el presente litigio, no es admisible la tesis del Tribunal consistente en detenerse a examinar y establecer el sostenimiento de los demandantes solamente durante su infancia y no exigir prueba alguna de educación y establecimiento de quienes a la sazón tienen cincuenta años y cuyo presunto padre apenas vino a fallecer recientemente;

d) Y por último, así estructura, en síntesis, el ataque a los testimonios en cuestión:

De *Teresa Rivera*, quien afirma que Alfredo Gómez atendía a la subsistencia de los demandantes pues así se comentaba pero sin constarle personalmente. Y que menciona que Elvia vivió algún tiempo en la finca de Lázaro, hermano de Alfredo reconociéndola así como sobrina, reconocimiento que no emana, como lo exige la ley, del trato del presunto padre para con dicha demandante.

De *Aurelia Aguirre*, quien no hace referencia alguna a hechos constitutivos de posesión notoria protagonizados por el presunto padre, y se contradice cuando deponde no constarle que los hermanos de Alfredo hubieran reconocido a los Aguirre como hijos naturales de éste, para más adelante afirmar que Lázaro sí los reconocía por cuanto Leonor vivió un tiempo en su finca, o sea no por virtud del alegado tratamiento paternofilial de Alfredo.

De *Eduardo Zapata*, quien sostiene en forma vaga e imprecisa que Alfredo sostenía a los hijos de Mercedes Aguirre, sin dar la razón de su dicho, y sin que las visitas que, según el testigo, los Aguirre hacían a la familia de Alfredo y en especial a su hermano Lázaro, sean ciertamente indicativas de posesión notoria de estado ni de parentesco, máxime si se efectuaban no al presunto padre Alfredo sino a sus hermanos, pues tal posesión debe derivarse del tratamiento entre el presunto padre y el hijo del reconocimiento del vínculo en cuestión por parte de los deudos o familiares de aquél.

De *José Tomás Llano*, quien depone que Alfredo atendía a las subsistencias de los Aguirre no por haberlo sabido directamente sino como rumor que circulaba en la vereda de San Pablo. Y que en cuanto al reconocimiento por parte de los familiares de Alfredo, lo deriva de haberlo oido en comentarios y porque Lázaro se lo dijo, sin llegar a tal conclusión en virtud de actuaciones del presunto padre sino a lo sumo por versión de un hermano, en forma diferente a la aceptada por la ley.

De *Joaquín Jiménez*, quien manifiesta que Alfredo Gómez "le sostenía vaca de leche para el alimento de sus niños o sea los niños de Mercedes Aguirre", con ausencia de toda razón de la ciencia de su dicho. Y que al agregar que Lázaro reconocía a los demandantes como hijos de su hermano Alfredo "por ser hijos de Alfredo su hermano, y por vivir Alfredo con don Lázaro", hace afirmaciones desprovistas de toda explicación de lugar, tiempo y modo, observándose además que en la declaración extraprocesal el testigo no dijo las frases que el Tribunal transcribió, en el sentido de que Alfredo cumplía todas las obligaciones y deberes como padre de los Aguirre, pues esas frases no figuran en la diligencia de ratificación sino únicamente en la declaración extraprocesal inicial y por tanto no pueden tenerse en cuenta pues no fueron objeto de contradicción.

Y de *Jesús Castro*, quien relata que Leonor Aguirre, ya casada, visitó a Alfredo Gómez en Ansermanueva, que los hijos legítimos de Alfredo (Saúl y Jaime), le dijeron al testigo que Leonor era hermana de ellos, lo mismo que Elvia y Alfredo Aguirre, y que personalmente oyó de Alfredo Gómez que le había enviado dinero a sus hijos Leonor, Alfredo y Elvia, no muestra prueba alguna de posesión notoria pues las simples visitas o el cuento del envío de un dinero no constituyen evidencias indiscutibles de la alegada posesión notoria;

e) Remata el cargo la censura expresando que "El balance consolidado del conjunto de la prueba testimonial que el Tribunal utilizó para darle apoyo a su sentencia, arroja un saldo objetivamente desfavorable, por insuficiente, para demostrar la posesión notoria invocada por los actores, lo que quiere decir que el Tribunal vio en esos testimonios lo que en ellos no

consta, a más de haber dejado de ver defectos ostensibles que ellos muestran y que manifiestamente los descalificaban como medios de convicción, según se hizo ver al hacer el análisis particular de cada declaración".

"8. El Tribunal vio en esos testimonios lo que no expresan, en primer lugar porque considera que todos ellos acreditan que Alfredo Gómez Z. les dio a los actores el tratamiento específico de hijos naturales que como mínimo prescribe el artículo 6º de la Ley 45, lo que es inexacto. Efectivamente, el Tribunal dice, cuando entra a sacar conclusiones (aparte III de la sentencia, folio 113), que las declaraciones de todos los testimonios 'se deduce nítidamente' la paternidad natural de Alfredo Gómez Zuluaga respecto de los Aguirre, 'a quienes su padre natural atendió solícitamente durante sus primeros años, los más difíciles en el camino de la vida'. Pero, con respecto a la atención de los gastos de subsistencia, la gran mayoría de los testigos se limita a afirmar un hecho que no es idóneo para acreditarla: que en el vecindario se comentaba o rumuraba que Alfredo Gómez atendía a dicha subsistencia. Sólo dos testigos, que son Eduardo Zapata Z. y Joaquín Jiménez G., hablan directamente de que Gómez atendía a la subsistencia en general de los actores, el primero de ellos, y el segundo apenas de que Gómez le suministró a Mercedes Aguirre una vaca de leche para atender a su alimentación, testimonios estos que, como se vio atrás, aparecen rendidos en forma tan ostensiblemente deficiente, que el Tribunal debió desestimarlos, no sólo por no ajustarse a las prescripciones generales de la prueba testimonial, sino porque particularmente no dan pie en absoluto para calificarlos de fidedignos, como los quiere para la prueba de la posesión notoria de estado civil el artículo 399 del Código Civil, ni para acreditar irrefragablemente las atenciones de subsistencia a que aluden, como lo exige esa misma disposición.

"9. Pero es que se podría, inclusive, aceptar como fidedignos los testimonios de Zapata y Jiménez, y aún como idóneos al efecto los de los restantes testigos, y todavía más, aceptar que todos ellos demuestran irrefragablemente que Alfredo Gómez Z. atendió a las necesidades de subsistencia

de los actores, y ni aún entonces se podría tener por demostrada la posesión notoria por ellos alegada. Ciertamente, conforme al artículo 6º de la Ley 45 de 1936 la posesión notoria del estado civil de hijo natural no depende simplemente de la circunstancia de que el presunto padre haya atendido a las necesidades de susistencia del presunto hijo, sino adicionalmente de otros que también deben acreditarse irrefragablemente.

"Según el artículo 6º mencionado, el tratamiento como elemento constitutivo de la posesión notoria del estado de hijo natural está integrado, además de la atención a la subsistencia, por la atención a la educación y al establecimiento del presunto hijo. Si, en acatamiento a la doctrina de la H. Corte citada por el Tribunal (sentencia de 28 de septiembre de 1973, G. J., 2372 a 2377, pág. 76 y 77), se acepta que '*no se requiere, en todos los casos* que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo....' (subrayas mías), el de autos sería uno de los casos en que conforme a la misma doctrina debe exigirse la prueba de esa triple atención, pues la tesis es lógica y admisible sólo para hipótesis en que las circunstancias hagan imposible la realización de las tres formas de tratamiento consideradas, no para aquéllas en que tal imposibilidad no exista. Implicaría una burla al artículo 6º de la Ley 45 de 1936, admitir que en un caso como el presente, en que personas de 45 años y más alegan la posesión notoria del estado de hijos naturales, la prueba de esta pueda caprichosamente limitarse a los primeros años de vida de los actores, porque eso sería permitir eludir la carga de probar formas de tratamiento que por su naturaleza exigen edades mayores.

"Y aunque así pudiese ser, lo cierto es que en un caso concreto como el aquí contemplado no sería excusable la prueba de la forma de tratamiento consistente en la educación, entendida por tal no exclusivamente la escolar, sino la constituida por la aplicación de la autoridad paterna a la formación moral e intelectual del hijo. Así, pues, que si en el presente caso estuviese demostrado el tratamiento por lo que respecta a las necesidades de subsistencia de los actores, no lo estaría por lo que a la

educación de ellos respecta, dado que en autos no obra ni la más mínima referencia a ese punto. Y si no hay prueba en ese sentido, muy extraviado estuvo el Tribunal al dar por probada la posesión notoria comentada, pues habría visto una prueba que en los autos no existe en absoluto, como sería la que siquiera aludiera al ejercicio por Alfredo Gómez de actos constitutivos de autoridad paterna sobre los actores.

"Téngase en cuenta que si no se demostró el tratamiento, menos puede haberse demostrado la fama, no obstante lo cual el Tribunal la da por establecida, cometiendo por ahí nuevo error manifiesto de hecho. El Tribunal se dio por satisfecho con lo expresado por los testigos en torno a que el vecindario y parientes de Alfredo Gómez Z. tenían a los actores como hijos de éste, pero no advirtió que ninguno de los testigos hace depender esa fama del tratamiento especial que Gómez Z. le hubiese dado a aquéllos. Lo dicho al comentar cada testimonio en este punto, se puede generalizar aquí para el conjunto de ellos.

"10. Entre los factores que el Tribunal señaló como indicativos de la posesión notoria por él reconcida, figura el consistente en que las declaraciones testimoniales tantas veces mencionadas resulta acreditado que Alfredo Gómez Z. vivió en concubinato con Mercedes Aguirre, y en que de esa vida extramatrimonial nacieron Alfredo, Leonor y Elvía Aguirre, es decir, los demandantes. Si bien para el Tribunal ese concubinato no alcanza a darle apoyo a la causal 4^a de filiación natural, por haber sido imprecisos los testigos en cuanto a la fecha en que comenzó y terminó (aparte III de la sentencia, folio 113), sí se lo presta a la sexta de dichas causales, y por eso lo cita al lado del tratamiento y de la fama, queda por establecidos, como elemento constitutivo de la posesión notoria. En lo cual hay un error de hecho manifiesto, porque si bien el Tribunal podía tomar en consideración como constitutivos de la posesión notoria, además necesariamente, de los hechos expresamente indicados en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, otros hechos corroborantes de ella, éstos otros hechos adicionales tenían que participar de la naturaleza de los legalmente previstos, es decir, suponer un comportamiento di-

recto del presunto padre respecto de los presuntos hijos, lo cual obviamente un concubinato no supone por sí mismo".

Y para terminar, expresa que esos evidentes errores de hecho en la apreciación probatoria llevaron al Tribunal a confirmar la sentencia de primera instancia, con violación de las normas sustanciales enumeradas en el encabezamiento del cargo, que por tanto fueron indebidamente aplicadas, en vez de revocarla y negar las peticiones de la demanda.

Considera la Corte

I. Es aquí pertinente analizar y hacer referencia a las "Observaciones Preliminares" del censor, y a ello se procede:

a) Hablando a nivel de instancia y aun cuando el recurrente no lo menciona en forma expresa, el tema de sus observaciones preliminares está indudablemente relacionado con el de la "*reformatio in pejus*" pues en última pretende que si en las motivaciones de la sentencia del "*a quo*" se descartó la causal de relaciones sexuales y de dicho fallo no apelaron los demandantes, la decisión del "*ad quem*" y eventualmente la de la Corte en hipotética sede de instancia, no podrían ya acoger dicha causal, que de contra el Tribunal también descartó en las consideraciones de su fallo de segunda instancia.

Ahora bien: la prohibición de reforma para empeorar está íntimamente vinculada con el llamado efecto de devolución del recurso de alzada ("*tantum devolutum quantum appellatum*") que en principio le da al juez superior las mismas libertad y amplitud de decisión que tenía el inferior, recortada esa libertad por la prohibición de reforma para empeorar de modo tal que el juez de apelación se encuentra frente a la controversia en condición diversa de la en que se encontraba el primer juez, no existiendo entonces el efecto de devolución (no se le dice devolutivo para no crear confusiones derivadas de la terminología del artículo 354 del C. de P. C. que al emplear ese calificativo se refiere no alcance del recurso sino al cumplimiento provisional del acto impugnado).

Pero el aparente rigor de esa conclusión alternativa se desvanece si se considera que el efecto de devolución, por ser efecto,

no se produce sino en cuanto existe una *causa* para interponer el recurso, que origina efecto tal. Y en virtud de esa relación de causa a efecto, que obra entre la interposición de la apelación y la devolución de la controversia al "*ad quem*", la devolución total sólo podrá ser efecto de una apelación total, pero si se admite la posibilidad de una apelación parcial, cobrará plena vigencia el aforismo "*tantum devolutum quantum appellatum*". Pensar de otra manera, admitiendo que una devolución total puede ser la consecuencia de una apelación parcial, equivaldría a aceptar que se pueda tener, en cuanto a aquella parte de la controversia que no ha sido objeto de la apelación parcial, una devolución o reenvío sin apelación, o sea un efecto sin causa.

b) Estas breves nociones aparentemente coinciden de inicio con las observaciones preliminares que formuló el recurrente y que ahora se están estudiando.

Pero al avanzar en su estudio, bien es cierto que los connotados maestros italianos Chiovenda y Carnelutti pretenden demostrar que la prohibición de la "*reformatio in pejus*" estriba en los que denominan "extremos" o "cuestiones" de la sentencia, consistentes en que el objeto de la controversia sea divisible en unidades y que implícitamente a cada unidad corresponda un extremo o cuestión del fallo, para concluir de ese fraccionamiento que cuando la apelación no los abarca a todos, el ámbito jurisdiccional del "*ad quem*" se circunscribe a los "extremos" impugnados y no a otros.

Tal interpretación, sin embargo, no ha dejado de suscitar críticas como la de Dellitala, fundadas más que todo en la imposibilidad de fraccionar o "pulverizar" la sentencia en un sinnúmero de unidades.

De ahí que sea más adecuado sustituir la noción de "extremo litigioso" por la que el mismo Chiovenda describe en frase afortunada, consistente en que por tal extremo debe tenerse la *declaración de certeza de una singular voluntad de ley*, o sea un acto jurisdiccional completo y capaz por sí solo de poder constituir, aún separado de los otros extremos, el contenido de una sentencia.

Por tanto, puede concluirse que la justificación para prohibir la "*reformatio in*

peius" ciertamente se deriva de combinar dos principios: el dispositivo ("*nemo judex sine actore; ne procedat judex ex officio*"), con el principio del *vencimiento* como condición de legitimación para impugnar. Así lo reconoce y consagra el artículo 350 de nuestro ordenamiento procesal civil.

En consecuencia, más que el interés para recurrir, que en todo caso debe ser jurídico, es el concepto de *vencimiento o agravio* el que viene a legitimar la interposición y aceptación del recurso, que de otro modo sería ostensiblemente inadmisible.

c) Y es en la parte resolutiva del fallo en donde aparece la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, de manera que, respecto del demandante, tan solo cuando la parte dispositiva de la sentencia le niegue total o parcialmente sus pretensiones, surgirá su legítimo interés para recurrir. Y auncuando en excepcionales circunstancias de restrictísimo alcance las motivaciones puedan tener fuerza decisoria, lo anterior predícase exclusivamente de la faz dispositiva, pues las motivaciones del fallo no son materia de recurso, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones como la francesa o la alemana, comoquiera que las partes singularizan en cada pleito y en el "*petitum*" de sus demandas, las cuestiones de su personal interés cuya decisión quieren someter al juez, siendo esta decisión la que las vincula y no las consideraciones y apreciaciones que condujeron al sentenciador a pronunciarla.

Mal puede apelar un demandante a quien la justicia le aceptó todas sus pretensiones, pues sólo puede hacer valer el recurso quien haya visto insatisfechos algunas o todas sus aspiraciones.

d) Ahora bien: en el caso que se estudia la pretensión de declaratoria judicial de paternidad natural, además de principal y autónoma, es inescindible, o sea que si bien es cierto que la ley permite llegar a ella a través de seis vías o causales, no es aceptable que al haberse aducido varias de ellas, lo que en modo alguno es incompatible o excluyente, el fallo que acoja solamente una y deseche las demás adquiera el significado que le quiere dar el recurrente en sus "*Observaciones Preliminares*", o sea que los demandantes *fueron declarados como hijos naturales del demanda-*

do por posesión notoria de dicho estado pero se les *negó* ese carácter por relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, o por otra de las referidas causales.

Ciertamente la declaración en comentario es única y cada causal es autónoma e independiente. Pero el acogimiento de una de ellas no implica decisión declarativa de certeza sobre el rechazo de la otra u otras, máxime si en la parte resolutiva del fallo solamente aparece la escueta declaración de aceptar la filiación natural impetrada, sin mencionar causal alguna.

Pretender que el acogimiento de una de las causales planteadas implica pronunciamiento judicial de rechazo sobre las otras, así en la parte motiva estas no se hayan aceptado expresa o tácitamente, sería tanto como obligar a todo litigante triunfante en esas condiciones a recurrir del fallo favorable a sus intereses, o a adherir a la apelación de su contraparte, para preaverse contra una eventual decisión de segunda instancia que, con el criterio del casacionista, no podría confirmar la decisión favorable de la primera por motivos diferentes de los que el “*a quo*” tuvo para pronunciarla, habiendo sido éstos por otra parte materia oportuna del debate y de la causa para pedir.

Es decir, el litigante a quien se le hubieren colmado sus pretensiones siempre estaría obligado a apelar, cuestión vana, ilógica y completamente inadmisible al tenor del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil.

De ahí que la Corte, también como observaciones preliminares al despacho de este segundo cargo, no comparta las que así motejadas le han planteado el casacionista y, en resumen, no vea como aceptable la pretendida ejecutoria y fuerza de cosa juzgada de las motivaciones de un fallo como el impugnado, que declara una filiación natural con apoyo en una de las seis causales así no haya encontrado demostrada otra de ellas al motivarlo, pues como se dijo, la declaratoria judicial de paternidad natural es una sola sin que, de haberse declarado, pueda decirse que los beneficiados adquirieron ese estado civil por una causal pero les fue simultáneamente negado por otra u otras distintas.

Todo lo anterior coincide con el anunciado propósito del casacionista de no mon-

tar ataque relativo a la causal 4^a o de relaciones sexuales por no haber sido la acogida por el sentenciador, pero sin perjuicio de que llegado el caso y en eventual sede de instancia, el juzgador pueda extender su examen y decisión a todos los “extremos” o “cuestiones”, para usar el léxico de Chiovenda, del debate.

Comentado lo anterior pásase al examen del segundo cargo en estudio.

II. En primer término advierte la Corte, conforme lo ha dicho en repetida jurisprudencia, que, en tratándose de posesión notoria de estado de hijo, los elementos constitutivos del tratamiento del presunto padre para con el hijo son los relacionados con sostenimiento, establecimiento y educación, pero que por circunstancias especiales tales como imposibilidad física o legal puede prescindirse de exigir la demostración de alguno de ellos. (“*ad impossibilitatem nemo tenetur*”). Así, cuando el presunto padre muere y el menor, que apenas está saliendo de la infancia, todavía no le corresponde recibir educación ni establecimiento. O cuando el trato paterno-filial comienza en una época muy avanzada de la vida del hijo y por tanto éste ya ha superado las etapas del sostenimiento, educación y establecimiento. Lo mismo sucede si el trato ha durado apenas el mínimo de cinco años que exige la ley y de ahí en adelante se ha interrumpido por cualquier causa, pues la ley misma no exige que perdure durante toda la vida del padre o del hijo. Evento tal en que deberá apreciarse a cuál etapa de la vida del hijo correspondió ese quinquenio con el fin de exigir la prueba del sostenimiento, de la educación y del establecimiento, si tales circunstancias, o alguna o algunas de ellas, debieron tener lugar, o no, en ese lapso. Todo desde luego con la severidad probatoria que exige la ley para demostrar la posesión notoria de cualquier clase de estado civil.

En segundo lugar la Corte debe observar, antes de pronunciarse a fondo sobre el cargo, que tanto el Juzgado como el Tribunal dieron por demostradas las relaciones sexuales entre Alfredo Gómez y Mercedes Aguirre, que tuvieron lugar en la vereda de San Pablo, fracción El Rosario, del municipio de Aguadas. Pero no les dieron virtualidad suficiente para declarar la filiación natural de los demandantes

por no estar comprobado a satisfacción que tales relaciones existieron para la época de la concepción del primero de los nacidos en la forma prevista por el artículo 92 del Código Civil.

Sobre el particular y si se tiene en cuenta que el Tribunal no encontró que los testigos hayan mencionado cuándo comenzaron dichas relaciones, sí se refirió a que dentro de ellas "nacieron los demandantes", aseveración por demás contradictoria con su conclusión de descartar la causal 4^a del artículo 6^º de la Ley 75 de 1968, pues en el peor de los supuestos el sentenciador hubiera debido aceptar como época inicial de las relaciones al menos la del nacimiento del primero de los tres demandantes, o sea de Alfredo Aguirre nacido el 2 de diciembre de 1924, lo cual aunado a que las relaciones se prolongaron por bastante más de cinco años, le hubiera permitido declarar con apoyo en esa causal la filiación de María y Elvia Aguirre, nacidas a su turno el 30 de octubre de 1927 y el 3 de mayo de 1930, es decir dentro del ámbito de tales relaciones.

Pero del examen de los testimonios en cuestión aparece que la época en que comenzaron las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre sí es legalmente coincidente con el nacimiento de los demandantes, no sin recordar que no es necesario, como lo ha dicho reiteradamente la doctrina, que se demuestre con absoluta precisión cuándo comenzaron las relaciones, pues basta que se determine la época en que se iniciaron (CXLVII, 39; CXLVIII, 12).

En efecto: José Tomás Llanos declara en 1975 que desde hace más o menos 50 años conoció a Alfredo Gómez viviendo con Mercedes Aguirre y que cuando comenzaron amores ésta tenía 14 años, todo lo cual le consta por haber vivido cerca de la casa donde cohabitaban Alfredo y Mercedes. Igualmente le consta el nacimiento de los demandantes. Es decir, del dicho del testigo puede situarse aproximadamente en 1925, más o menos, el conocimiento que tuvo de las relaciones en cuestión.

Aurelia Aguirre declara en igual sentido y añade que cuando los demandantes nacieron Mercedes vivía con Alfredo, todo lo cual le consta por haber sido vecina de los amantes, versión que ya coloca la existen-

cia de las referidas relaciones al menos en diciembre de 1924, o sea para el nacimiento del mayor de los demandantes.

Joaquín Jiménez depone en 1975 que conoció a Alfredo Gómez desde 55 años atrás, o sea 1920 aproximadamente, y le consta que por esa época Gómez visitaba a Mercedes con mucha frecuencia y que los demandantes nacieron mientras aquél la visitaba, todo lo cual puede aseverar por haber sido vecino de los amantes.

Teresa Rivera, quien vivía en frente de la casa de Alfredo y Mercedes, declara que aproximadamente por 1925 éstos hacían vida marital y que los demandantes nacieron *mientras perduró su unión*, en la finca El Rosario, Vereda de San Pablo del municipio de Aguadas.

Y Eduardo Zapata, quien también vivía en las cercanías, declara que conoció a Alfredo y Mercedes haciendo vida común aproximadamente en 1925 y por un período no menor de diez años, durante el cual nacieron los demandantes, o sea mientras Alfredo vivía con Mercedes.

De estos testimonios puede concluirse, aun cuando no expresen la fecha exacta de iniciación de las relaciones sexuales entre los amantes pero si las sitúan para la época aproximada de 1925, más o menos —imprecisión aceptable dado el transcurso del tiempo, se nota— que como los declarantes deponen que los demandantes nacieron cuando Alfredo y Mercedes ya hacían vida marital, tales relaciones comenzaron y tuvieron lugar en la época legalmente hábil para presumir su concepción según el artículo 92 del Código Civil, especialmente en relación con los dos últimos.

Y respecto de la existencia misma de las relaciones, es innecesario repetir lo dicho por el Juzgado y por el Tribunal, pues en síntesis ellas aparecen comprobadas por el trato social y familiar entre los amantes, con evidentes caracteres de notoriedad e intimidad, inclusive de concubinato, de que dan cuenta las citadas declaraciones.

3. Este análisis tan general muestra cómo el cargo en estudio es vano, pues como está enderezado contra la prueba de la causal de posesión notoria, en el supuesto de que fuere aceptado, no tendría suficiencia para quebrar el fallo del "*ad quem*", pues en esta hipótesis y ya por vía de sentencia de reemplazo la Corte estaría avo-

cada a estudiar y declarar probada la causal 4^a del artículo 6^o de la Ley 75 de 1963, o sea la de relaciones sexuales en época legalmente hábil para presumir la concepción, con el inexorable resultado de confirmar a la poste y por lo expuesto la decisión impugnada.

Por tanto, debe considerarse inoficioso el estudio del cargo en comentario, que en consecuencia no está llamado a prosperar.

Decisión

En mérito de lo anterior la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ad-

ministrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada el 2 de agosto de 1978 por el Tribunal Superior de Buga en este proceso ordinario.

Las costas en casación a cargo del recurrente.

Cópíese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

FILIACION NATURAL

Facultades y limitaciones del testador. Derechos de los herederos. Técnica del recurso de casación: error de hecho

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., mayo veintiocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

Antecedentes

1. Fulgencio Jiménez Gómez falleció el 25 de febrero de 1974 y el correspondiente proceso de sucesión se abrió el 29 de abril del mismo año en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cartago;

2. El causante había otorgado testamento abierto ante el Notario 4º de Bogotá, mediante Escritura N° 4461 del 10 de septiembre de 1970, en el cual asignó a su hijo Román la mitad legitimaria, a su esposa Tulia Giraldo de Jiménez la cuarta de libre disposición y a sus nietas "Helena, Beatriz Clemencia y Gloria Patricia Jiménez Velásquez (hijas de Román) en la cuarta de mejoras". Además dispuso que "si nacieran otros nietos o nietas legítimas, éstos son también herederos en dicha cuarta de mejoras". En ese acto testamentario efectuó la partición de sus bienes.

3. María Elena Cardona, hija natural de Carola Cardona, hoy señora de Gutiérrez, nació en Cartago el 4 de mayo de 1947 "en la calle 11 entre carreras 11 y 12".

4. Mediante este proceso María Elena intenta contra la cónyuge sobreviviente y los herederos testamentarios de Jiménez, mencionados en el punto 2º anterior, así

como también contra otra nieta del mismo, de nombre María Victoria Jiménez Velásquez, ella y sus hermanas representadas por su padre legítimo, las siguientes pretensiones:

A. La de filiación, tendiente a que se declare hija natural del causante.

B. La de petición de herencia, para que se le reconociese su derecho a heredar a su padre en la proporción establecida por la ley.

C. La de reforma del testamento, en atención a que en éste se había efectuado la partición de los bienes relictos, a fin de que se fuese rehecha para que se le adjudicasen los bienes correspondientes a su cuota hereditaria.

5. Como *causa petendi* afirmó en síntesis, además de lo expuesto en los puntos 1º a 3º, lo que enseguida se resume:

a) que "por la época del nacimiento" de la demandante, la madre de ésta y Fulgencio Jiménez "estaban vinculados por relaciones sexuales de carácter continuo y ostensibles, relaciones que se iniciaron a fines del año de 1945 y que duraron sostenidas hasta el año de 1957, y cuya práctica se inició y se mantuvo hasta el año citado en la casa de la Calle 11 N° 9-37" de Cartago;

b) que durante el embarazo y el parto, el causante "abrumó" a la madre de María Elena de cuidados y atenciones y que ese trato social trascendió a los amigos de ambos y al vecindario en general;

c) que Fulgencio trató públicamente a la demandadante como a su hija durante más de diez años, "proveyó a su subsistencia y, establecimiento y educación en for-

ma permanente, y que ese trato fue tan notorio que a la muerte de aquél, muchas personas hicieron llegar a María Elena sus manifestaciones de pesar, tales como "sufragios de misa, tarjetas y mensajes por parte de distinguidas personas pertenecientes a la sociedad Cartagüeña"; y

d) a pesar de todo ello, en el testamento otorgado por Fulgencio, María Elena fue preterida "desconociéndole su derecho de asignataria forzosa".

6. Con oposición de la parte demandada trámitose la primera instancia del proceso, la que culminó con sentencia del 10. de octubre de 1977, en la que se despacharon favorablemente todas las súplicas de la demanda. Por apelación que interpuso aquélla, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la confirmó excepto en lo relacionado con la pretensión de reforma del testamento y de la condena en costas en forma solidaria.

7. Ambas partes interpusieron contra la referida sentencia el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

II

Motivación del fallo recurrido

Luego de breve pero completo resumen de la cuestión debatida y de analizar las pretensiones de la demandante y las presunciones de paternidad natural invocadas en el libelo, acomete el sentenciador el estudio del acervo probatorio, del cual concluye que están demostrados tanto la legitimación para obrar de las personas que son parte en este proceso, como los hechos que forman la *causa petendi*.

"En la demanda se solicitaron y fueron recepcionados? —dice el Tribunal— múltiples testimonios encaminados a demostrar las causales esgrimidas para acreditar la filiación pretendida. Unos tuvieron conocimiento de las relaciones sexuales habidas entre FULGENCIO JIMÉNEZ y CAROLA CARDONA casi desde su iniciación, y supieron en forma directa, inmediata, el nacimiento de MARIA ELENA CARDONA, fruto de tales relaciones; otros han tenido siempre a dicha persona como hija de FULGENCIO JIMÉNEZ por el trato de hija que éste le prodigó",

Dice enseguida que al primer grupo pertenecen los siguientes declarantes, cuyos dichos resume: Hermelinda Esther Valdés, Fanny Varela de Herrera, Mariela Silva de Torres, María Antonia Rengifo Sabogal, María Celmira Silva y Antonio Murillo Rivera.

"Entre los deponentes —agrega el fallador— que sin haber conocido la iniciación de las relaciones amorosas entre Carola Cardona y el causante Fulgencio Jiménez, desde siempre han tenido a María Elena Cardona como hija de aquél, dado el trato que le dispensó se cuentan: Bertha Prader Castrillón, Danilo A. Ruiz, Margarita Laspiella de Velásquez, Vellany Rivera de Délgado, Numa Delgado, Agustina Medina de Tamayo, Martha Lucía Betancourt de Botero, Antonio José Gutiérrez Mondragón y Gala Beatriz Alvarez de Martínez". Las declaraciones de estos testigos también las resume y transcribe en lo pertinente la sentencia objeto del recurso.

Más adelante dice el fallador que la parte demandada sólo adujo la declaración de Félix Antonio Bolívar, quien afirma haber conocido a Carola y Fulgencio; haber oido decir que aquélla tuvo inicialmente dos hijos "de don Heriberto y de don Fulgencio que dicen que es María Elena"; y que nunca oyó decir que Carola hubiera observado mala conducta, que por el contrario era muy buena.

Por último advierte que hay otros testigos, tales como Jesús María Montealegre y Ricardo Rengifo Ocampo "quienes asimismo expresan constarle que María Elena Cardona es hija de Fulgencio Jiménez".

"Tal es la prueba que obra en autos. Ya se vió cómo varios de los declarantes citados, en forma unánime, dicen haber conocido desde su iniciación las relaciones amorosas habidas entre Carola Cardona y Fulgencio Jiménez. Cómo éste frecuentaba permanentemente su casa y sufragaba lo necesario para la subsistencia de ésta. Que de tales relaciones sexuales, inferidas por el trato dado por el señor Jiménez a Carola, nació la actora María Elena Cardona el día 4 de mayo de 1947, en el barrio Palatino de la ciudad de Cartago. Que el señor Jiménez atendió a la subsistencia de Carola Cardona durante el embarazo, cubrió los gastos del parto, inclusive enfer-

mera y médico, y siguió proveyendo a madre e hija lo necesario para vivir".

"Los deponentes narran que estos hechos les constan por ser vecinos de la señora Carola Cardona y tener algunas relaciones de amistad con dicha persona. Que tales hechos, además fueron conocidos por todos los habitantes del Barrio Palatino, y se prolongaron hasta el año de 1953, época en que Carola cambió de residencia, porque sufrió grave enfermedad y fue llevada a residir a donde unos parientes".

"Existe otro grupo de declarantes que si bien no conocen de la época en que se iniciaron las relaciones sexuales entre Fulgencio Jiménez y Carola Cardona, en el Barrio Palatino con posterioridad trataron a tales personas, propiamente cuando aquella cambió de residencia por la enfermedad, y desde un principio, supieron que Fulgencio Jiménez era el padre de María Elena, y constataron que éste proveía a su subsistencia, así como a la de su madre Carola, habiéndola reputado como hija del señor Jiménez, convencimiento que han tenido hasta el presente. Este consenso de que María Elena Cardona es hija de Fulgencio Jiménez, también lo comparte plenamente el grupo de declarantes que a la muerte de Fulgencio Jiménez enviaron notas de condolencia a María Elena y a su esposo, y explican con propiedad las razones que tienen para ello.

A renglón seguido dice el Tribunal que analizados "en conjunto estos testimonios, merecen credibilidad por cuanto en su relato expresan en forma clara y completa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que describen. Casi todos los declarantes fueron profusamente interrogados por los señores apoderados de la parte demandada, prueba de la que salieron airoso, ya que al responder a las inquietudes de éstos, se reafirmaron en sus dichos, es explicando suficientemente el por qué y cómo tuvieron conocimiento de los hechos cuestionados. Además, debe tenerse en cuenta que el demandado no tachó a ninguno de los testigos presentados por el actor, ni en el proceso aparece constancias sobre algún hecho que ponga en duda la honorabilidad de los declarantes. Sus dichos, en lo fundamental, concuerdan plenamente, no se aprecian contradicciones de importancia, de fondo".

Al proseguir en su tarea de valorar la prueba testimonial agrega el sentenciador que no demerita la credibilidad que merecen los testigos la circunstancia de que los hechos sobre los cuales deponen hayan ocurrido hace largo tiempo, por cuanto tales hechos no fueron fugaces sino continuados "reiterados diariamente durante muchos años y suscitados por gentes con quienes convivieron en un pequeño poblado, como eran todas nuestras ciudades por la época de los acontencimientos, en donde situaciones como las cuestionadas en manera alguna podían pasar desapercibidas, aun cuando los protagonistas quisieran ocultarlo... máxime cuando el presunto padre de la demandante, según el dicho de casi todos los declarantes, era un miembro sobresaliente de esa colectividad".

De toda esa juiciosa valoración de la prueba testimonial concluye el fallador que de autos están plenamente acreditadas las "causales 4^a, 5^a y 6^a, contempladas en la Ley 75 de 1968", por lo cual es procedente "aceptar que la demandante... es hija natural del causante Fulgencio Jiménez.

Ello, por cuanto mediante la probanza relacionada no queda duda de que entre... (Fulgencio y Carola) existieron relaciones sexuales dentro del lapso en que debió ocurrir la concepción sabida, de acuerdo a (sic) la fecha en que nació María Elena, mayo 4 de 1947 y la época en que se iniciaron tales relaciones, principió desde el año de 1946...".

"Así mismo, se probó —agrega—, con suficiencia, que Fulgencio Jiménez durante el parto de Carola Cardona se comportó con ésta, moral y materialmente, en la forma que sólo acostumbran quienes se consideran padres del que está por nacer".

Por último, en cuanto a la pretensión de filiación natural se refiere, observa el Tribunal que si bien la parte demanda afirma que Carola había tenido relaciones sexuales con otros hombres, ello no fue demostrado en forma alguna, pues el único testigo aducido por dicha parte con ese propósito, Félix Antonio Bolívar, afirmó categóricamente la buena conducta observada por aquél.

Ya por el aspecto de la reforma del testamento, el Tribunal disiente de lo resuelto por el Juez de primera instancia, pues

afirma que el artículo 1276 del Código Civil, al consagrar el fenómeno de la preterición, hace inútil la reforma que solicita la demandante. Y para terminar, expresa que la ley procesal no ordena en el presente caso que se condene solidariamente en costas a las diversas personas que integran la parte demandada.

III

El recurso de casación

Como atrás se dijo, ambas partes recurrieron la sentencia del Tribunal. La Corte considera necesario estudiar primero la impugnación de los demandados, en atención a que tiende a que se aniquele la totalidad del fallo recurrido, al paso que el otro recurrente sólo ataca una de las varias decisiones que contiene.

IV

Impugnación de la parte demandada

Está contenida en dos cargos, ambos dentro del campo de la causal primera y apoyados en errores de orden probatorio que se atribuyen al sentenciador, así:

Primer cargo

Aplicación indebida de los artículos 6º de la Ley 75 de 1968, 1º y 6º de la Ley 45 de 1936, 961 y 1321 a 1323 del Código Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Dice en efecto que "el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar el dicho de los testimonios, a pesar de que éstos no reúnen las calidades exigidas por la sana crítica probatoria para que logren formar plena prueba, por cuanto todos los testigos aparecen al cabo de largo recordatorio minimamente (sic) hechos que no les atan y esta exagerada fidelidad de su memoria es sospechosa, pues lo natural en este caso es que se incurra en inexactitud..., sospecha que recae sobre la credibilidad que merecen estos testimonios como paso a demostrarlo: ...".

Enseguida acomete minuciosa y despiadada crítica de las declaraciones destacan-

do algunos de los apartes de éstas en que, a su juicio, ora porque no contradicen con otras, tales como la exacta ubicación de la casa en que se desarrollaron las relaciones entre Fulgencio y Carola, ya porque hacen sospechosas por ser demasiado detalladas acerca de hechos ocurridos hace largo tiempo y que no se relacionaban directamente con los testigos. Abunda igualmente en su ataque tendiente a poner de relieve que algunos declarantes coinciden, en ciertos detalles de sus relatos, lo cual lleva a afirmar que se limitaron a "recitar una lección aprendida de memoria", lo cual les resta toda credibilidad.

Segundo cargo

Aplicación indebida de los artículos 6º de la Ley 45 de 1936 "Numeral 6º (sic) de la Ley 75 de 1968, 397, 398 y 399 del Código Civil ... proveniente de error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial".

Dice el recurrente que "el Tribunal encontró que los hechos notorios expresados por los testigos daban margen suficiente para que quedara demostrado que la demandante era hija de Fulgencio Jiménez".

Al puntualizar su acusación se limita a afirmar que ese yerro de hecho se cometió respecto de los testimonios de "Margarita Laspriella de Velásquez, Berta Prader Castellón, Danilo Alberto Ruiz, Sola Beatriz Alvarez, Agustina Medina, Marta Lucía Betancourt de Botero, Antonio José Gutiérrez Mondragón, Pompilio Delgado y Villamay Rivera de Delgado", en cuanto consideró que con ellos "se daban todos los presupuestos del artículo 6º de la Ley 45 de 1936".

Se refiere enseguida a los presupuestos que exige la ley para establecer la posesión notoria del estado civil y pretende que en este proceso "no se acreditaron irrefragablemente" los consistentes en "la subsistencia, educación y establecimiento, puesto que los testigos solo se remiten a decir que les consta que don Fulgencio Jiménez proveyó para la subsistencia y educación de María Elena, pero no expresan en cuáles escuelas recibiera dicha educación, ni cuál fue el grado de enseñanza suminis-

trada, ni manifiestan en qué consistió el establecimiento del supuesto hijo (sic)".

Más adelante agrega que "hay una ausencia absoluta de examen de las personas que depusieron, sobre sus condiciones sociales, personales y morales para determinar su idoneidad" y que todos ellos, "tanto los del grupo con los cuales se pretenden establecer las relaciones sexuales, como con los que se ha querido establecer la posesión notoria de la presunta hija, están huérfanos de originalidad; sus dichos aparecen tan uniformes que en lo único que se cambia es en el nombre de cada uno de ellos... Son testigos que captaron un mismo acontecimiento con una absoluta fidelidad, parece que el derecho de estas gentes y sus sentidos fueran una misma máquina fotográfica".

"Pregunto —continúa más adelante—, se dio a la tarea el sentenciador de escudriñar la verdad de los dichos de estas gentes. No observa, sin hacer mucho esfuerzo, que habría una confabulación de testimonios que hacían inatendibles sus dichos y concepciones?... Acaso no se observa también que todos los testigos... hubieran expresado que conocían a María Elena y a sus padres... Es grave que en investigación tan delicada no se hubieran observado las pautas legales que impone el Código de Procedimiento Civil. Y, más aún cuando los testigos están cerca de un delito de falsedad (sic)".

Finalmente, insiste en poner en duda la veracidad de los declarantes, cuando afirma que según la partida civil de nacimiento de María Elena, aparece que ella nació en la calle 11 entre carreras 11 y 12, y no en la calle doce con carrera 9^a como todos éstos afirman. "Lo curioso —agrega—, por otra parte, es que ninguno de los testigos conoce a doña María Elena Ortiz quien hizo aquella declaración para el registro a los 8 días siguientes al nacimiento de María Elena, y, que debió ser persona de confianza o bien de don Fulgencio o bien de doña Carola. Con estas ostensibles (sic) sospechas puede darse por sentado o demostrado un hecho que va a repercutir en la vida social de y el patrimonio de otras personas? Imposible, porque la prueba tiene que ser de claridad solar para que prospere una pretensión de esta naturaleza".

Consideraciones de la Corte

El Tribunal apoyó la declaración de filiación natural pedida por la parte actora en tres de las presunciones que consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, por haber encontrado demostrados los hechos que las configuran. De manera muy clara lo expresó así la sentencia impugnada, como se vio en la reseña que de ella se hizo.

El recurrente limita su ataque a dos de tales presunciones, esto es, a las relaciones sexuales durante la época en que se presume ocurrida la concepción de la demandante y la posesión notoria de estado, pero no impugna en forma alguna la tercera de aquéllas, o sea la que establece el numeral 5º, que por consiguiente, según reiterada doctrina de la Corte, continúa como soporte incólume del fallo impugnado.

"Cuando la sentencia acusada se basa en varias motivos jurídicos, independientes pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que la mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aún en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada". (LXXXVIII, pág. 596; XC VIII, pág. 10; CXV, pág. 60).

Aunque lo expuesto es suficiente para que la acusación no prospere, para mayor abundamiento conviene agregar algunas breves consideraciones sobre los dos cargos en estudio.

1. Es verdad sabida que toda sentencia objeto de impugnación a través de este recurso extraordinario, sube a la Corte amparada por presunción de acierto que, en cuanto al aspecto probatorio se refiere, sólo puede ser desvirtuada por los errores de derecho o los de hecho que indudable y ostensiblemente haya cometido el fallador en cuanto a pruebas trascendentales, esto es, aquéllas en las cuales éste haya apoyado su convicción.

Se ha dicho repetidamente que en casación no es de recibo acusar el fallo "a través del planteamiento global del problema probatorio" (CXVIII, pág. 222).

"Cuando los hechos afirmados por los testigos se requiere deducir, por la vía del

razonamiento, —ha expuesto también la Corte— otro hecho que es el que en definitiva debe ser probado como causal del delito cuyo reconocimiento se persigue, cual sucede en tratándose de acreditar las relaciones sexuales... en orden al establecimiento de la filiación natural, es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria. Entonces los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituir las antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo el juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción campo en el cual señalear la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta". (CVII, pág. 185).

De la motivación del fallo recurrido que atrás se hizo, con transcripción de sus párrafos más importantes en lo que toca con la apreciación probatoria, se desprende de manera inequívoca que el fallador apreció la prueba testimonial que censura el recurrente en forma razonable, en su conjunto, sin desfigurar ni exagerar su contenido y de acuerdo con los dictados de la sana crítica. Explicó por qué le merecieron credibilidad esas declaraciones, cómo ciertas contradicciones de detalle y algunos hechos claramente coincidentes expuestos en todas ellas, no obstante el tiempo transcurrido desde su ocurrencia hasta cuando fueron relatados, no sólo no demeritaban su poder demostrativo sino que por el contrario lo reafirmaban.

La Sala no encuentra arbitrariedad alguna en la apreciación que hizo el Tribu-

nal de los numerosos testimonios que éste analizó para deducir que de los hechos relatados por los testigos era innegable que la demandante es fruto de las relaciones sexuales habidas entre Fulgencio y Carola. Esta apreciación no es contraevidente en manera alguna, de suerte que no se da el error de hecho, ni menos aún con carácter de evidente, que el casacionista la atribuye al sentenciador.

2. Dentro de la técnica del recurso de casación que se deduce de su carácter extraordinario, de la preceptiva legal a que está sujeto y de la abundante doctrina que al respecto ha sentado esta Corporación, no es dable acusar una sentencia como si se estuviera en el ámbito de las instancias. Tampoco lo es, como aquí ocurre, por consideraciones del recurrente que se limitan a disentir de la apreciación probatoria que hizo el Tribunal, sin poner de presente "en forma precisa y clara" en qué consistieron los errores en que pudo haber incurrido el sentenciador al apreciar los elementos de juicio que obran en el proceso. Y, menos aún, cuando se dejan de señalar, singularizándolos, tales errores con relación a cada una de las pruebas atacadas. Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que el recurso de casación tiende a ejercer sobre la sentencia acusada la tutela de legalidad que le confía la ley y que además, como se dijo en el despacho del cargo anterior, todo fallo acusado a través de este recurso extraordinario, sube a la Corte amparado por presunción de legalidad y de acierto.

Finalmente en cuanto al error de hecho se refiere, cuando éste se alega, en la demanda debe puntualizarse en qué consisten la preterición total o parcial o la suposición, también total o parcial, en la que incurrió el fallador al apreciar las pruebas trascendentales del proceso, nada de lo cual hace el recurrente.

Pues bien, la demanda en estudio no se ajusta en modo alguno a esos dictados legales de lógica y de técnica de casación, pues el impugnante se limita a disentir de la conclusión a que llegó el Tribunal al analizar los medios de convicción que se allegaron a los autos y a poner en duda el poder de persuación de los mismos, lo cual no es de recibo en este recurso.

V

Recurso de la parte demandante

El impugnador formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, dentro del campo de la causal primera de casación. Circunscribe su ataque a la parte en que se revocó el numeral 2º del fallo de primer grado y en su lugar se abstuvo de decretar la reforma del testamento que había pedido en la demanda.

Primer cargo

Está formulado por aplicación indebida del artículo 1276 y por falta de aplicación de los artículos 1274, 1277 inc. 1º y 1375 del Código Civil y del artículo 619 del Código de Procedimiento Civil, "proveniente de error evidente de hecho" que el casacionista hace consistir en que el sentenciador no reparó en la presencia en los autos de "tres instrumentos públicos, que se adjuntaron formal y oportunamente" (se refiere a las copias del testamento y de las diligencias de inventario y avalúo de los bienes relictos) según los cuales se demuestra que "El testador, con base en el artículo 1375 Código Civil, hizo partición de sus bienes dentro del testamento, partición que de mantenerse en pie, o bien lesiona directamente los derechos de la pretendiente; o, cuando menos, constituye una amenaza cierta de su integridad".

La acusación se funda, en síntesis, en que si bien es cierto que al legitimario preterido en el testamento le basta con ejercer la acción que le confiere el artículo 1276 del Código Civil, según el cual tal preterición "deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima", también lo es y debe serlo, que si el causante asignó específicamente todos sus bienes a sus herederos en el llamado "testamento-participación" de que tratan los artículos 1374 del Código Civil y 619 del Código de Procedimiento Civil, ese heredero preterido tiene derecho a pedir la reforma del testamento.

"El Tribunal estimó que el caso encuadraba dentro del supuesto de hecho del artículo 1276 del Código Civil: simple preterición, que excluye, por innecesaria la reforma del testamento, y en consecuen-

cia aplicó aquella norma y se negó a aplicar el 1274 que consagra esa pretensión. Y obró así porque no tuvo en cuenta que el partidor hizo partición en su testamento, pues no observó ese sector del mismo, ni que los bienes allá asignados los conservó al *de cuius* y fueron relacionados en su mortuoria. Al no haber tenido presentes esos hechos, probados debidamente y del todo significativos, perdió de vista que el testamento podía ser, y en efecto es, lesivo de los derechos del legitimario, no por la preterición en sí, sino por la partición complementaria, y dejó de remediar la situación ilegal causada por ésta, a lo cual tenía precisamente la acción de reforma que desestimó. Con lo cual, lo reitero, dejó de aplicar, siendo debida su aplicación, el artículo 1274 del Código Civil que la establece, el artículo 1277 inciso 1º *ibidem* que indica sus alcances sobre los legitimarios de los mismos orden y grado, y los artículos 1375 Código Civil y 619 del Código de Procedimiento Civil, que estatuyen, y eso es lo que se pedía declarar, que la partición hecha por el testador no es eficaz en cuanto sea contraria a derecho ajeno y que, por lo mismo, el testamento se reformaba en ese sentido y con esa prevención".

Segundo cargo

A juicio del recurrente la sentencia del Tribunal, en la parte impugnada es violatoria de los artículos 1274 y 1276 del Código Civil por interpretación errónea, y 1375 del mismo Código y 619 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación.

"Tornando a las consideraciones doctrinarias hechas en el cargo anterior —expone la censura— con insistencia en los lineamientos propios de las pretensiones de preterición y de reforma del testamento, observo que el Tribunal no tuvo presente para distinguirlas dos figuras que lo determina la viabilidad de la de reforma es el cercenamiento cierto o potencial de los derechos del legitimario en su asignación forzosa, cometido o consumado en el testamento, de modo que para determinar si dicha acción tiene o no cabida, es menester la consideración del testamento en su integridad, y que la reducción del estudio

al mero aspecto de la institución de herederos es insuficiente".

"Este cargo se plantea, por lo mismo, en un terreno del todo doctrinario: Le reprochó al Tribunal haber sido parco en el análisis de las instituciones, por cuanto llegó a pensar que de haber contemplado los fenómenos en su plenitud, seguramente habría cogido la pretensión reformatoria".

"Para los menesteres de este caso —agrega más adelante— basta manifestar que, así no se considerara indispensable la reforma del testamento para impugnar la partición y reducirla preventinamente de modo que no lesione intereses ajenos, entre ellos el del heredero preterido, si, prudente y anticipadamente, ejercita la acción de reforma, no sería admisible su rechazo por innecesaria, como que ella procura, fundadamente, la prevención de que la partición testamentaria no puede vulnerar, ya no los intereses ajenos (*in incertam persona*), sino el interés singular de un asignatario forzoso, preterido en el testamento y posiblemente afectado, de contera, con la partición contenida en él".

El casacionista concluye su razonamiento así:

"En esa forma, en razón de aquella interpretación estrecha de los artículos 1274 y 1276 Código Civil, el Tribunal dejó de aplicar los artículos 1374 Código Civil y 619 del Código de Procedimiento Civil, que marcan la inoponibilidad de la partición en desmedro de derechos ajenos, susceptible de haber sido declarada acá, tal como se solicitó, por la vía de la reforma del testamento en la medida de su extralimitación".

Consideraciones de la Corte

Dentro del principio de la autonomía de la voluntad que como regla general impera en el ámbito del derecho privado, la ley faculta a las personas hábiles y capaces para disponer "del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días", como lo estatuye el artículo 1055 del Código Civil.

Esa facultad, sujeta a las restricciones que más adelante se verán, permite al testador hacer, por ejemplo, lo siguiente:

a) *Otorgar su testamento de alguna de las maneras que señala la ley, según las*

circunstancias en que se encuentre;

b) *Revocarlo libremente cuando a bien lo tenga;*

c) *Reconocer hijos naturales, con la advertencia de que tal reconocimiento se torna irrevocable;*

d) *Favorecer con la cuarta de mejoras a descendientes legítimos, hijos naturales, descendientes legítimos de éstos o hijos adoptivos;*

e) *Asignar a su talante la cuarta de libre disposición, o, en su caso, la mitad de sus bienes;*

f) *Si carece de legitimarios, disponer libremente de todo el caudal relictio;*

g) *Instituir herederos y legatarios; y*

h) *Hacer la partición de sus bienes en el mismo acto testamentario "en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno", según los artículos 1375 del Código Civil y 619 del Código de Procedimiento Civil.*

Esas facultades que tiene el testador, sin embargo, están sujetas a ciertas limitaciones establecidas por la ley, tales como la de respetar las asignaciones forzosas; cuando las desatiende, los beneficiarios de las mismas pueden hacer valer sus derechos por la vía judicial, entre otros, en los siguientes casos:

1. *Si el testador asigna a un legitimario determinada cuota que resulta inferior a la que legalmente le corresponde, ese legitimario puede ejercer la acción de reforma del testamento que consagra el artículo 1274 del Código Civil.*

Si por el contrario, el testador lo pasa en silencio y por ende nada le asigna, se está en presencia del fenómeno de la preterición que consagra el artículo 1276 del Código Civil, en virtud del cual el legitimario preterido, por ministerio de la ley, se entiende instituido en su legítima. Ese asignatario forzoso no necesita pues pedir la reforma del testamento, porque le basta con invocar el derecho que le otorga la norma citada.

La Corte ha dicho a este respecto que "la simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Al legitimario preterido le basta para lograr el reconocimiento de su derecho, presentarse al respectivo juicio de sucesión con las pruebas pertinentes, o proponer, si ya está concluido, la correspondiente acción de petición de

herencia. (G. J. LIV, LXIV)" (LXXX, pág. 74).

2. Ya no como una limitación a la facultad de testar pero sí para garantizar en todo caso la efectividad de los derechos de los herederos, forzosos o no, el Título 7º del Libro 3º del Código Civil, en su capítulo IV, otorga a éstos las acciones de petición de herencia y la reivindicatoria que consagra el artículo 1325.

Esta es, a muy grandes rasgos, la manera como la ley tutela el derecho de los herederos (concretamente de los forzosos en los casos mencionados en el punto 1) y procura garantizarles su efectividad.

Concretamente en lo que se refiere al primer cargo recuérdese que la Corte ha dicho: "no se presume de ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas". (CXVII, pág. 119).

De esta suerte, aunque en verdad el sentenciador no mencionó en su fallo las pruebas documentales que indica el recurrente y respecto de las que le atribuye error de hecho de haberlas preterido, ese error no se da en el presente caso o al menos con la necesaria evidencia para que el cargo pueda prosperar.

Respecto del segundo cargo se observa que el testamento partición de que aquí se trata, salvo en cuanto a la asignación de las especies hecha por el testador en ejercicio del derecho que establece el citado artículo 1255, en realidad es inoponible

a la demandante, quien como heredera preterida y por ende legalmente instituida en su legítima, tiene derecho a que se le entreguen los bienes relictos necesarios para pagarle su legítima rigorosa. De otro lado, como resulta de confrontar las diligencias de inventario de los bienes relictos que se efectuaron en el proceso de sucesión con el testamento del causante, aquéllos superan con mucho a los que distribuyó el testador, de suerte que la reforma del testamento que pretende la parte demandante resulta a todas luces innecesaria.

De lo anterior se concluye que ninguno de los dos cargos en estudio está llamado a prosperar.

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.

Las costas del recurso de casación quedan compensadas.

Cópíese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

Q U I E B R A

Principio fundamental, objetivos, efectos y consecuencias del proceso de quiebra

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., junio ocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 3 de agosto de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario instaurado por la entidad "CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO —SUCURSAL DE MANIZALES" frente a la "SOCIEDAD DE INGENIERIA MUÑOZ SIGMA LIMITADA".

I

Antecedentes

1º Mediante Escritura Pública N° 535 de 25 de marzo de 1952, otorgada en la Notaría Primera de Manizales y debidamente inscrita, Fabio Buitrago Muñoz y Luis Gonzalo Mejía constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada que denominaron "Sociedad de Ingeniería Muñoz Sigma Ltda.", con un capital social de \$ 150.000.00 que fue aportado así: por el primero de los socios dichos \$ 145.000.00, y \$ 5.000.00 por el segundo.

En la escritura de constitución estipularon los contratantes que la sociedad tendría una duración de 20 años; que su objeto social sería el diseño y la ejecución de obras de ingeniería; que su domicilio principal estaría en la ciudad de Manizales; y que su gerente general sería el socio Buitrago Muñoz.

2º El 21 de abril de 1969, según lo expresa la Escritura Pública N° 315 que en

esa fecha otorgaron en la Notaría Segunda de esa misma ciudad y que se inscribió en la Oficina de Registro de allí el 26 de ese mismo mes, se ajustó entre la Caja de Crédito Agrario, por una parte, y la sociedad "Sigma Ltda.", por la otra, al contrato de compraventa, de cuyas estipulaciones, por ser relevantes en la presente controversia, es pertinente destacar las siguientes:

a) la primera de dichas entidades expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquélla, el dominio de la oficina N° 510 del edificio situado en la ciudad dicha, demarcado éste con los Nos. 20-07/18/29 de la carrera 23, oficina que tiene un área privada de 66 metros con 53 centímetros, y cuyos linderos especiales son: "Por el Norte, en siete sesenta y seis metros 7.66 con el teatro Cumanday; por el sur, en siete sesenta y seis metros 7.66 con el corredor de propiedad común del edificio; por el oriente, en nueve con un metros 9.01 en parte con la oficina número quinientos ocho 508 y en parte con vacío de cubierta del edificio; por el occidente, en nueve un metros 9.01 con vacío sobre la calle 20; por el nadir, con placa que la separa del tercer piso; por el cenit, con placa que la separa del quinto piso";

b) acordaron los contratantes como precio de la compraventa la suma de \$ 130.000.00, de los cuales la entidad compradora entregó en esa fecha a la vendedora, a satisfacción de ésta, \$ 26.000.00, comprometiéndose a cancelar los \$ 104.000.00 restantes, sobre los cuales reconocería un interés del 14% mensual, en 120 cuotas de \$ 1.614.77 cada una, la primera "un mes después de la fecha de este instrumento; la segunda un mes después de la primera y así sucesivamente y sin interrupción hasta la completa extinción de la deuda"; y

c) estipularon los contratantes, mediante la cláusula 9^a de la convención, que en caso de mora de la compradora en el pago de una de las cuotas correspondientes al saldo del precio reconocería a la vendedora un "interés mayoritario" del 18% anual; y que si esa mora fuere de "más de 30 días", la Caja podría "dar por vencidas las cuotas pendientes y proceder al cobro del monto total de la obligación".

3º Según lo dice la Escritura Pública Nº 602 de 26 de junio de 1975, otorgada en esa fecha en la Notaría Tercera de Manizales, la sociedad "Sigma Ltda.", se declaró deudora de Alberto Restrepo Hoyos por la suma de \$ 70.000.00, que de éste recibió a título de mutuo; y para garantizar su pago aquélla constituyó a favor de éste, mediante la misma escritura y con un plazo de 6 meses, hipoteca de primer grado sobre la precitada oficina Nº 510 del edificio Nos. 20-07/18/29 de la carrera 23 de Manizales, inmueble cuyo dominio lo había adquirido la sociedad deudora por compra que de él hizo en abril de 1969.

Posteriormente, mediante documento de 1º de marzo de 1976 y con expresa notificación a la sociedad deudora, al acreedor hipotecario Restrepo Hoyos cedió la acreencia referida a Gilberto Hoyos González.

4º Este, mediante escrito de 6 de agosto siguiente, como cesionario del crédito hipotecario, demandó ejecutivamente ante el Juzgado Primero Civil del mismo circuito a "Sigma Ltda.", a efecto de que con su citación se decretara la venta en pública subasta del inmueble atrás referido y especificado, para que con el producto se le pagase el valor del crédito, junto con los intereses causados.

Dentro de este proceso hipotecario se decretó el embargo del inmueble gravado, traba judicial que se hizo efectiva con la inscripción que de ella realizó el Registrador el 16 de agosto de ese mismo año de 1976.

5º Por medio de su auto de 30 de agosto de 1976, que se registró en la Cámara de Comercio de allí, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales declaró en estado de quiebra a la "Sociedad de Ingenieros Muñoz Sigma Ltda.", providencia en la cual, además de las ordenaciones in-

herentes a esa decisión, se designó como síndico a Carlos Vásquez Jiménez.

Dentro de este proceso, el cual se acumuló el ejecutivo con título hipotecario que contra "Sigma Ltda.", adelantaba Gilberto Hoyos González ante el Juzgado Primero del mismo circuito, se enlistó como bien integrante de la masa de la quiebra la precitada oficina Nº 510 del edificio Nº 20-07 de la carrera 23 de Manizales, cuya inclusión el en inventario se justificó, según lo certifica el respectivo juez, con la "copia de la Escritura Pública Nº 315 de 21 de abril de 1969, otorgada en la Notaría Segunda", la que debidamente registrada y acompañada de la correspondiente matrícula inmobiliaria se adjunto al proceso de quiebra.

II

El litigio en el presente proceso

1. Mediante escrito de 28 de abril de 1977, adicionado por el de 18 de mayo siguiente y que en repartimiento correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Manizales, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Sucursal de esa ciudad, demandó a la "Sociedad de Ingeniería Muñoz Sigma Ltda.", para entonces ya disuelta y en estado de liquidación, representada por el síndico de la quiebra Carlos Vásquez Jiménez, y a Gilberto Hoyos González como acreedor hipotecario, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) que está resuelto, por incumplimiento de las obligaciones que para ella generó, el contrato de compraventa contenida en la Escritura Pública Nº 315 de 21 de abril de 1969, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Manizales, e inscrita en la Oficina de Registro de allí el 28 del mismo mes en el folio de matrícula inmobiliaria Nº 100-0010097, bajo el Nº 001-28-04-69;

b) que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a "Sigma Ltda." a pagar a la demandante, "a título de indemnización de perjuicios", los intereses de la suma de \$ 40.733.49 a la tasa convencional del 32% anual, desde el 22 de

mayo de 1975; y a restituirle los frutos civiles producidos por el inmueble materia de la compraventa, no solamente los percibidos sino los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, "en la proporción del 34.5330851% a que equivale la parte del precio no pagado";

c) que igualmente se disponga que la sociedad demandada, por conducto del síndico de la quiebra, debe entregar materialmente a la demandante, dentro del término que la sentencia señale, el inmueble que fue materia de la compraventa resuelta;

d) que se declare extinguida la hipoteca constituida por "Sigma Ltda." a favor de Alberto Restrepo Hoyos, crédito que hoy corresponde a su cesionario Gilberto Hoyos González, gravamen contenido en la Escritura Nº 602 de 26 de junio de 1975, otorgada en la Notaría Tercera del mismo círculo;

e) que se cancele el embargo que pesa sobre la precitada oficina Nº 510, decretado en el proceso de venta que dicho cesionario sigue contra "Sigma Ltda." y que hoy se halla acumulado al de quiebra de ésta;

f) que, para la efectividad de tales ordenaciones, se mande a los Notarios segundo y tercero de Manizales y al Registrador de Instrumentos Públicos de dicha ciudad, que tomen nota de la sentencia en la matriz de las escrituras atrás indicadas y en los correspondientes folios de la matrícula inmobiliaria, a fin de que se cancelen los registros correspondientes; y

g) que si los demandados se oponen se les condene en las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó, además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que pueden sintetizarse así:

a) de las 120 cuotas mensuales que "Sigma Ltda." debía pagar periódicamente a la Caja de Crédito Agrario, correspondiente al saldo del precio de la compraventa, aquella solamente pagó 73, hasta la correspondiente al período mensual que venció el 21 de mayo de 1975, cuyo monto ascendió a \$ 117.878.21, suma "equivalente al 53.6354940%";

b) la sociedad compradora adeuda por tanto a la vendedora, desde el 21 de junio

de 1976 y está por consiguiente en mora desde entonces, 47 cuotas cuyo valor asciende a la suma de \$ 75.894.19, "equivalente al 34.5330851%, de los cuales \$ 40.733.49 corresponden a capital";

c) expresa la entidad demandante en el hecho 10º de su demanda que "El gran total a pagar quedó liquidado a la época del contrato en \$ 219.772.40 que porcentualmente se representa hoy así: a) dinero recibido por la CAJA: \$ 26.000.00, esto es el 11.8304209%; b) 73 cuotas de \$ 1.614.77 pagadas: \$ 117.878.21, esto es al 53.536 4940%; y c) 47 cuotas de \$ 1.614.77 adeudadas: \$ 75.894.19, esto es el 34.5330851%";

d) "Sigma Ltda.", como compradora, no cumplió pues con su obligación de pagar el precio en "la forma convenida y dentro de los términos estipulados".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado Hoyos González se opuso a las pretensiones deducidas en ésta.

Expresó entonces que como en la escritura en la cual se plasmó la compraventa cuya resolución se suplica, estipularon los contratantes "que la mora por más de treinta (30) días en el pago de una cuota mensual daría derecho a la Caja para dar por vencidas las cuotas pendientes y 'proceder al cobro del monto total de la obligación', por voluntad de las partes la condición resolutoria tácita por el no pago de parte del precio de compra, quedaba sustituida por la de cobro. La condición resolutoria —dice— quedó 'oculta' no obstante haberse estipulado un plazo para el pago del precio".

4. La sociedad demandada "Sigma Ltda.", en cambio, no obstante que recibió notificación personal del auto admsorio por conducto del síndico, a quien además se le corrió el traslado de ley, no contestó la demanda.

5. Y surtida que fue toda la tramitación de la primera instancia del proceso, el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 7 de noviembre de 1977, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demanda, determinando en la suma de \$ 142.690.71 el valor de los frutos civiles que "Sigma Ltda." debía pagar a la Caja de Crédito Agrario por este concepto; por otro lado, condenó a la demandante a pagar a la sociedad demandada todos los valores por ésta entregados a aquélla por

razón del precio de la compraventa resuelta.

6. Como efecto de la apelación interpuesta por los dos demandados contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el que, luego de rituar el trámite del grado, decidió la apelación mediante su fallo de 3 de agosto de 1978 por el cual, después de infirmar el apelado, denegó todas las pretensiones de la demandante, a la que, por tanto, impuso las costas procesales causadas en las dos instancias.

III

Motivación del fallo de segundo grado

1. En el inicio de la parte expositiva de su sentencia, el *ad quem* da por legalmente demostrados tanto el contrato de compraventa ajustado entre la Caja de Crédito y "Sigma Ltda.", como la mora de ésta en el cumplimiento de su obligación de pagar parte del precio; de ello pudiera inferirse, dice el Tribunal, la legitimación de la demandante para instaurar con éxito la acción consagrada por los artículos 1546 y 1930 del Código Civil.

Observa sin embargo el sentenciador que como la sociedad demandada se halla en estado de quiebra, se le impone el deber de discernir la procedencia o improcedencia jurídica de la acción resolutoria contractual frente a ella.

2. Al punto, rastreando doctrina foráneas y sustentando sus tesis principalmente en ellas, el juzgador de segundo grado arriba en su sentencia a la conclusión negativa de su interrogante cardinal, puesto que, asevera, ella es la que se acompaña con la preceptiva legal Colombiana reguladora del instituto jurídico de la quiebra.

Explanando su deducción, dice el Tribunal de Manizales que de acuerdo con los artículos 1973 y siguientes del Código de Comercio, "los acreedores del quebrado se hallan en igualdad de condiciones y en favor de los mismos no pueden ser reconocidos más que aquéllos privilegios y preferencias establecidas" en el artículo 1978 *ejusdem*, dentro de los cuales no está el crédito que aquí invoca la demandante; que, por tanto, al admitir en tal supuesto la viabilidad de la acción resolutoria de la

compraventa por el no pago del precio "se estaría quebrantando el principio de la *par conditio creditorum* pues, por esa vía, se estaría introduciendo en favor de dicho acreedor un privilegio no autorizado por los artículos 2493 y siguientes del Código Civil".

Recuerda el sentenciador, a intento de reforzar con ello su tesis, que según el artículo 1961 del Código de Comercio la masa de la quiebra está integrada por "todos los bienes embargables del deudor, actuales y futuros, inclusive los afectos especialmente el pago de determinadas obligaciones", por lo que, se pregunta, si tal se predica con esos bienes afectos "al pago de determinadas obligaciones, qué no decir de aquellos respecto de los cuales no existe vinculación semejante?".

3. Continuando en la motivación de su tesis, agrega el *ad quem* que dentro de la enumeración que hace el artículo 1962 *ibidem* de los bienes excluibles de la masa de la quiebra, "no es posible acomodar la hipótesis que ha dado lugar al presente proceso" en general, ni particularmente en la de sus ordinales 5º y 8º, pues que aquí se trata de un bien que pertenece al deudor quebrado y no a otra persona, el que, además, ya se le había entregado a su dueño cuando se le declaró en quiebra.

Arguye el Tribunal en favor de su tesis, finalmente, que "si se permitiera el ejercicio de la acción resolutoria contra la masa de la quiebra del deudor del precio, se abriría, por tal sendero, la posibilidad de que el deudor se coluda con un enajenante suyo para sustraer un bien de la disponibilidad común de los acreedores".

IV

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación la entidad demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, los que por adolecer de una deficiencia que les es común, y por venir sustentados en razonamientos sustancialmente semejantes la Corte procede a estudiar y despachar en conjunto.

Cargo primero

1. Con este se acusa la sentencia de segundo grado de ser directamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 1546, 1930, 1932, 2441 y 2457 del Código Civil.

2. Desenvolviéndolo, luego de referirse extensa y genéricamente a las causales de casación consagradas por la ley, a lo que debe entenderse por norma sustancial y, en fin, a los diferentes conceptos de violación de ésta, el casacionista asevera que la sentencia por él combatida incurrió en error *in judicando* porque siendo tales preceptos los aplicables "al caso controvertido", no se hicieron sin embargo actuar en él.

Y añade que correspondía aplicar aquí dichas normas, por las siguientes razones: a) porque lo que se pidió en la demanda inicial del proceso fue la resolución del contrato de compraventa contenido en la Escritura N° 315 de 21 de abril de 1969, invocando el demandante, al efecto, "los artículos 964, 1546, 1605, 1609, 1617, 1626, 1880 y 1928 del Código Civil....."; b) porque con base en tales normas legales el juzgado de la primera instancia decidió el litigio, habiendo "el *a quo* explicado el por qué de sus conclusiones" y dando las razones de la aplicación de esas disposiciones legales y de los artículos 942, 946, 948, 952, 949 del mismo estatuto; y c) porque "las acciones separadoras de que habla el Código de Comercio no descartan la acción resolutoria del Código Civil. Antes bien, la complementan. Es obvio que por mandato del artículo 1546 del Código Civil —añade la censura— al vendedor le asiste el derecho, a su arbitrio, de solicitar entonces —en el caso cuestionado— la resolución del contrato. Y si el Código de Comercio no excluye tal acción, puede llevarse la resolución del contrato adelante, tal como lo hizo el juez *a quo*".

Agrega la impugnación, por último, que "la masa de bienes —en la quiebra— tiene que recibir los bienes o acciones que lleven implícitas. Y por ende está sujeta a que contra ella —representada por el Síndico de la Quiebra— se intenten todas esas acciones judiciales. Faltaba más que la quiebra acabara con todas las acciones que

el Código Civil consagra para garantizar el fiel cumplimiento de los contratos".

Cargo segundo

1. Por éste se acusa el fallo del Tribunal de infringir directamente, por aplicación indebida, los artículos 1937, 1961, 1962 ordinales 5º y 8º, 1973 y 1978 del Código de Comercio, porque el juzgador *ad quem* "se basó en tales artículos para revocar la sentencia del Juez *a quo*".

2. Desenvolviendo esta censura, expresa la demanda de casación que en el presente caso "se trata de una acción resolutoria de un contrato de compraventa en juicio ordinario de mayor cuantía y por lo tanto debió fallarse como tal y no aplicar indebidamente los artículos antes citados del Código de Comercio". Añade que si se hicieron actuar los preceptos señalados de la codificación referida, entonces la sentencia resulta ser "violatoria de una norma de derecho sustancial por aplicación indebida, o sea que la sentencia es casable por la causal primera".

V

Consideraciones de la Corte

1º) Como se infiere del extracto que de su sentencia se ha hecho, en el caso de este proceso el Tribunal de Manizales estimó que la pretensión resolutoria principalmente deducida es legalmente improcedente, por cuanto, dice, se ejercitó en frente de una entidad declarada en estado de quiebra. Lo que da tanto como decir que el *ad quem*, después de interpretar el alcance y contenido de los artículos 1961, 1962, 1973 y 1978 del Código de Comercio, estimó inaplicables en el presente litigio los textos 1546, 1930 y 1932 del Civil.

En los dos cargos que formula el recurrente, desintegrando la indispensable proposición jurídica, acusa la violación, en el primero, de las referidas normas del Código Civil por falta de aplicación; y en el segundo, de los citados textos del Código de Comercio, por aplicación indebida. Olvidó el casacionista, al proceder así, que para que los cargos tengan virtualidad para quebrar la sentencia de instancia, deben formularse en forma concreta, completa

y exacta, pues en casación no le es dado a la Corte, debido al carácter eminentemente dispositivo del recurso, integrar uno con otro u otros para recrear así una acusación planteada sin acierto.

2^{a)}) Amparada en el principio que proclama la autonomía e independencia de los cargos en casación, ha dicho en efecto la Corte que a ella no le es dado estudiarlos sucesivamente a fin de complementar el uno con otro u otros, conducta que sería contraria al procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, 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 sólo versa sobre parte de las resoluciones de la sentencia, y se hubieren propuesto otros respecto de las demás.

Si la razón en la que el *ad quem* apoyó su deducción de inaplicar en este caso las normas de la acción resolutoria, está en la interpretación que dio a los pertinentes preceptos reguladores de la quiebra, mientras este último juicio del Tribunal no se desvirtúe en el mismo cargo sigue amparado de la presunción de acierto, y, por lo mismo, rechaza la aplicación de los únicos preceptos legales sustanciales que en ese primer cargo se denuncian como violadas. Por otro lado, sin acusar en el segundo cargo quebranto de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, no podría la Corte hacerlos actuar en el litigio, aún en la hipótesis de que la acusación por violación de las normas del Código de Comercio, únicas que en esta segunda censura acusa como infringidas, encontrara prosperidad.

3^{a)}) Pero si con criterio de amplitud la Corte interpretara la demanda en el sentido de aseverar que ella no trae dos cargos sino uno solo, con lo cual desaparecería el defecto de técnica atrás apuntado, por las razones que adelante se expresan tendría que concluir que la censura es ineficaz y que por ende carece de virtualidad para quebrar el fallo combatido. En efecto:

La complejidad de situaciones que en el campo jurídico presenta la cesación de pagos del comerciante es ciertamente cues-

tión que, por no poderse solucionar adecuadamente con aplicación de las reglas del derecho común, ha reclamado siempre tratamiento especial. Y así las legislaciones de la mayoría de los países, considerando, de una parte, la gravedad de las consecuencias que para el comercio trae el incumplimiento de las obligaciones mercantiles; y de otra, la necesidad de proteger los intereses del deudor mismo y los de sus acreedores, han reglamentado positivamente el estatuto de la quiebra.

Entendida pues la quiebra como la situación legal del comerciante que ha sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, para alcanzar su objetivo propio requiere el trámite de un proceso judicial, el que, justamente por su especialidad, presenta características *sui generis* que lo tipifican y bastan por sí solas para diferenciarlas de otros.

4^{a)}) Nota esencial del proceso de quiebra es su carácter eminentemente universal, tanto por su aspecto objetivo como por el subjetivo: tienen que ingresar a él, de un lado, todos los bienes integrantes del patrimonio del deudor (Art. 1961 del C. de Co.); y, de otro, deben ser llamados todos los acreedores del comerciante fallido (Arts. 1973 y ss. *ibidem*).

Para que esta institución concursal logre sus fines no es posible pensar en la existencia de múltiples procesos derivados de la diversidad de las acciones de los varios acreedores, quienes no gozarían de igualdad si la quiebra no implicara una unidad de proceso, así ella dé cabida a una pluralidad de relaciones materiales discutidas y por ende de sujetos. Si la quiebra persigue como resultado final la realización del patrimonio del comerciante fallido, con el claro propósito de satisfacer a todos los acreedores, el principio de la unidad de proceso tiene que tomar aquí todo su imperio.

Como consecuencia, y según se infiere de lo establecido por la ley colombiana (Arts. 1963, 1972 y 1973 a 1980 del C. de Co.), declarada la quiebra a ella deben acudir, para su decisión en la misma sentencia, todas las acciones que teniendo carácter patrimonial se sigan contra el quebrado y aún algunas de las que el Síndico, como tal, deba seguir para reintegrar la masa de la quiebra.

5^{a)}) Como ya está dicho, el derecho de quiebra busca, si no únicamente sí como meta fundamental, la protección de los acreedores, quienes, al declararse la falencia, advienen a quedar unidos por estar asistidos de un interés común cual es la aspiración de que todas las acreencias sean satisfechas en igual forma, proporción y plazos, salvo, eso sí, las que por expresa disposición legal gocen de alguna preferencia. El proceso de quiebra, a diferencia de lo que ocurre con el ejecutivo singular, reúne a todos los acreedores del fallido y mantiene entre ellos la mayor equidad posible, para que todos alcancen a satisfacer sus derechos, en cuanto lo permita el activo patrimonial del comerciante en bancarrota.

Es pues principio fundamental de la quiebra, que se acompaña por lo mismo con los objetivos peculiares de la institución, el que la doctrina universal ha denominado par conditio creditorum, que corresponde a la garantía general de los acreedores a que alude el artículo 2496 del Código Civil.

6^{a)}) La declaratoria del estado de quiebra produce inmediatamente múltiples efectos, relacionados unos con la persona misma del quebrado, otros con sus bienes, y otros más con sus acreedores y los terceros.

De acuerdo con lo estatuido por el artículo 1945,1 del Código de Comercio, las consecuencias del derecho de quiebra en cuanto a la persona del comerciante se traducen principalísicamente en la separación del quebrado "de la administración de sus bienes embargables y su inhabilitación para ejercer el comercio por cuenta propia o ajena". Lo cual resulta apenas obvio, pues para que la quiebra procure el fin perseguido es indispensable mantener el patrimonio del fallido con las seguridades debidas a fin de hacer luego su liquidación y pagos: sin este desasimiento o desapoderamiento, como se llama esa medida, no habría garantía alguna para los acreedores del quebrado.

Siendo pues privado el comerciante de la administración de sus bienes, se impone entonces, justamente en interés de los acreedores, el nombramiento del Síndico, quien, como órgano administrativo de la quiebra, tiene, en general ,el deber de rea-

lizar todas las funciones que sean indispensables para la guarda y administración de tales bienes (Arts. 1953 a 1960 ejusdem).

7^{a)}) Y según lo indica el ordinal 4º del precitado artículo 1945, entre los efectos que la declaración judicial de falencia produce, en relación con los bienes del fallido, está "la formación de la masa de bienes de la quiebra", la que, como universalidad que es según ya se ha dicho, está integrada por todos los bienes embargables del deudor, "actuales y futuros, inclusive los efectos especialmente al pago de determinadas obligaciones (Art. 1961), tengan o no vinculación con la actividad mercantil del quebrado, y cuya administración corre a cargo del Síndico.

Porque si uno de los objetivos de la quiebra es la realización, dentro del mismo procedimiento, de la totalidad de los bienes que integran la prenda general de los acreedores, en procura de solucionar las obligaciones según la prelación de créditos que existe, esa finalidad no se lograría cabalmente sin el surgimiento de la universalidad que se llama masa de la quiebra, la que, de otra parte, elimina la posibilidad de las ejecuciones singulares e impide que cada acreedor pueda individualmente perseguir separadamente los elementos integrantes de ese patrimonio.

A términos de lo establecido por los artículos 1965, 1966 y 1971 de la codificación en comento, la masa de la quiebra no está formada solamente por los bienes que al declararse forman el patrimonio del deudor, sino también, especialmente cuando ello fuere necesario para cubrir la totalidad de los créditos concurrentes, por los que sin embargo de haber salido del patrimonio del fallido en forma maliciosa o fraudulenta, se reincorporan a él como consecuencia de las acciones de reintegración. Es indudable que las acciones de revocación, simulación o disolución de actos jurídicos celebrados por el quebrado no han sido ubicadas al margen de la persecución de los acreedores; y como nada justifica que queden excluidas de la quiebra para evitar perjuicio evidente e injusto a los acreedores la ley impone al Síndico la obligación de instaurarlas, a efecto de que

se tramiten y decidan "como incidente dentro del proceso de quiebra" (Art. 1972).

8a) Mas, así como para que este proceso concursal pueda cumplir sus específicos fines es factible perseguir todos los bienes del fallido, incluso aquéllos que hubieren escapado maliciosamente a la integración de la masa, no menos equitativo resulta la separación de ella de los que, sin pertenecer legalmente al quebrado, equivocadamente se hubieren entregado el Síndico como pertenecientes al deudor en bancarrota.

De ahí que el Código de Comercio, después de indicar en el artículo 1961 genéricamente los bienes que integran la masa de la quiebra, en su artículo 1962 determina taxativamente los que no forman parte de ella. Esta última disposición legal, armonizada con lo que estatuye el 1963 e jusdem, consagra en su fondo el respeto que debe otorgarse a los derechos que los terceros tienen sobre ciertos bienes que se han llevado a la masa de la quiebra; se consagran así las llamadas acciones separadoras, por virtud de las cuales los dueños de bienes que pasaron a manos del Síndico, sin que el quebrado hubiera adquirido sobre ellos la propiedad, logran obtener su restitución.

Para la efectividad de este derecho el Código de Comercio (Art. 1963) establece dos procedimientos a saber: a) por el Síndico directamente, en forma extraprocesal, contando eso si con el concepto favorable "de la junta asesora"; y b) judicialmente, cuando el Síndico no accede a la entrega, por reclamación del tercero ante el mismo juez de la quiebra "quien decidirá previos los trámites de un incidente".

9a) Aplicando los anteriores principios legales y doctrinarios al caso aquí *sub judice*, fuerza es inferir lo siguiente:

a) que el dominio de la oficina Nº 510 del edificio 20-07/18/29 de la ciudad de Manizales, objeto de la compraventa cuya resolución se pretende, ingresó al patrimonio de la sociedad "Sigma Ltda.", desde el 28 de abril de 1969, fecha en la cual se cumplió la tradición por la inscripción de la correspondiente escritura de compraventa;

b) que, por ello, el referido bien es de la exclusiva propiedad de la sociedad demandada desde mucho antes de haberse declarado en quiebra;

c) que, como consecuencia, legítimamente se inventarió dicho bien como integrante de la masa de la quiebra de "Sigma Ltda.", afectándose así el pago de los créditos concursales;

d) que, si el dominio de dicho inmueble corresponde en propiedad al comerciante fallido, no es viable frente a él acción de separación alguna, pues no se trata ciertamente de los supuestos que de acuerdo con el artículo 1962 citado dan lugar a las acciones de exclusión, cuyo trámite y decisión, en caso de ejercitarse, deben serlo como cuestión accesoria dentro del proceso de quiebra; y

e) que, por consiguiente, al pretenderse con el presente proceso ordinario separar o excluir de la masa de la quiebra un bien determinado, sin que haya preferencia o privilegio algunos, la acción resolutoria deducida resulta legalmente improcedente por ser claramente lesiva del interés de los acreedores.

10) Todo lo cual significa, en suma que por chocar bruscamente con los principios de la par conditio creditorum y de la plenitud del proceso, que son esenciales en la quiebra, la acción resolutoria contractual que en frente del comprador fallido instaure el vendedor por el no pago del precio resulta ostensible y legalmente improcedente. O sea, que desde el instante mismo en que la cosa vendida haya pasado en propiedad al comprador, el vendedor no será ya, para el cobro del precio o de parte de éste, sino un acreedor quirografario en la quiebra.

Como lo observa la sentencia impugnada, este es el criterio que en el punto ha acogido la doctrina foránea. En efecto, hablando de los efectos de la quiebra del comprador, el tratadista mejicano Joaquín Rodríguez expresa: "Como sabemos, el principio general en esta materia es que perfeccionado el contrato por el consentimiento de las partes sobre la cosa y el precio, tal contrato es traslativo de dominio, aunque la cosa no se entregue o el precio no se haya pagado, sin más límites que el que deriva del registro del contrato cuando ello es necesario. En consecuencia, la quiebra del comprador no tiene efecto, por regla general, sobre el contrato de compraventa y, por consiguiente, el vendedor podrá conservar el precio pagado y la efectividad del con-

trato, o concurrir a la quiebra para obtener el pago del mismo como un acreedor concursal concurrente, si aquél no lo hubiese ya pagado..." (Derecho Mercantil, T. II, pág. 352, 6^a Edición).

Y Francesco Messineo, hablando de los efectos de la declaración de quiebra en las relaciones jurídicas preexistentes, dice: "En cuanto a los *contratos con prestaciones recíprocas*, perfeccionados antes de la quiebra, si han sido cumplidos por una sola de las partes y si quien ha cumplido es la contraparte no quebrada (el denominado contratante *in bonis*), tiene solamente el derecho de hacer valer el crédito (*quirografario*) frente a la quiebra, insinuándolo en el pasivo de ésta". Y agrega luego que "En la venta obligatoria, si ha quebrado el comprador, el vendedor tiene derecho a cumplir, haciendo valer en el pasivo de la quiebra su crédito; pero el curador puede, por su parte, declarar que se sustituye en el contrato, asumiendo, así la obligación de cumplir *integralmente* la prestación del quebrado" (Derecho Civil y Comercial, T. IV, pág. 304. Edición de 1965).

11) Corolario obligado de todo lo expuesto es el de que no hubo violación, por parte del Tribunal de Manizales, de las normas legales sustanciales cuyo quebran-

to denuncia la censura; y que, como consecuencia, los cargos formulados contra la sentencia de segundo grado han resultado ineficaces.

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 tres (3) de agosto de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario.

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

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

Requisitos para el buen suceso de la acción resolutoria establecida en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil. Interpretación de los contratos por el Juez

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Osipina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de agosto de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario instaurado por la Compañía de Jesús contra el Municipio de Barranquilla.

Antecedentes

I. Por libelo presentado el 23 de junio de 1977, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Décimo Civil del Circuito, solicitó la mencionada Compañía que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la Compañía de Jesús y el Municipio demandado, por medio del cual aquélla transfirió a éste el derecho de dominio sobre un bien raíz.

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se condene a la entidad demandada a pagarle a la Compañía demandante los perjuicios causados.

c) Que se disponga la cancelación de los gravámenes y limitaciones que afecten el inmueble.

II. Como presupuestos de hecho de la pretensión, refiere la libelista los que a continuación se resumen:

a) Por Escritura Pública N° 1529 de 3 de septiembre de 1964 de la Notaría Primera de Barranquilla, debidamente registrada, la Compañía de Jesús transfirió al Municipio de Barranquilla el derecho de dominio sobre el siguiente inmueble: "Edificio situado en la calle 39 N° 38-53, junto con el solar que lo contiene cuyos linderos y medidas son los siguientes: Norte, linda en una extensión de 48.90 mts., con la Iglesia de San José y con una extensión de 9.50 mts., con la casa cural de la misma Iglesia; Sur, linda con la carrera 38 y mide 58.62 mts.; Este, linda con la calle 39, y mide 74.50 mts.; Oeste, linda en una extensión de 49.60 mts. con la calle 40 en una extensión de 19.00 mts. con la casa cural de San José".

b) Como precio del inmueble se acordó la suma de \$ 1.595.000.00, que el Municipio comprador se comprometió a pagar así: "la suma de \$ 1.267.042.33, mediante 224 cuotas mensuales de \$ 12.000.00 cada una, que incluían los respectivos intereses; y el resto, o sea la suma de \$ 327.957.67, pagadero mediante libranzas".

c) La entidad demandada no ha pagado el precio en la forma pactada, pues se encuentra en mora desde el mes de junio de 1970, ya que a partir de esta fecha ha dejado de cumplir con la obligación de cancelar las cuotas mensuales de \$ 12.000.00, tal como lo pone de presente el certificado número 012 de 8 de junio de 1977, expedido por la Contraloría Municipal de Barranquilla.

d) Por su parte, la Compañía de Jesús cumplió con todas las obligaciones de su

cargo, derivadas del aludido contrato de compraventa.

III. Enterado el Municipio demandado de las pretensiones de la parte demandante, aquél resolvió asumir una posición eminentemente pasiva, pues ni contestó la demanda, ni pidió pruebas, ni alegó en la primera instancia.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 12 de diciembre de 1977, la que resultó ser favorable a la parte demandante, pues mediante ella se dispuso lo siguiente:

"PRIMERO. DECLARASE resuelto el contrato de compraventa celebrado entre la Compañía de Jesús como vendedora y el Municipio de Barranquilla como comprador por medio de la Escritura Pública Nº 1529 de 3 de septiembre de 1964, corrida en la Notaría Primera de este Circuito por medio de la cual la entidad demandante, a saber la COMPAÑIA DE JESUS transfirió a la entidad demandada, MUNICIPIO DE BARRANQUILLA el derecho de dominio y posesión sobre el siguiente inmueble: 'El edificio situado en la calle 39 Nº 38-63, junto con el solar que lo contiene cuyos linderos y medidas son los siguientes: Norte, linda en una extensión de 48.90 mts., con la Iglesia de San José y con una extensión de 9.50 mts., con la casa cural de la misma Iglesia; SUR, linda con la carrera 38 y mide 58.62 mts.; ESTE, linda con la calle 39, y mide 74.50 mts.; OESTE, linda en una extensión de 49.60 mts. con la calle 40 en una extensión de 19.00 mts. con la casa cural de San José'.

"SEGUNDO. CONDENASE en abstracto al MUNICIPIO DE BARRANQUILLA a pagar a la COMPAÑIA DE JESUS los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato de venta contenido en la Escritura Pública Nº 1529 de 3 de septiembre de 1964 de la Notaría Primera de este Circuito a que se hizo referencia en el punto primero de la parte resolutiva de esta sentencia.

"TERCERO. ORDENASE la cancelación de los gravámenes y limitaciones que afecten en la actualidad el referido inmueble. Librense los correspondientes oficios.

"CUARTO. ORDENASE la cancelación de la inscripción de la demanda. Comuníquese esta ordenación al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

"QUINTO. ORDENASE a la entidad demandada MUNICIPIO DE BARRANQUILLA que haga entrega del inmueble descrito en el punto 1º de esta sentencia a la entidad demandante COMPAÑIA DE JESUS, dentro del término de veinte (20) días, contados a partir del siguiente de ejecutoriada la presente sentencia".

V. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con sentencia de 9 de agosto de 1978, mediante la cual se revocó la impugnada y en su lugar se declaró "probada la excepción de petición antes de tiempo". Contra esta decisión interpuso la parte demandante el recurso extraordinario de casación, que por estar sustanciado procede la Corte a resolverlo.

La sentencia impugnada

El Tribunal, en una lacónica sentencia, todo lo que afirma en su parte considerativa, es lo siguiente:

a) Que de la armonía de los artículos 1545 y 1930 del Código Civil, "se tiene que propiamente el Municipio comprador podría estar en mora de pagar las cuotas debidas si hubiera sido requerido previamente, pero no en la totalidad del precio, porque éste fue convenido a largo plazo, y en el texto del contrato no aparece cláusula alguna relativa a la sanción por el incumplimiento del pago de cuotas, y como consecuencia, la solicitud de la resolución del contrato de venta";

b) Que como se observa, en el contrato de venta a que se refiere la demanda, "no puede entenderse que implicitamente conlleva la condición resolutoria que previene el artículo 1546 del Código Civil, desde luego que se trata de un precio pagadero a largo plazo, y según dicho contrato, las cuotas periódicas serán pagadas hasta el año de 1982, o sea que no se puede hacer hincapié en la exigibilidad del precio del contrato sino de las cuotas; tal es la interpretación que procede del acto contractual en los términos del artículo 1618 del Código Civil";

c) Que "en realidad de verdad, el contrato en mención no sólo comporta cumplimiento de obligaciones a plazo o de trato sucesivo, sino también indica cierta mo-

dalidad en el pago periódico del precio, y que, según el artículo 1542 de la obra antes citada, prohíbe exigir el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición total;

"Pero no solo se puede llegar a tal conclusión, sino que es menester considerar que el artículo 1930 del Código Civil, reglamentario de la venta, entre otras disposiciones, preceptúa que para optar el vendedor por la exigibilidad del precio o la resolución del contrato, deberá constituirse el comprador en mora de pagar dicho precio en el lugar y tiempo dichos, mediante requerimiento previo o sea en diligencia extraprocesal o en la oportunidad probatoria.

"En los autos no consta el diligenciamiento del requerimiento judicial, sino una relación de cuotas de lo que debe el Municipio de Barranquilla, (folio 10) pero ello no indica que es requerimiento o cobro de los saldos pendientes y que dicha entidad municipal no quiera pagar a la Compañía de Jesús lo que adeuda.

"Por supuesto que la consideración precedente se refiere a la exigibilidad del pago de las cuotas debidas, mas no del precio porque éste fue pactado a largo plazo y que vence el 3 de agosto de 1982 con la última cuota que tenga pendiente el deudor para su pago.

"En sentir de la Sala, la acción resolutoria del contrato de venta *sub judice* no puede prosperar porque habiéndose convenido bilateralmente un plazo largo para cubrir la obligación, el precio no es exigible sino con posterioridad al 3 de agosto de 1982; y por tanto, no es aplicable el artículo 1930 del Código Civil ni menos podrá presumirse la resolución del contrato conforme al mandato contenido en el artículo 1546 *ibidem*. Más aún, no hubo requerimiento previo para el pago de las cuotas y, desde este punto de vista, tampoco podrá exigirse el cumplimiento de la obligación a plazo, porque se violaría la regla prevenida en el artículo 1553 del Código Civil".

d) Que, por otra parte, el pago de las sumas a que el municipio se ha obligado, quedaron subordinados a las aprobaciones presupuestales, según se desprende de la cláusula quinta de la escritura de venta. Por tanto, era deber de la entidad demandante

dante requerir al Municipio para que diera cumplimiento a lo estipulado en la cláusula quinta. Como no hay prueba del mencionado requerimiento, se encuentra "probada la excepción de fondo *non adimplenti contractus* alegada por el apoderado del Municipio de Barranquilla";

La impugnación

Dentro del marco de la causal primera de casación, tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se despachará el segundo, por estar llamado a prosperar.

Cargo segundo

Por éste denuncia quebranto de los artículos 1535 inciso 1º, 1806 numeral 1º, 1929, 1930, 1932 del Código Civil, por falta de aplicación, 1542, 1546, 1553, 1608 numeral 1º segunda parte, 1609 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Como elementos de convicción desacertadamente apreciados por el sentenciador *ad quem*, señala el recurrente estos: a) la Escritura Pública Nº 1529 de 3 de septiembre de 1954 de la Notaría Primera del Circulo de Barranquilla; b) el certificado de fecha 8 de junio de 1977, expedido por el Contralor Municipal de Barranquilla; y, c) la falta de contestación de la demanda.

En el desenvolvimiento del cargo, el censor le achaca al Tribunal los yerros siguientes:

a) El primer error en que incurrió el sentenciador *ad quem* consiste en la interpretación que hizo del contrato de compraventa celebrado entre los litigantes al afirmar que "solo hay mora del comprador a partir del 3 de agosto de 1982 'toda vez que en el contrato no aparece cláusula alguna relativa a la sanción por el incumplimiento del pago de cuotas' y entender que la mora en el pago de las cuotas no es de la entidad suficiente para ameritar el éxito de la pretensión resolutoria".

El notorio desacuerdo en que incurrió el Tribunal en la interpretación del contrato de compraventa se pone de manifiesto con la simple lectura de la cláusula tercera contentiva del precio acordado, en donde

se expresa "que no se pagó de contado, si no por el contrario se pactó por instalamientos en la forma y términos allí expresados". Con todo, el juzgador de segundo grado deduce que "la mora en el pago de uno o varios contados no comporta mora en el pago del precio", porque erradamente sostiene que "ésta tan sólo se produce al final del último plazo, para colegir de allí que por el momento no hay mora en el pago del precio, puesto que como no ha vencido todo, no tiene cabida la pretensión resolutoria".

El error resulta más protuberante cuando el Tribunal sostiene que la pretensión de resolución del contrato está condenada al fracaso por cuanto no aparece en el contrato "cláusula alguna relativa a la sanción por incumplimiento del pago de cuotas", ni ve en la convención y específicamente en la cláusula tercera, la existencia de la condición resolutoria. Y, para abundar en su desacuerdo, el sentenciador concluye que "como puede verse, propiamente el contrato de venta del inmueble a que se refiere la demanda, no puede entenderse que implícitamente conlleva la condición resolutoria que previene el Art. 1546 del Código Civil". Este yerro fáctico es tan palmar como lo sería el que cometería un sentenciador que frente a un pacto comisorio plasmado en el contrato, lo desconociere; o el que cometería si frente a una renuncia expresa de la acción resolutoria por parte del vendedor, la pronunciare".

b) También erró el sentenciador de segundo grado en la apreciación del certificado de la Contraloría Municipal, por cuanto mediante dicha prueba se acredita plenamente la mora del deudor demandado en el cumplimiento de la obligación de pagar el precio. Y yerra, además, cuando interpretando la cláusula quinta del contrato considera que corre de cargo del acreedor "la obligación de urgir diariamente a su deudor para que se afane a conseguir los medios económicos necesarios para el pago, cuando llegue la fecha de este. El deudor sabe que debe y es de su personal resorte arbitrar los fondos".

c) También yerra de hecho el Tribunal al no ver en la falta de contestación de la demanda una prueba que existe en contra del demandado.

d) Después de insistir el censor en los yerros cometidos por el *ad quem* expresa que recapitulando, "se puede afirmar a guisa de conclusión: que el Tribunal, al equivocarse en la interpretación del contrato y entender que para que hubiere mora con entidad para soportar la pretensión resolutoria era necesario no solo que llegara el año de 1982 con el crédito insoluto sino que en esa época se hiciera reconvencción tanto para que incluyeran las cifras en el presupuesto como para que el Municipio pagare, transitó un camino que no ha debido seguir y que lo condujo a las violaciones denunciadas".

e) Por último, el recurrente enuncia los medios de convicción aportados al proceso e indebidamente apreciados por el Tribunal y de ellos infiere que los presupuestos axiológicos de la pretensión gozan de respaldo probatorio, pues el demandante cumplió al entregar el bien a su comprador; el demandado incumplió al no pagar el precio en el tiempo acordado; y, el contrato es de linaje bilateral.

Se considera

1. Como criterio general establece el artículo 1501 del Código Civil que en todo contrato distinguen cosas que son de su esencia, de su naturaleza y puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas cuya falta hace que el contrato no produzca efecto alguno o degenera en otra convención. Son de su naturaleza las que no siendo esenciales en él, se subentienden pertenecerle, o sea, no requieren de cláusula especial porque en este punto la ley suple la voluntad de las partes. Son cosas accidentales en el contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

2. Aunque lo común en los contratos es que las obligaciones sean puras y simples, y por ende, produzcan efectos inmediatos, el principio de la libertad de contratación faculta a las partes para que en el ajuste de la convención sometan a modalidades sus obligaciones, o sea, las sujeten a condición, plazo o modo. La condición es un hecho futuro o incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho (Art. 1530 del C. C.). El plazo según la

noción legal, "es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación" (Art. 1551 C. C.). El modo, del cual no existe definición legal, en términos generales consiste en darle algo a una persona con el objeto de que lo aplique a un fin especial (Art. 1147 del C. C.).

3. Haciendo una incursión a las obligaciones condicionales, se tiene que éstas, según el artículo 1536 del Código Civil, se clasifican en suspensivas y resolutorias. Las primeras suspenden el nacimiento del derecho; las segundas, son aquéllas por cuyo cumplimiento se extingue el derecho. Asimismo las obligaciones condicionales pueden ser expresas o tácitas, según se requiera o no de estipulación.

Ahora bien, la clasificación de las obligaciones condicionales en expresas y tácitas, donde mayor importancia y aplicación práctica reviste es en la condición resolutoria, como quiera que la doctrina, atendiendo a su establecimiento expreso en los contratos o a subentenderla en ellos, distingue tres clases de condiciones resolutorias: condición resolutoria ordinaria, pacto comisorio y condición resolutoria tácita. Las dos primeras son objeto de estipulación en el contrato, no así la última que se encuentra implícita en los bilaterales y consiste en el hecho futuro e incierto de que una de las partes no cumpla lo pactado, pues en tal caso podrá la otra parte elegir entre el cumplimiento o la resolución de la convención (Art. 1546 del C. C.).

4. *Al participar el contrato de compraventa de la estirpe de los contratos bilaterales, en dicho negocio jurídico va implícita la condición resolutoria tácita, por lo que el fenómeno del incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le incumben, coloca a la otra en la posición de poder solicitar la resolución de la convención de compraventa, bien con apoyo en el artículo 1546 del Código Civil, que es una norma de índole general, ora con respaldo en las normas especiales que regulan la resolución del contrato de compraventa, concretamente, el artículo 1930, en cuanto dispone que "si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios".*

5. *Empero, para el buen suceso de la acción resolutoria establecida en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, se requiere que el deudor demandado se encuentre en mora de cumplir con sus obligaciones. Y está en mora, según la Ley, en los eventos siguientes: a) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; b) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, c) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido (Art. 1608 del C. C.).*

6. *Ahora bien, por la multiplicidad de propósitos comerciales, por carecer las partes de conocimientos jurídicos y, por otros factores, es común que las estipulaciones de una convención no vengan revestidas de la precisión y claridad deseadas. Por consiguiente, si se controvierte judicialmente por los contratantes las cláusulas de un negocio jurídico y la manera y el tiempo dentro del cual deban cumplirse, le corresponde entonces al sentenciador desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad consignadas en el contrato, para lo cual bien puede acudir al conjunto de reglas que en materia de hemenéutica de las convenciones ha establecido la legislación civil, tales como la que indaga el sentido y alcance a través de la intención de las partes (Art. 1618 del C. C.), o la que hace primar el sentido efectivo al ineffectivo de las cláusulas (1620 del C. C.), o la que va orientada a precisar las cláusulas en relación con la naturaleza del contrato (Art. 1621 del C. C.), o la que establece la apreciación armónica o de conjunto de las cláusulas (Art. 1622 del C. C.), o la que versa sobre la interpretación por la aplicación práctica que de las cláusulas hayan hecho las partes (Art. 1622 del C. C.).*

7. *Todas estas reglas auxiliares de interpretación, van destinadas a facilitarle al juzgador su delicada y muchas veces compleja y difícil tarea de esclarecer y determinar el recto sentido y alcance de las declaraciones de voluntad consignadas en una convención, que en no pocas veces no son un modelo de claridad y precisión sino, por el contrario, un pacto abstruso o*

de difícil inteligencia. Con todo, por complicada que se presente la convención, no puede sustraerse a su augusta misión interpretativa, labor en la cual, en procura de hacer claridad, puede desviarse de la intención de los contratantes, dando con ello lugar a la adulteración de la voluntad contractual y, por ende, al yerro de hecho en la interpretación de la convención. Se repite que la deficiente expresión de las declaraciones consignadas en un contrato autoriza al fallador para indagar la recta intención de los contratantes, pero no para modificar la convención, ni para desfigurar o contradecir el querer de las partes, ni para modificar plazos, ni para exigir estipulaciones que la ley las subentienda.

En este punto ha sostenido la doctrina de la Corte "que la operación interpretativa de contratos parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es tricionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él" (Cas. Civ. 21 de agosto de 1971 T. CXXXIX, pág. 131). Además, no puede perderse de vista que el juzgador, en materia de plazos sólo debe interpretar el concebido en términos vagos u oscuros sobre cuya inteligencia y aplicación discordan las partes (Art. 1551 C. C.).

8. En la especie de esta *litis*, las partes celebraron el contrato de compraventa de un bien raiz, de que da cuenta la Escritura Pública 1529 de 3 de septiembre de 1964, de la Notaría Primera del Circulo de Barranquilla y sus cláusulas exteriorizan lo siguiente: 1^{a)} La compañía de Jesús dio en venta al Municipio de Barranquilla el bien inmueble que allí se describe y se pactó como precio la suma de \$ 1.895.000. 00; 2^{a)} El precio dicho se pagaría, según la cláusula tercera, así: "La cantidad de un millón doscientos sesenta y siete mil cuarenta y dos pesos con treinta y tres centavos (\$ 1.267.042.33) moneda corriente, que representa la deuda que tiene contraída la Compañía de Jesús con el Banco Central Hipotecario, conforme a certificado expedido por dicho Banco con fecha veintinueve (29) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), en doscientas veinti-

cuatro (224) cuotas mensuales de doce mil pesos (\$ 12.000.00) cada una, según lo dispuesto en el Artículo Tercero (3º) del Acuerdo número veintinueve (29) de mil novecientos sesenta y tres (1963), diciembre veinte (20). Es entendido que en esta cuota de doce mil pesos (\$ 12.000.00) mensuales, está comprendido el valor de la amortización gradual, y los intereses causados por la financiación de la deuda, y el resto del precio, o sea la cantidad de trescientos veintisiete mil novecientos cincuenta y siete pesos con sesenta y siete centavos (\$ 327.957. 67) de la siguiente manera: doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000.00) equivalente a la cuota inicial, suma esta que declara la entidad vendedora haber recibido a entera satisfacción en cinco (5) libranzas números treinta (30) a treinta y cuatro (34) por valor de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) cada una, y la suma de sententa y siete mil novecientos cincuenta y siete pesos con sesenta y siete centavos (\$ 77.957.67) en cuatro (4) libranzas con plazo de treinta (30), sesenta (60), noventa (90) y ciento veinte (120) días a partir de la fecha del registro de esta escritura, por valor de diecinueve mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con cuarenta y dos centavos (\$ 19.489.42) cada una"; 3^{a)} El pago de las sumas de dinero contraídas por el municipio, quedan subordinadas a las aprobaciones presupuestales y acuerdos sobre ordenación de gastos; 4^{a)} En las cláusulas restantes se indicó la forma como la Compañía vendedora adquirió el bien raíz, la manifestación de que éste se encuentra libre de gravámenes y de que saldrá al saneamiento.

El contrato de compraventa, así celebrado, tuvo un principio de ejecución en cuanto al pago de las 224 cuotas mensuales cada una por un valor de \$ 12.000.00 porque según certificación expedida el 6 de junio de 1977 por la Contraloría Municipal de Barranquilla y por el Departamento de Contabilidad de la misma dependencia y, así lo acepta la demandante, sólo se adeudan las cuotas mensuales a partir del mes de junio de 1970, pues en lo pertinente el mencionado certificado expresa:

"Que el saldo de la deuda contraída con la compañía de Jesús por el Municipio de Barranquilla en concepto de compra de

inmuebles, hasta el mes de mayo próximo pasado de la presente vigencia, es como sigue:

"Por cuotas de: Jun. - Dic./70 \$ 84.000.00
 Por cuotas de: Ene. - Dic./71 \$ 144.000.00
 Por cuotas de: Ene. - Dic./72 \$ 144.000.00
 Por cuotas de: Ene. - Dic./73 \$ 144.000.00
 Por cuotas de: Mar. - Sep./74 \$ 84.000.00
 Por cuotas de: Ene. - Dic./75 \$ 144.000.00
 Por cuotas de: Ene. - Dic./76 \$ 144.000.00
 Por cuotas de: Ene. - May./77 \$ 60.000.00

T O T A L \$ 948.000.00

"Que el saldo total por pagar asciende a la suma de: 1'692.000.00, el cual vencerá en agosto 3 de 1982".

Obra en el proceso otra certificación expedida por la misma dependencia oficial, en la cual se repiten los datos anteriores y se extiende la manifestación de que el saldo de la deuda a cargo del Municipio de Barranquilla, de junio de 1970 a diciembre de 1977, era de \$ 1.032.000.00 y que el monto total para pagar asciende a \$ 1.692.000.00, "el cual vencerá en agosto 3 de 1982".

9. De lo anterior se desprende: a) que la suma de \$ 1.267.042.33 se cancelaría en instalamientos, concretamente en 224 cuotas mensuales de \$ 12.000.00 cada una, advirtiéndose "que en esta cuota de doce mil pesos mensuales está comprendido el valor de la amortización gradual y los intereses causados por la financiación de la deuda"; b) que el Municipio adeuda a la Compañía de Jesús del mes de junio de 1970 a mayo de 1977, la suma de \$ 948.000.00, o sea, 79 cuotas mensuales, por valor de \$ 12.000.00 cada una; c) que el contrato ha tenido un principio de ejecución, como quiera que el Municipio deudor canceló algunas cuotas mensuales; d) que a partir del mes de junio de 1970, el Municipio no volvió a pagarle a la Compañía de Jesús las cuotas mensuales por el monto dicho, salvo algunas correspondientes al año de 1974; e) que, de todos modos, el Municipio se obligó a pagar determinada cantidad en cuotas mensuales de \$ 12.000.00 cada una y se encuentra en mora de cumplir con dicha obligación a partir del mes de junio de 1970; f) que el pago de la deuda de que se viene hablando se con-

vino en 224 cuotas mensuales de \$ 12.000.00 cada una y, por consiguiente, la obligación debe cumplirse así, que es la forma pactada, y no como lo entendió el Tribunal, al ubicar el vencimiento de las *cuotas mensuales* el 3 de agosto de 1982.

10. Viene de lo dicho que el Tribunal cayó en falencia en la interpretación del contrato de compraventa al considerar que el precio pactado sólo era exigible con posterioridad al 3 de agosto de 1982. Erró igualmente cuando afirmó, al interpretar el contrato, que siendo exigibles por el acreedor las cuotas mensuales pero no al precio del contrato que "vence el 3 de agosto con la última cuota", no era procedente la acción resolutoria consagrada en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil. Y más protuberante resulta el yerro de hecho, en la interpretación de la convención, cuando sostiene que la acción de resolución no se abre paso, porque "en el texto del contrato no aparece cláusula alguna relativa a la sanción por el incumplimiento del pago de las cuotas". Yerra además el Tribunal cuando condiciona el buen suceso de la acción resolutoria al requerimiento judicial, no obstante fundarse tal acción en el incumplimiento de obligaciones a plazo.

Por consiguiente, con motivo de los anteriores yerros cometidos por el sentenciador de segundo grado y que la censura le achaca, quebrantó las normas sustanciales indicadas en la misma, razón por la cual se impone casar la sentencia y proceder la Corte, como Tribunal de instancia a pronunciar el fallo de reemplazo.

Sentencia sustitutiva

1. Cuando en un contrato bilateral, como el de compraventa, el comprador no cumple con la obligación de pagar el precio en el lugar y tiempo pactados, puede el vendedor exigir el cumplimiento del contrato, que se traduce en el derecho de exigir el precio, o la resolución de la venta, con la consiguiente indemnización de perjuicios (Arts. 1545 y 1930 del C. C.).

2. En el despacho, al cual remite la Corte, se puso de presente que el demandante cumplió con las obligaciones de su cargo; que el demandado incumplió con las que le correspondían; y que el contrato es de

linaje bilateral. De suerte que la pretensión de resolución está llamada a prosperar.

3. Como con motivo de los efectos propios de la resolución del contrato de compraventa, las cosas deben regresar al estado anterior, y como la Compañía vendedora recibió parte del precio, habrá de condéñarsela a restituir al Municipio demandando el monto del precio pagado por éste a aquéllea.

4. Lo dicho es suficiente para concluir que la sentencia de primer grado debe confirmarse, con la adición consistente en condenar a la comunidad demandante a que le restituya al Municipio demandado lo que éste hubiere pagado a aquéllea con motivo del contrato de compraventa materia del litigio.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la Ley, CASA la sentencia de 9 de agosto de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y, actuando como Tribunal de instancia, confirma la sentencia de 12 de diciembre de 1977, con la siguiente adición: Se condena a la comunidad demandante a restituir al municipio demandado lo que éste hubiere pagado a aquéllea con motivo del contrato de compraventa que aquí se resuelve:

No hay lugar a condena en costas en la segunda instancia, ni en el recurso de casación (Arts. 392 num. 1º y 375 C. P. C.).

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

FILIACION NATURAL Y ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Concepto sobre interpretación de las leyes atinentes al hijo natural. Acción de simulación frente al contrato de venta de bienes herenciales

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1º de agosto de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en este proceso de investigación de paternidad, suscitado por Orlando Porto Campo frente a los herederos de Ismael Porto Moreno y su cónyuge.

I

El litigio

1. En demanda reformada, admitida mediante auto del 17 de octubre de 1974, dictado por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cartagena, Orlando Porto Campo convocó a proceso ordinario a Margarita Calvo viuda de Porto, en su calidad de cónyuge *superstite* de Ismael Porto, y a las herederas de éste, Judith y Evelia Porto, sus hijas legítimas, para que se declarase que el demandante es hijo natural de Ismael y, como tal, tiene derecho a sucederlo, por lo que las demandadas deben restituirle, pues la están poseyendo, su cuota en los bienes que componen el acervo hereditario de aquél, es decir, su legítima efectiva, con los frutos civiles y naturales; para que se declare "que es nula de nulidad absoluta, por desconocer la legítima rigurosa de mi mandante y, subsidiariamente, inexistente, por simulación, la venta contenida en la Escritura N° 1088 de 21 de

julio de 1971 de la Notaría Primera de esta ciudad, por medio de la cual el finado Ismael Porto Moreno y la cónyuge Margarita Calvo de Porto, venden a Judith Porto Calvo y a Evelia Porto Calvo, todos los bienes que se expresan seguidamente:

"....."

Finalmente solicitó el demandante que se declare nulo el registro de la escritura pública citada.

2. Como hechos sustentatorios de las pretensiones, expuso que en los años 1923 y 1924, Ismael Porto tuvo relaciones sexuales, notorias y estables, con Angela Campo, de las que fue fruto el demandante; que Ismael Porto proveyó siempre a la subsistencia de éste, lo reconoció públicamente como hijo natural suyo, sufragó los gastos de su educación en el Colegio Fernández Baena y pagó el valor de su alojamiento y alimentación mientras cursó el bachillerato; que los deudos y vecinos, a virtud del tratamiento que Ismael dio siempre a Orlando, reputaron a éste como hijo de aquél; que Ismael murió el 20 de septiembre de 1972 y que su proceso de sucesión se adelanta ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena, con intervención de Judith y Evelia Porto, sus hijas, quienes fueron reconocidas como sus herederas y de Margarita Calvo viuda de Porto, cónyuge sobreviviente. Expresó además el demandante, que un año antes de su muerte, Ismael Porto y su esposa Margarita, con el fin de burlar los derechos del hijo natural, por medio de la Escritura N° 1088, pasada ante el Notario 1º de Cartagena el 21 de julio de 1971, dijeron vender a sus dos hijas legítimas los 15 valiosos inmuebles allí singularizados, pero que realmen-

te, pues no tuvo ánimo de vender, les hizo enajenación gratuita.

3. Con oposición de las demandadas se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia absolutoria del 7 de marzo de 1977, la que, por haber sido apelada, fue confirmada luego por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la suya calendada el 1º de agosto último, fallo que es ahora objeto del recurso de casación interpuesto por el demandante.

II

Fundamentos de la decisión del Tribunal

Con apoyo en el resumen que hace de lo dicho por los declarantes Tiberio Trespalacios, José Egel Chaibán, José Sahel Porto, Hernando Alvarez Lozano, Purificación González, Julio César Olivo, Rafael Enrique Polo, Pedro Mario Zapateiro, Genoveva Morales, Luis Mufarrij, Antonio Acuña, Gilberto Núñez, Eliseo Barrios, Carina Llerena, Uriel López, Joaquín Villarreal, Ayda Díaz y Gabriel Tafur, el Tribunal concluye que no hay prueba plena de que, en la época en que fue concebido el demandante Orlando Porto Ocampo, su madre, Angela Campo, hubiera tenido relaciones sexuales con Ismael Porto Moreno. El fallador agrega que, en cuanto a la posesión notoria del estado civil de hijo natural, de la prueba testimonial "no se logra establecer como lo demanda la ley, que evidentemente, Orlando Porto Campo haya sido presentado por su presunto padre a sus amigos y relacionados como su hijo natural y que haya proveido a su subsistencia pagando igualmente los gastos de educación que demandaba este último".

Enseguida analiza uno a uno los testimonios para afirmar que "ninguna conclusión desde el punto de vista probatorio se obtiene de los testimonios de Tiberio Trespalacios y José Egel Chaibán, no obstante afirmar este último que en una ocasión el doctor Porto Moreno le preguntó por su "pelao" que era estudiante y que todo el mundo afirmaba que era hijo de este último, sabiendo este testigo que el padre de Orlando Porto era el galeno men-

cionado porque el primero de los nombrados así lo afirmaba". Después asevera que el testimonio de José Sahel Porto carece de valor porque inició proceso de filiación natural contra Ismael Porto, pretensión que no le prosperó, y que ninguno de los declarantes Hernando Alvarez, Purificación González, Julio César Olivo, Rafael Polo y Luis Mufarrit "afirma de manera categórica que el demandante era hijo natural, del doctor Ismael Porto Moreno y que este último lo trataba como hijo natural, presentándolo a sus amistades y teniendo a su cargo los gastos que demandaba la educación y el sostenimiento de Porto Campo; solamente el testigo Julio Olivo hace referencia a presuntas relaciones sexuales entre quien se dice es el padre natural de Porto Campo y Angela Campo, situándolas en su comienzo en el año de 1920 o 1922, por haber nacido Orlando en el año de 1924".

Más adelante manifiesta el Tribunal que "es innegable, como lo anota el inferior, que el testimonio de Genoveva Morales Alcalá, es el que más consistencia probatoria ofrece para el objetivo del presente proceso, ya que esta declarante afirma que Orlando Porto Campo fue llevado por el doctor Porto Moreno a la pensión de la depomenta cuando iba a cursar el bachillerato, pensión que pagaba el doctor Porto Moreno, quien recomendó a su presunto hijo natural a la testigo para que estuviera pendiente de sus estudios y el propio doctor Porto pagaba igualmente el lavado de ropa, pero se advierte que cuando fue contraintervrogada por el doctor Antonio De la Vega, incurrió en confusiones con respecto a algunas fechas como se desprende del análisis íntegro de su testimonio".

De lo expuesto deduce el Tribunal que no está demostrada la causal de relaciones sexuales.

Añade que la partida de nacimiento de Orlando, que obra a folios 27 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, y en la que se dice que es hijo de Ismael Porto y Angela Campo, no puede tenerse en cuenta, pues no fue presentada con la demanda ni está suscrita por el presunto padre.

Aggrega que al terminar el estudio de los testigos presentados por el demandante se concluye que "éstos carecen de la consistencia probatoria que demanda la ley en estos casos y en parte alguna prueban (Ley 75 de 1968 Art. 6º ordinarios 4º, 5º y 6º) que el doctor Ismael Porto Moreno haya tratado a Orlando Porto Campo como su hijo natural, proveyendo a su educación, subsistencia y establecimiento presentándolo a sus amigos y relacionados en la forma que la propia ley demanda".

Este aparte del fallo cierra diciendo que ni existe el conjunto de testimonios fidedignos que para probar la posesión notoria exige el Art. 399 del Código Civil, ni se demostró que los actos de la posesión hubieran durado por cinco años continuos.

Luego pasa el Tribunal al análisis de los testigos presentados por las demandadas, de los cuales tres, al menos, declaran que a Ismael Porto, fuera de su legítima mujer, le conocieron otras con quienes hacía vida marital, entre las que se cuentan Cristina Arellano, Brunilda Devoz y Narcisa Manjarrés, pero que como tal no conciernen a Angela Campo. Sobre aquellos testimonios, el Tribunal expresa: "independientemente de los testimonios que fueron tachados por la parte demandante por sospechosos en razón a la dependencia económica que tenían uno con el doctor Ismael Porto Moreno y el otro con la señora Judith Porto de González, hija legítima del anterior, todos los demás son enfáticos en declarar que únicamente conocieron a Evelia Porto de Mejía y a Judith Porto de González como hijas legítimas del finado doctor Porto Moreno, expresando igualmente que no conocen a la señora Angela Campo, quien se dice es la madre natural del demandante Orlando Porto Campo; estos testimonios ofrecen serios motivos de credibilidad en razón a la claridad de los mismos y sin que se deduzca contradicción o vaguedad en su exposición, ya que todos en forma uniforme coinciden en sus afirmaciones de no haber conocido ningún hijo natural del doctor Porto Moreno ni este último en alguna ocasión presentó a quienes depusieron a persona alguna que tuviera aquella calidad".

III

La demanda de casación

Cargo único formula el recurrente contra el fallo del *ad quem*, apoyándolo en la causal primera y haciéndolo consistir en violación indirecta, "por falta de aplicación, de los artículos 5º-6º y 9º de la Ley 75 de 1968, 6º de la 45 de 1936 y 1321 a 1326 y 1766 del C. C., debido a errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas aportadas al proceso, con violación medio de los preceptos 187, 219 y 250 del Código de Procedimiento Civil".

Dice el recurrente que no atacará la conclusión del Tribunal relativa a que no se probó la causal de relaciones sexuales, pero que, en cambio, dirigirá todo su ataque para hacer ver que la otra causal: la de posesión notoria, aparece de bulto y que, del mismo modo, está acreditada la simulación que contiene la Escritura 1088 arriba citada, por medio de la cual Ismael Porto y su esposa dijeron vender a sus dos hijas legítimas 15 inmuebles en la suma de \$800.000.00, siendo que para entonces tenían un valor catastral de \$ 3'371.560 y uno comercial de \$ 14'850.000.00, que para el 8 de junio de 1976 (fecha en que se rindió el dictamen) era de \$ 23'600.000.00.

Luego, acogiendo doctrina de la Corte, que transcribe, expresa el censor que la ley, para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo natural, no exige, como si lo requiere en tratándose de la del hijo legítimo, que el presunto padre haga presentación del hijo a sus deudos y vecinos. Precisa, no obstante, que si se demuestra que el progenitor demandado presentaba como hijo suyo al demandante, tal episodio tendría valor corroborante de la posesión, pues si bien no constituye su prueba, indirectamente coadyuva a la formación del convencimiento acerca de esa posesión notoria. Añade que cuando el artículo 399 del Código Civil expresa que la posesión dicha ha de acreditarse por un conjunto de testimonios fidedignos, no debe entenderse que sólo sea admisible la prueba de testigos, pues todo medio legal susceptible de dar fe de los hechos que constituyen ese estado civil, ha de entenderse como testimonio según doctrina de la Corte que se apoya en la conocida tesis

de Claro Soler, más hoy cuando se implantó el sistema de la sana crítica probatoria y se dejó de lado el rígido de la tarifa legal frente al cual predominaba el principio romano de *testis unus testis nullus*.

Después de hacer el resumen de cada una de las pruebas aportadas por las partes, entra el censor a criticar la sentencia recurrida, en primer término, porque demerita la prueba testimonial, porque no todos los testigos expresan que Ismael Porto presentaba a Orlando en calidad de hijo, siendo que la ley, contrariamente a lo sostenido por el *ad quem*, no exige tal requisito en tratándose de la posesión notoria del hijo natural. Enseguida puntualiza los errores fácticos que endilga al Tribunal por no haber visto que José Egel Chabán declara que, alguna vez, siendo profesor del Colegio departamental de bachillerato, donde cursaba estudios, Ismael Porto se acercó a preguntarle "por su pelao", "por un muchachito llamado Orlando"; que también declara que "como declara que "como todo el mundo sabía" que Orlando era hijo natural de Ismael Porto, el declarante envió a Orlando al consultorio de éste para que le curara una enfermedad venérea. Tampoco vio el Tribunal que los testigos Hernando Alvarez y Rafael Enrique Polo, condiscípulos de Orlando, declaran que acompañaban a éste al consultorio de Ismael Porto, quien lo hacía pasar "cuando la enfermera le noticiaba su presencia, suministrándole dinero". Que el Tribunal pasó por alto que Purificación González, quien frecuentaba la clínica donde ejercía Ismael Porto su profesión de médico, declara "que encontraba allí seguidamente a Orlando, a quien aquél daba el tratamiento de hijo, presentándolo como tal e informándole sobre el particular y haciéndole saber que pagaba colegio y alimentación". Del mismo modo pasó por alto el sentenciador que Julio César Olivo declaró haber presenciado cuando Ismael Porto, en el pueblo de Arenal y durante la fiesta que se celebró con ocasión del bautizo de Orlando, cargaba a éste en sus brazos, y haber visto por varios años a Ismael en amoriños con la madre de Orlando, y que todo el pueblo sabía que entre ellos existían relaciones sexuales. Que, a pesar de que el Juez de primer grado expresó que con dos declaraciones como la de Genoveva Mora-

les Alcalá se habría hecho la declaración de paternidad natural, el Tribunal, "con razón inexacta y baladí" rechazó el testimonio de aquélla, dejando de ver que la testigo, quien dice haber sido amiga de Ismael Porto y su vecina por 11 años, afirmó que éste personalmente llevó a la pensión para estudiante que ella tenía en la calle del Tablón, a Orlando Porto, cuya pensión y lavado de ropa pagó durante todos los años del bachillerato, desde el primero; precisa la testigo que Ismael le pagaba personalmente y que "como su papá" le llevó a Orlando a la pensión y le recomendaba que lo hiciera estudiar y lo vigilara "para que no estuviera en cosas malas". El censor se duele, después de transcribirla, de que "esta declaración, amplia, libre y completa, en la que se expresa la razón de la ciencia de su dicho, con aplicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió cada hecho y la forma como llegó a su conocimiento, fue rechazada o no tenida en cuenta por el Tribunal por haber incurrido, según él, al ser repreguntada la testigo por el apoderado de las demandadas, "en confusiones con respecto a algunas fechas", sin decir cuáles. La tal confusión la hizo constituir el citado apoderado en lo siguiente: en que afirmó inicialmente que duró con la pensión estudiantil, en donde atendió a Orlando por más de seis años, por un lapso de 10, aproximadamente, que después dice que dejó el negocio hace 10 años, también aproximadamente, lo que computa 20 años; y que, por último, al informar que Orlando ingresó a la pensión dos años después de establecido el negocio, se deduce que éste ingresó al establecimiento hace aproximadamente 18 años. Todo lo cual constituye un sofisma, una habilidad tendiente a confundir a la declarante. Esta afirmó, al inicio de su exposición, que había sido vecina de Ismael con su pensión, por espacio de diez u once años; que Orlando había sido llevado allá por su padre natural pasados dos años de iniciado el negocio y permaneció hasta el término de su bachillerato, seis años después; que entonces se retiró, y "yo quité la pensión", sin que pueda recordar la fecha exacta "porque uno anotaba era el día de entrega (sic) y que se cumplía el mes". En todo caso, dice finalmente, 'yo duré como diez

años y de allí (la calle del Tablón) me pasé a la calle de Don Sancho'. Es decir, que en todo el interrogatorio se sostuvo firmemente en que fue vecina de Ismael por diez años y que Orlando habitó su pensión por seis, siendo mantenido, educado y cuidado por Ismael. Qué confusión de fechas se nota? Ninguna. Hacer tal afirmación significa, por lo menos que el fallador no leyó o leyó mal el dicho de la testigo, lo que conlleva a un error de hecho, tal como lo tiene definido la constante doctrina de la Corte".

Después dice el censor que el Tribunal cometió yerro fáctico al dejar de apreciar la partida de nacimiento de Orlando, donde desde hace más de 49 años se inscribió a Ismael Porto como su padre, pues no vio que por resolución oficiosa del Juez *a quo*, dictada con fundamento en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó agregar dicha partida como se lee a folios 28 del cuaderno 2º, al final de la audiencia en que declaró el doctor Rafael Enrique Polo Julio.

"En esta partida —dice el recurrente— se da cuenta que el demandante es hijo natural de Ismael Porto M y Angela Campo; y siendo verdad que este documento no es prueba directa de la filiación natural alegada, sí constituye un indicio que ha debido apreciarse: en primer lugar, por estar debidamente probado en el proceso; y, en segundo, por su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas obrantes en el expediente, ya que coincide con lo declarado por el testigo Olivo en cuanto a las fechas de nacimiento y bautismo de Orlando. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que esta partida fue extendida en 1925, 49 años antes de iniciarse este proceso, lo que indica que no se produjo *ex profeso*".

Finalmente expresa el impugnante que el Tribunal pasó por alto los indicios que resultan de la venta hecha a las 2 hijas legítimas, quienes no se apersonaron en el proceso sucesorio; del precio vil fijado a la venta que fue de \$ 800.000,00, cuando el catastral de los inmuebles lo superaba en \$ 2'571.500,00 y el comercial, para la misma fecha, en \$ 14'050.000,00".

Cierra la impugnación el recurrente con los siguientes resumen y conclusiones:

"De acuerdo con lo expuesto, tres son los puntos que deben comprobarse para deducir la filiación natural por la presunción de posesión notoria de estado, a saber: tratamiento, notoriedad y tiempo. Todo lo cual se demuestra en este proceso. En efecto:

"a) Tratamiento"

Repite lo pertinente de las doctrinas de la Corte que, en un principio transcribí:

"... la ley manda demostrar que, a virtud del tratamiento dicho (suministro de subsistencia, educación y establecimiento, aún de modo no competente), sus deudos y amigos o el vecindario de su domicilio, en general, hayan reputado y reconocido como hijo ... natural a quien invoca la posesión notoria de ese estado' (CXLVII, 76). Para probar los mencionados elementos constitutivos del tratamiento paterno, o sean la atención a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, tampoco descarta el valor corroborante de hechos como la presentación del hijo como tal, las declaraciones del padre al mismo respecto y hasta hechos tangentes de otras causales, que sin ser suficientes para fundar por sí solos la declaración de filiación natural, indirectamente coadyuvan a la formación del conocimiento acerca de esa posesión notoria, como lo serían las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre coetáneas al nacimiento del hijo, pero sin que se pueda decir con certeza que tales relaciones existieron o no en la época precisa en que legalmente se presume la concepción'. (CXXXI, 114).

"Es decir, que el tratamiento se demuestra con declaraciones directas o con pruebas corroborantes, consistentes en: I)—presentación del hijo natural como tal por parte del padre (II) declaraciones del padre sobre la filiación y (III) relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, coetáneas al nacimiento del hijo. Paso al examen de las declaraciones aportadas por la parte demandante a este respecto:

"*Genoveva Morales Alcalá*, que la Corte, ciertamente, habrá de apreciar, pues no podrá cumular con la simplísima e incierta razón alegada por el fallador. Ella dice, en efecto: 'Yo lo conocí (a Orlando) en mi casa que el doctor Porto me lo llevó res-

pondiendo él por la pensión'. 'El mismo (Ismael) me pagaba. El como su papá me lo llevó allá'. 'Si él (Ismael) cumplía y siempre estaba pendiente de él (de Orlando). Orlando duró en mi pensión hasta que terminó el bachillerato'. A la pregunta que se le hizo acerca de si Porto Moreno le recomendaba vigilancia de Orlando, contestó: 'Si señor, él siempre me decía que estudiara y que no fuera a estar en cosas malas'.

"Purificación González Marrugo. 'Sí conocí al doctor Porto Moreno, Ismael, en el año 26. Lo conocí en Clemencia y estaba de maestra en Clemencia y el doctor Porto tuvo amistad conmigo y como él tenía un niño, Orlando Porto, me hablaba de él, lo había tenido con la señora Angela Campo', informe éste que ratificó al responder una pregunta del apoderado de las demandadas, consistente en que manifestara por qué supo que Orlando es hijo de Porto Moreno y de Angela, diciendo: 'Bueno porque yo veía que el doctor Porto lo atendía y me dijo que era hijo de él, con la señora Angela Campo'. 'Si señor, a mí me lo presentó (a Orlando) como hijo y sabía yo que lo sostenía en su colegio y en su alimentación'. Al ser preguntada manifestó 'no sé pero lo digo porque el doctor Porto me lo dijo, que él corría con los gastos de ese niño'. Al preguntársele si Ismael hacía 'vida pública' con Angela, respondió: 'Bueno yo sé que él iba donde ella que vivía en la calle de la Sierpe, salía a pasear', agregando luego: 'Bueno yo a veces los veía a las 7 p.m. de la noche que llegaba yo allá y salía Angela con el doctor Porto'.

"Julio César Olivo. 'Sí lo conozco (a Orlando) hace algún tiempo, desde chiquito porque yo soy Arenalero y él también es de Arenal. El doctor Porto Moreno fue el padre de Orlando y esto lo sé porque la mamá de Orlando, Angela Campo, vivía cerca de la casa de mis papás en Arenal. Resulta que el doctor Porto iba por allá con mucha frecuencia y como en los pueblos todo se sabe, se decía que él tenía amores con Angela, que eran novios y de pronto resultó que nació el joven Orlando'. Al preguntársele por el apoderado de las demandadas en qué año comenzaron los amores de Ismael y Angela contestó: 'Comenzarían supongo yo más o menos como

en el año 20 ó 22 porque Orlando nació en el año 24'.

"Luis Mufarrij Pacheco. 'Honradamente no sé quiénes eran los padres (de Orlando). El doctor Porto dijo que ese era hijo de él; que se lo había recomendado a Pablo Manuel Bula (secretario de la Asamblea Departamental) como hijo del (sic)'.

"b) Notoriedad

A este respecto, tiene dicho la Corte que 'basta que se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto al respecto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas' (CVI, 142).

"José Egel Chaibán. 'Pero sí recuerdo que a ese muchachito le dio una enfermedad venérea y yo le dije que fuera donde su papá que lo curara, y todo el mundo sabía que ese muchachito era hijo de él'. '... pero una vez me preguntó por su pelao que era estudiante del colegio departamental de Bachillerato (en donde el declarante era profesor), por un muchachito llamado Orlando, y el papá en una vez me preguntó por el muchachito que era Orlando'.

"Hernando Alvarez Londoño. 'No nos vimos más sino en el año de 1941 cuando se presentó a estudiar en el colegio departamental de bachillerato, anexo a la Universidad de Cartagena y me correspondió el mismo grupo que le tocó a él, en tercer año de bachillerato. Estuvimos juntos ese año y el siguiente 1942 y en dos o tres ocasiones me invitó a que lo acompañara al consultorio de su papá que para esa época todavía estaba en el sitio que mencioné anteriormente'.

"Rafael Enrique Polo Julio. 'Bueno sí, en clase todos los condiscípulos sabían que él era hijo del doctor Porto, en la misma forma como yo lo supe'.

"Julio César Olivo. '... y esto lo sé porque la mamá de Orlando, Angela Campo, vivía cerca de la casa de mis papás en Arenal. Resulta que el doctor Porto iba por allá con mucha frecuencia y como en los pueblos

todo se sabe, se decía que él tenía amores con Angela, que eran novios y de pronto resultó que nació Orlando

"Purificación González Marrugo. 'Bueno yo a veces los veía a las 7 p.m. de la noche que llegaba por allá y salía Angela con el doctor Porto'.

"c) Tiempo

"Genoveva Morales Alcalá. 'Preguntada: Diga la declarante si el doctor Porto Moreno cumplió religiosamente con usted el pago de la pensión de Orlando y durante qué tiempo? Contesto: Sí, él cumplía siempre y estaba pendiente de él. Orlando duró en mi pensión hasta que terminó su bachillerato.' 'Duró (en la pensión de la declarante) seis años, hasta que terminó su bachillerato'.

"Purificación González Marrugo. 'Que usted sepa, durante cuánto tiempo dio el doctor Porto Moreno a Orlando Porto el tratamiento de hijo y lo sostuvo. Contestó: 'Bueno es que yo después me alejé de la mamá de él y de él. Si llegaba donde el doctor Porto y le preguntaba y me decía que estaba bien. Orlando tenía como siete (7) años cuando yo dejé de verlo y lo conocía como de dos años'.

.. "Julio César Olivo. 'Ella (Angela) siguió viviendo (en Arenal) más o menos como cuatro o cinco años, no recuerdo bien, y se vino para Cartagena. El Dr. Porto continuó visitándola hasta cuando se vino para Cartagena'.

"Se deduce el lapso de cinco años exigidos por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968: según Genoveva, Ismael le llevó a Orlando a su pensión, pagándole los servicios que le prestaba durante seis años; de acuerdo con Purificación, la atención de Ismael para con Orlando duró todo el tiempo en que ella lo trató, cinco años, es decir, desde los dos años en que lo conoció hasta los siete en que dejó de verlo; y siguiendo el dicho de Olivo, por espacio de cuatro a cinco años (es imposible una precisión absoluta después de haber transcurrido 52 años entre el hecho narrado y la fecha de la declaración) después del nacimiento de Orlando, Angela siguió viviendo en Arenal en donde era visitada por Ismael".

IV

Consideraciones de la Corte

1. El derecho moderno lucha, indiscutiblemente, por mejorar la condición del hijo natural y por facilitar la investigación de su paternidad, utilizando procedimientos que garanticen la realización del derecho frente a los opuestos intereses de las partes. Expresiones claras de tal tendencia universal son, en Colombia, las leyes 45 de 1936 y 75 de 1968 que, yendo en pos de un firme ideal de justicia, permiten que los hijos extramatrimoniales hagan efectivo el derecho inherente a los seres humanos de investigar quiénes son sus progenitores. De otro lado, en procura del principio de la igualdad jurídica de los individuos de la especie humana, la legislación moderna se encamina a lograr que los derechos patrimoniales del hijo natural se niveleen con los del hijo legítimo, toda vez que a la postre ambos son vástago de un mismo padre o madre, y su respectiva condición de legítimo o extramatrimonial en nada depende de hechos o actos imputables al hijo mismo, cuya voluntad no es la determinante de su posición en la familia y en la sociedad, la que así resulta establecida a espaldas suyas.

El rígido e inhumano principio consagrado por el artículo 85 de la Ley 153 de 1887, que negaba derechos sucesorios al hijo natural del causante con descendencia legítima, fue notoriamente atemperado por el artículo 28 de la Ley 45 de 1936, que otorgó derecho hereditario al hijo natural en concurrencia con legítimos, aunque sólo al concebido después de la vigencia de dicha ley. Esta limitación aberrante, indefensable desde el punto de vista legal, como quiera que las leyes vigentes cuando se abre la sucesión son las que deben regirla, fue definitivamente suprimida por el artículo 30 de la Ley 75 de 1968 que reconoció el derecho del hijo natural a suceder a sus padres también en concurrencia con los hijos legítimos de éstos y sin relación a la época en que hubieran sido concebidos aquel o éstos.

Del mismo modo, por medio del artículo 23 de la Ley 45 de 1936, se corrigió la discriminación que necesariamente surgía de la aplicación del artículo 1242 del Código

Civil, que sólo permitía atribuir la cuarta de mejoras a la descendencia legítima; hoy, esta cuarta puede ser asignada también a uno o más hijos naturales o a descendientes legítimos de éstos.

Actualmente hay, pues, un definido propósito legislativo de humanizar las reglas atinentes al hijo natural, propósito que no sólo se advierte en la mejora de sus derechos patrimoniales, sino también en la ampliación de los medios admisibles para comprobar la paternidad (artículos 4º y 6º de las Leyes 45 y 75 apuntadas); en la intervención oficiosa del Juez para decretar peritación antropo-heredobiológica y exámenes personales del hijo y sus ascendientes, dirigidos a establecer las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y el presunto padre; en la reducción a un quinquenio del término decenal que establecía el artículo 398 del Código Civil para la admisión de la posesión notoria como prueba del estado civil, etc.

De otro lado, el reciente acogimiento del principio de la sana crítica para la valoración probatoria, permite llegar al convencimiento de la verdad por una vía más científica y sin ciertas limitaciones que, a veces, imponía la rígida tarifa legal de pruebas. Lo cual no quiere decir que se haya derogado la norma que, para acreditar la posesión notoria del estado civil, exige un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, precisando, como lo tiene sentado la doctrina, que por testimonios deben entenderse, no exclusivamente las declaraciones de terceros sino todo medio de prueba susceptible de llevar al Juez el convencimiento de que ocurrieron los hechos configurativos de tal posesión.

2. Para el caso que se estudia y desde luego que la demanda de casación, oportuna y brillantemente replicada, se enderezó a demostrar que el Tribunal sentenciador cometió evidente yerro de facto al dejar de ver que, de la prueba aportada, brotaba la demostración patente de la posesión notoria de Orlando Porto como hijo natural del médico Ismael Porto Moreno, conviene repetir lo que sobre esa presunción de paternidad natural ha dicho la doctrina, para rectificar algunas afirmaciones equivocadas del Tribunal y para sentar las bases que permitirán a la Corte, una

vez estudiada la prueba recogida, decidir si los yerros imputados al *ad quem*, efectivamente fueron cometidos por éste y si élllos dan pie para casar la sentencia recurrida.

3. La posesión notoria del estado civil de hijo natural, como surge de la definición descriptiva que de ella da el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, nace del tratamiento público que el presunto padre haya dado a aquél, relativamente a su subsistencia, educación o establecimiento y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, a virtud de ese específico tratamiento lo hayan reputado como hijo de dicho padre.

Pero no se exige, como con evidente error lo afirma el Tribunal, que el padre tenga que haber presentado al demandante en calidad de hijo suyo a sus deudos, amigos y vecinos; y tampoco se requiere que haya atendido a las tres circunstancias que la norma indica, pues es claro que si, desde su nacimiento, el hijo fue sostenido por su presunto padre, pasados cinco años, aquél, por intermedio de su representante legal, o las personas a quienes la ley concede interés, pueden adelantar el proceso de investigación de paternidad, así no se haya iniciado la etapa escolar del infante y así esté aún lejana la propia para empezar su establecimiento.

Conviene también recordar que el trato paternal apropiado para que surja la fama de que determinada persona es hija de otra, puede darse a espaldas de parientes y amigos, con tal que los hechos que conforman ese trato se hayan realizado ante el vecindario del lugar donde vive el hijo y que con ese comportamiento inequívoco del padre se haya creado, aunque reducida al medio social en que transcurre la vida del hijo, la conciencia pública de que éste es vástago de aquél.

Vese así por qué son erradas las conclusiones que saca el Tribunal apoyándose en que personas que fueron confidentes y amigos del doctor Ismael Porto Moreno, depongan que éste nunca les dijo que Orlando fuera hijo suyo. Si el tratamiento específico que el presunto padre debe dar a quien reclama su paternidad, necesariamente tuviera que realizarse ante sus parientes y amigos, el hijo que habita lugar del territorio distante de aquél en que es-

tos tienen su asiento, estaría imposibilitado, por esa sola circunstancia, para llegar a alcanzar la anhelada posesión de estado.

4. El rápido cambio social a que asistimos, originado en el irrumpimiento de la mujer en vastos sectores de la economía nacional, donde ha alcanzado puestos directivos y donde compite con el varón en igualdad de condiciones, hace urgente una modificación legislativa y una nueva posición de avanzada en la jurisprudencia nacional sobre los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural. Si al pie de la letra tuviera que aplicarse el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, el hijo extramatrimonial de mujer que sostiene a su amante nunca tendría a su alcance la presunción de posesión notoria, desde luego que su madre sería la persona que habría atendido a sus subsistencia, educación y establecimiento.

5. Lo fundamental, pues, respetando los lineamientos generales de la ley, es que el padre por hechos o actos, realizados por él, relativos a la subsistencia, o educación o establecimiento de su hijo, haya creado en el medio social en que transcurre su vida o la de éste, o entre los parientes o amigos paternos, la firme conciencia, la reputación colectiva de ser el padre. Esta fama pública de la paternidad debe tener su matinal no en chismes callejeros, sino en el comportamiento del presunto padre, es decir en el tratamiento personal que haya dado a quien reclama ser hijo suyo.

Los incessantes cambios sociales imponen renovada inteligencia de la ley, cuyo texto permanece estático en el tiempo, pero cuyo aliento vital se ve renovado a cada instante para que conserve su calidad de instrumento idóneo para realizar la justicia entre los hombres.

Circunstancias como las anotadas han hecho decir a la Corte lo que expresó en sentencia de 21 de febrero de 1964 (G. J. CVI, 140) y que hoy tiene plena vigencia:

"Pero la disciplina probatoria que en razón de la delicadeza de la materia, estatuye el artículo 399 del Código Civil, como sistema de convicción sin dudas, no llega hasta imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable la demostración de la notoria posesión del estado civil, que en ciertos casos puede ser el único medio de establecer

éste. Por ello, la estimación de los testimonios que la acrediten tendrá que hacerse con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales, el medio en que éstos actúan y las características peculiares del respectivo caso, es decir las calidades y relaciones de las personas a que sus declaraciones se refieren. Lo que el sistema legal requiere es que el conjunto de testimonios aportado como prueba de la notoria posesión del estado civil, razonablemente considerado dentro de las permissiones legales, establezca esa posesión, ante la conciencia del juzgador, de un modo incontrastable".

6. Sentadas las anteriores bases, conviene hacer el examen probatorio para ver qué hechos se acreditaron y si el Tribunal cometió o no los errores que le endilga el recurrente, si se situó por fuera de la esfera de lo razonable, cometiendo contradicción, o si, por el contrario, sus conclusiones no pueden ser tildadas de arbitrarías.

Un resumen de las afirmaciones de los testigos, que fueron ampliamente contrainterrogados por el apoderado de las demandadas, es el siguiente:

La declarante Genoveva Morales Alcalá, asevera (fls. 34 del cuaderno 2º) que cuando el doctor Ismael Porto tenía su consultorio en la calle del Tablón en Cartagena, ella fue su vecina por cerca de once años. "Fui amiga del (sic)". Que en esa calle ella tenía una "pensión para estudiantes" a donde el doctor Porto le llevó a Orlando "respondiendo él por la pensión El mismo me pagaba, él como su papá me lo llevó allá". Que Orlando se hospedó allí, por seis años, desde cuando empezó primer año de bachillerato hasta cuando lo terminó, y que durante este tiempo el doctor Porto "siempre estaba pendiente de él"; que antes de que el doctor Ismael Porto le llevara a Orlando, ella no conocía a éste, pero sí al doctor, por ser su vecina. Que el doctor Porto Moreno le recomendaba que hiciera estudiar a Orlando y lo alejara de cosas malas y que, a más del precio de la pensión, aquél pagaba a una mujer de nombre Nesta, el valor del lavado de la ropa de Orlando; que, después de la calle del Tablón pasó su pensión a la calle de Don Sancho.

Purificación González Marrugo (cuya declaración aparece al folio 5 del cuaderno 2º), afirma que tiene 71 años, que conoció al doctor Ismael Porto desde el año 26; "yo estaba de maestra de Clemencia y el doctor Porto tuvo amistad conmigo y como él tenía un niño, Orlando Porto, me hablaba de él, lo había tenido con la señora Angela Campo"; que el doctor Porto trataba a Orlando como a hijo suyo y lo sostenía, que "a mi me lo presentó como hijo y sabía yo que lo sostenía en su colegio y su alimentación"; que conoció a Orlando cuando éste tenía como dos años y lo dejó de ver cuando tenía como siete (7); que, años después, lo volvió a ver "La Grande" que ella presenció cuando el doctor Porto salía a pasear por la noche con la madre de Orlando, cuando ésta vivía por la calle de la Sierpe; que después encontraba a Orlando en la clínica del doctor Porto donde ella veía que éste "lo atendía como su hijo", que allí también encontraba a Margarita la enfermera, que sabe que Orlando es hijo del doctor Ismael Porto "porque yo veía que el doctor Porto lo atendía y me dijo que era hijo de él con la señora Angela Campo"; que el doctor Porto fue quien le dijo que "corría con los gastos de ese niño".

Julio César Olivo, de 75 años, natural de la población de Arenal donde nació Orlando Porto, corredor de comercio en finca raíz cuya declaración se ve a fls. 6 del cuaderno 2º, expresa que hace 50 años conoció al doctor Porto y que su amistad con él se relacionó con la política; que conoce también a Orlando, "desde chiquito porque yo soy Arenalero y él también es de Arenal". Agrega el testigo que "el doctor Porto Moreno fue el padre de Orlando y esto lo sé porque la mamá de Orlando, Angela Campo, vivía cerca de la casa de mis papás en Arenal. Resulta que el doctor Porto iba por allá con mucha frecuencia y como en los pueblos todo se sabe, se decía que él tenía amores con Angela, que eran novios y de pronto resultó que nació el joven Orlando, y me convencí que era su padre, porque el día que bautizaron a Orlando mi papá estaba enfermo y mandaron a buscar al doctor Ismael que había llegado a la casa de la señora Angela y lo encontré, lo encontré en la fiesta del bautizo y tenía el niño en sus brazos, acompañado del pa-

drino el doctor Luis Carlos Grau. Yo fui a buscar al doctor Porto y estaba en la fiesta y salió entonces en compañía del doctor Grau a atender a mi papá. Lo atendió y después se regresó a su casa"; que el bautizo de Orlando fue en el año de 1925 y que lo recuerda por la enfermedad de su papá; que los amores del doctor Porto y Angela Campo ocurrieron desde 1920 ó 1922, porque Orlando nació en 1924. Finalmente asevera el declarante que cuando se ofreció el caso de que el doctor Porto tuviera que atender a mi mamá en compañía del doctor Calvo, entonces hablando de esas cuestiones yo le pregunté por la señora y el niño. Eso fue en el año 30. El me dijo entonces que ella había muerto en el año 29 y del 25 al 29 no transcurrieron sino cuatro años".

José Egel Chaibán (fl. 1 vto. del cuaderno 2º), de 66 años, educador de profesión, asevera que en una ocasión el doctor Ismael Porto "me preguntó por su pelao que era estudiante del Colegio departamental de bachillerato, por un muchachito llamado Orlando. Una sola vez me preguntó cómo está el muchacho y yo le dije: Va bien Recuerdo que a ese muchachito le dio alguna enfermedad venérea y yo le dije que fuera donde su papá para que lo curara. Y todo el mundo sabía ahí que ese muchachito era hijo de él; agrega el testigo que esto ocurrió hace más de 20 años; que Orlando siempre dijo que su padre era el doctor Porto y que éste en una ocasión le pidió informes sobre su muchachito que era Orlando.

Hernando Alvarez (fl. 4 del cuaderno 2), de 50 años, doctor en derecho, asevera, al preguntársele qué personas conoce como hijas del doctor Porto: "Solamente conozco como del doctor Porto Moreno al señor Orlando Porto, a quien conozco desde el año de 1937; nos conocimos en la escuela preparatoria del Colegio de Fernández Baeza. Para esa época me dijo él, Orlando Porto, que su padre era el doctor Ismael Porto Moreno, a quien para esa época no conocía yo. Una vez me invitó a que lo acompañara al consultorio de su papá, salimos y me llevó a la calle de las carretas en la planta alta donde funcionaba el almacén del señor Abraham Chilite. El entró, preguntó por su papá y entró al despacho privado del consultorio; debió entre-

garle dinero porque al día siguiente compró cuadernos y mandó dulces para los compañeros. En ese año de 1937, Orlando Porto no continuó los estudios en el colegio Fernández Baena. No nos vimos más sino en el año de 1941 cuando se presentó a estudiar en el colegio departamental de bachillerato anexo a la Universidad de Cartagena y me correspondió el mismo grupo que le tocó a él, en tercer año de bachillerato. Estuvimos juntos en ese año y el siguiente, 1942, y en dos o tres ocasiones me invitó a que lo acompañara al consultorio de su papá que, para esa época, todavía estaba en el sitio que mencioné anteriormente. Después del año 42 nos vimos esporádicamente pues él se atrasó y terminó bachillerato al año siguiente de haber terminado yo". Al ser preguntado si en alguna ocasión vio al doctor Porto Moreno tratar a Orlando Porto como hijo suyo o presentarlo como tal? Dijo: "Orlando Porto se presentaba al consultorio, le avisaba a la enfermera o a la empleada, ella avisaba, salía el doctor Porto, él entraba y yo me quedaba acá afuera".

El médico doctor Rafael Enrique Polo Julio, cuya declaración se ve al folio 26 del cuaderno 2º, afirma que el doctor Porto fue su profesor de medicina; que desde cuando hacia tercero o cuarto de bachillerato conoció a Orlando Porto Campo de quien fue condiscípulo y con quien tuvo relaciones de amistad cuando estudiaban juntos; que, para entonces, "a Orlando lo llamaban por su apellido Porto"; que como "siempre hablaba de mi papá", el testigo le preguntó quién era "y decía que el padre era el doctor Ismael Porto". Después expresa: "Lo acompañé en estas condiciones, salíamos de clase y Orlando decía que iba donde el viejo a buscar plata y llegábamos a la puerta del consultorio del doctor Porto y yo me quedaba en la puerta de la calle y Orlando subía, bajaba y después cada uno se iba para su casa. De haberlos visto juntos nunca. No recuerdo". Agrega el testigo que: "Bueno sí en clase todos los condiscípulos sabían que el era hijo del doctor Porto, en la misma forma como yo lo supe".

Finalmente, Luis Mufarrij Pacheco (fl. 35 del mismo cuaderno), al preguntársele por Orlando Porto, declara: "Bueno, lo conozco hace tiempo, como desde el año 40

ó 41, y lo conocí porque un día el doctor Ismael Porto Moreno se encontró conmigo y me dijo que había hablado con Pablo Manuel Bula, secretario de la Asamblea, para recomendarle un muchacho que se llamaba Orlando Porto. Entonces me pidió que le recordara al doctor Bula la recomendación que le había hecho. Yo era habilitado de la Asamblea. Honradamente no sé quienes eran los padres. El doctor Porto dijo que ese era hijo de él; que se lo había recomendado a Pablo Manuel Bula como hijo del (sic). El doctor Porto una vez en la Asamblea se presentó, ya le habían nombrado a Orlando, y habló con Nica y con Bula y cambiaron ideas sobre generalidades El doctor Porto la impresión que me dio a mí por haberme preguntado varias veces si le habían pagado la década al muchacho, era como si hubiera cariño fraternal, y nunca se refirió como hijo, porque no hubo la oportunidad". Cuando se le preguntó al declarante por el apoderado de la parte demandada si el doctor Ismael Porto Moreno le dijo alguna vez que el señor Orlando Porto Campo era hijo de él. Contestó: No. No me dijo".

Estudiadas estas declaraciones, relacionadas las unas con las otras, teniendo de presente que Orlando nació en el año de 1924, que su madre murió a los pocos años, cuando él era aún un niño y sin olvidar que su primera juventud transcurrió en Cartagena, lugar distinto de Arenal, su pueblo nativo, y que el doctor Ismael Porto Moreno gozaba de una alta posición social, profesional y política, para la Corte no queda duda de que está demostrada la posesión notoria del estado de hijo natural de Orlando Porto Campo frente al doctor Ismael Porto Moreno, más si a lo declarado por estos testigos se agrega el importante hecho de que en la partida de nacimiento de Orlando, asentada el 18 de julio de 1925, acta que dejó de apreciar el Tribunal, no obstante que su incorporación al proceso se hizo por expresa resolución del Juez *a quo*, dictada en la diligencia que se llevó a cabo el 9 de junio de 1976 (fls. 26 a 28), se expresó que el bautizado "es hijo natural de Ismael Porto M. y Angela Campo", constancia que en relación con el padre sólo puede dejarse, en actas eclesiásticas, cuando éste autoriza al Cura párraco, según mandado del

canon 777, norma que, en tratándose de la inscripción del bautismo de hijos "ilegítimos", establece que en el correspondiente asiento ha de consignarse el nombre del padre "si él mismo lo pide espontáneamente al párroco por escrito o ante dos testigos". (Tercera edición del Código de derecho canónico, comentado por Lorenzo Miguélez y otros. Madrid 1949).

Erró pues el Tribunal no solamente al dejar de ver que al final de la diligencia que termina el folio 28 del cuaderno 2º, se lee:

"El Juzgado en atención a la norma contenida en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, ordena agregar la partida de bautismo presentada, para que sirva de medio de prueba dentro de este proceso", sino al concluir, del análisis probatorio, algo que es contrario a lo que la prueba muestra ostensiblemente: la posesión notoria del estado civil de hijo natural invocada por el demandante.

Por lo dicho menester será casar la sentencia del *ad quem*.

V

Fundamentos del fallo de reemplazo

1. Actuando ya como Tribunal de segunda instancia, la Corte deberá revocar la sentencia del *a quo* y en su lugar declarar la paternidad solicitada por hallarse demostrada la presunción fundada en posesión notoria del estado civil de hijo, como atrás quedó explicado.

Pero en la demanda no se ejerce solamente la pretensión de filiación natural. Allí se acumularon también como consecuenciales, la de petición de herencia y la que el demandante llama "de nulidad absoluta" o "de inexistencia por simulación" del contrato de compraventa consignada en la Escritura 1083 premencionada, la que debe entenderse como simple acción de simulación o de prevalencia. Por tanto, menester será estudiarlas.

2. Con relación a la acción de petición de herencia, ha de observarse que las demandadas Judith y Evelia Porto, quienes afrontaron este litigio como sucesoras de su padre doctor Ismael Porto Moreno, tienen la calidad de herederas de éste en su condición de hijas legítimas. Por tanto,

en virtud de ese título, han poseído, con exclusión del demandante, la herencia de su progenitor premuerto. Pero, en razón de haber salido airoso en su pretensión de filiación natural, Orlando Porto conquista su título de legitimario del causante, que le da derecho a sucederlo, en todo caso, en concurrencia con sus dos hijas, también legitimarias, según lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 45 de 1935 y 30 de la 75 de 1968.

Como ya quedó expuesto, al entrar a regir la ley 45 de 1935 y por virtud de la limitación erigida en su artículo 28, cuando un causante dejaba hijos legítimos de matrimonio anterior a la vigencia de aquélla y dejaba también hijos naturales, entonces los derechos hereditarios que dicha ley otorgó a estos últimos, sólo podían ser reclamados por los naturales que habían sido concebidos con posterioridad a la fecha en que la Ley 45 entró en vigor. Sin embargo, como la Ley 75 de 1968, en su artículo 30, dispuso que "en las sucesiones que se abren después de la sanción de la presente ley (Diciembre de 1968), los hijos concebidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 tendrán, aún en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores, los derechos hereditarios que el hijo natural confiere la citada ley", es claro que el demandante Orlando Porto, en la sucesión de Ismael Porto Moreno, es heredero concurrente con sus hijas legítimas, a pesar de que éstas fueron concebidas en matrimonio celebrado con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 y no obstante que Orlando también fue concebido con antelación. Como el causante Porto Moreno falleció el 20 de septiembre de 1972, esa es la fecha de la apertura de su sucesión, y, por tanto, la norma aplicable para entonces no lo era el artículo 28 de la Ley 45 de 1935, sino el 30 de la 75 de 1968 que concedió derechos hereditarios al hijo natural en cualquier caso que concorra con hijos legítimos.

Viene de lo anterior que Orlando Porto ha probado su derecho concurrente a la herencia dejada por el doctor Ismael Porto Moreno, la que, hasta ahora, estaba ocupada exclusivamente por Judith y Evelia Porto. De consiguiente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil, tiene derecho a su cuota he-

rencial y a que las ocupantes se la restituyan con sus frutos producidos a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, pues entraron de buena fe a poseer con exclusión de aquél.

Así habrá de declararse acogiendo la acción de petición de herencia.

En cuanto a la acción de simulación, la Corte considera:

Aparece demostrado en el expediente que, poco tiempo antes de su muerte, cuando ya había pasado de 70 años, Ismael Porto Moreno y su esposa Margarita Calvo de Porto, por medio de la Escritura Nº 1098, corrida ante el Notario 1º de Cartagena el 21 de julio de 1971, dijeron vender de contado a sus únicas dos hijas legítimas el derecho de nuda propiedad sobre los quince (15) inmuebles que allí singularizan, en la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000,00).

El demandante enjuicia este acto tildándolo de simulado, pues se encaminaba a disfrazar, bajo la apariencia del contrato de compraventa de nuda propiedad, el verdadero de donación que perseguía trasladar a cabeza de sus hijas, sin previo adelantamiento del respectivo proceso de sucesión, el patrimonio de sus progenitores.

Negocio simulado, según la clásica definición de Ferrara, acogida por la Corte, es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza, pues, una divergencia intencional entre la declaración y el querer, encaminada a exteriorizar una convención distinta de aquélla en que verdaderamente se acordaron los simulantes. Busca crear en el público, en los terceros, la imagen de un acuerdo de voluntades que no es el que realmente regirá las relaciones entre las partes.

En la simulación, la declaración pública carece de contenido obligatorio para los simulantes, desde luego que ella no es el trasunto de su voluntad jurídica, voluntad que está contenida en la declaración privada, que es la llamada a regir íntegra y efectivamente sus relaciones negociables, como lo ha dicho la Corte. Existe en la simulación pues, una sola operación jurídica, pero el consentimiento único prestado se traduce en dos declaraciones: una pública, externa, que carece de contenido

obligatorio entre las partes, y otra privada, secreta u oculta, en que se encierra el verdadero querer de los simuladores y que, por tanto, regirá sus relaciones jurídicas.

Veamos ahora cuál fue el contrato que realmente celebraron los otorgantes por medio de la Escritura 1088 mencionada.

Con la prueba aportada al proceso se probaron los siguientes hechos:

a) Los vendedores con las compradoras están unidos por un parentesco de consanguinidad legítima en primer grado, pues son padres e hijas.

b) Para la fecha del contrato impugnado (julio 21 de 1971), los 15 inmuebles objeto que de aquél tenían, según dictamen pericial, un valor catastral de tres millones trescientos setenta y un mil quinientos pesos (\$ 3'371.500,00) y uno comercial de catorce millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$ 14'850.000,00). Para junio de 1976 tenían un valor de \$ 23'600.00.00. Y el costo de los bienes enajenados había sido de \$ 2'037.000,00, según la declaración de renta de los enajenantes.

Ahora bien, como Ismael Porto Moreno, según él lo confesó en su declaración de renta y patrimonio, tenía más de sesenta años para cuando se otorgó la Escritura Nº 1088 tantas veces citada, aplicando análogicamente el principio que sentó la Ley 63 de 1936, en su artículo 18, para cuando se asignaran separadamente la nuda propiedad y el usufructo, el justo precio de la venta de la nuda propiedad de los inmuebles, disminuyendo el 10% de su valor que era el precio correspondiente al derecho de usufructo que se reservaron los vendedores, habría sido de \$ 3'034.350,00 si se toma el avalúo catastral o de \$ 13'365.000,00 si el punto de referencia es el valor comercial de los inmuebles para cuando se otorgó la Escritura 1088. Lo cual demuestra que fue vil el precio de \$ 800.000,00 que fijaron a la venta de nuda propiedad.

c) Ismael Porto Moreno falleció el 20 de septiembre de 1972, es decir 14 meses después de haber otorgado el contrato de venta que contiene la Escritura Nº 1088 y cuando era ya septuagenario.

d) Con la mencionada venta a sus hijas dispuso de todos sus inmuebles y al morir no dejó uno solo, ni propio ni social, se-

gún se deduce de lo inventariado en el proceso de su sucesión.

e) Los bienes relictos consistieron solamente en dinero, dos automotores y unas acciones cuyo valor total fue fijado el 13 de mayo de 1974 en la suma de \$ 303.507.00.

f) A pesar de que el precio de la venta a que se refiere la escritura Nº 1088, se declaró recibido de contado (cláusula 2^a), en la declaración de renta por el año gravable de 1971 de Margarita Calvo figura un crédito por \$ 400.000.00 contra Judith Porto y en la de Ismael Porto uno contra Evelia por suma igual, y en ningún caso se recibieron intereses por tal concepto. Además esos créditos que aparecen vigentes el 31 de diciembre de 1971, se dicen cancelados para el mes de febrero de 1972, sin que el patrimonio del acreedor fallecido aumentara, lo que es indicio de que la venta no fue de contado, ni a plazos, sino verdadera donación, si se tiene de presente que, a pesar de haberse afirmado que el título de enajenación de los 15 inmuebles era el de compraventa, las dos hijas adquirientes, en los puntos 2^º y 3^º de la Escritura 1088 citada, dejaron las siguientes constancias:

"^{2º} Que tanto la nuda propiedad que adquieren de los inmuebles dichos, como el usufructo de ellos cuando se consolide la propiedad plena de conformidad con lo señalado en el punto cuarto (4^º) de la exposición de los vendedores, *no son bienes que se incorporarán a la sociedad conjugal de cada una de ellas*, de todo lo cual quieren dejar noticia cierta para los efectos de la subrogación que así se cumple. (3^º) Que, como consecuencia de lo expuesto, fallecidas las compradoras los bienes adquiridos, nuda propiedad y usufructo, pasarán a ser *herencia de sus respectivos descendientes*". (Subraya la Corte).

Esto indica certeramente, sin la menor duda que tanto vendedores como compradoras entendieron que los 15 inmuebles entraían, no obstante el dicho título oneroso, a formar parte del haber propio de cada una de las adquirientes y no de su haber social, para lo cual se requería que el título de adquisición fuera gratuito. Además, al establecerse que, muertas Evelia y Judith, los inmuebles mencionados pasarían a ser he-

rencia de sus descendientes, con ello se exterioriza más el ánimo de gratuidad que presidió el aparente contrato de venta.

g) Tanto Evelia y Judith Porto como el demandante Orlando fueron concebidos y nacieron antes de entrar en vigor la Ley 45 de 1936. Por tanto, durante la vigencia de su artículo 28, Orlando carecía de los derechos hereditarios que tal estatuto concedió a los hijos naturales. Pero como el artículo 30 de la Ley 75 de 1958 dispuso que el hijo natural, aún en concurrencia con hijos legítimos, tiene, sin aquella limitación, derechos sucesorios, para cuando se otorgó la Escritura 1088 ya tenía la expectativa de poder heredar a su padre, disminuyéndose de esta manera las legítimas a que tendrían derecho las hijas.

h) En la Escritura Nº 1088 buscaron las partes regular anticipadamente el destino que tomarían, *post mortem*, los bienes del matrimonio Porto-Calvo. En efecto, a pesar de que, según la relación de títulos de adquisición, los 15 inmuebles no eran de ambos cónyuges, sino en muy alta proporción del doctor Porto, pues sólo tres eran de Margarita, los cónyuges comparecieron a venderlos conjuntamente. Y no obstante que ésta no era copropietaria de todos, si no de una mínima porción, se la hace figurar como condueña para que así no se produjera revuelo con su reserva del usufructo de todos. En el fondo lo que se estaba haciendo era la constitución en su favor de un derecho real de usufructo y constitución que se hacia de manera también gratuita pues no hubo precio.

Las anteriores circunstancias ofrecen indicios vehementes que llevan a la Corte a concluir que el contrato realmente celebrado por Ismael Porto Moreno y Margarita Calvo con sus hijas no fue el de compraventa de nuda propiedad, sino el de donación que, por no haber sido insinuado, sólo tendrá efecto hasta dos mil pesos y deberá anularse en el exceso (Art. 1458 del Código Civil). Por ende deberá declararse la prosperidad de la solicitud de que es simulado el convenio contenido en la Escritura 1088.

Orlando Porto está legitimado para ejercer la acción de simulación frente a un contrato que a la postre lesionaría grave-

mente su legítima y no sólo frente al celebrado por su padre sino también al ajustado por la esposa de éste y que tuvo como objeto bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, pues con la liberalidad expresada se habría cercenado la posibilidad de que el acervo hereditario del doctor Porto se viera incrementado con el derecho a gananciales que le correspondía en los bienes enajenados por su mujer, con lo cual de contragolpe se lesionaría al hijo natural.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de 1º de agosto de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y actuando como Tribunal de instancia, REVOCA la del Juzgado de primer grado y, en su lugar,

Resuelve:

1º) Declarase que Orlando Porto Campo, hijo natural de Angela Campo, lo es también del doctor Ismael Porto Moreno, por lo cual, y como legitimario de éste, tiene derecho a sucederle en su legítima en concurrencia con los demás herederos.

Por tanto, las demandadas Evelia y Judith Porto Calvo, ejecutoriada esta sentencia, le restituirán su cuota hereditaria con los frutos correspondientes, producidos o que hubieran podido producirse a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

2º) Declarase que es simulado el contrato contenido en la Escritura Nº 1088 pasada el 21 de julio de 1971 ante el Notario 1º de Cartagena, pues no constituye venta, sino donación entre vivos que, por no haber sido insinuada, se declara nula en cuanto excede de dos mil pesos (\$ 2.000.00) para cada una de las adquirentes, Evelia y Judith Porto Calvo.

De consiguiente, ordénase la cancelación del registro de la citada escritura.

Condénase a las demandadas al pago de las costas de las dos instancias, sin costas en casación, porque prosperó el recurso.

Cópíese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y; oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

I N T E R E S E S

Interés remuneratorio e interés moratorio. Interés bancario corriente e interés legal comercial

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior de Medellín el 12 de mayo de 1978 en el proceso ordinario de Javier Uribe Montoya contra "Antioqueña de Automotores y Respuestos Ltda".

El litigio

1. Javier Uribe Montoya, en demanda que inicialmente pretendió se le diera trámite verbal, trajo a juicio a Antioqueña de Automotores y Respuestos Ltda., ANDAR, ante el Juzgado 14 Civil del Circuito de Medellín, para obtener, por la vía ordinaria y según la última reforma del libelo, las declaraciones y condenas que para mayor claridad seguidamente se transcriben:

"*Primera Pretensión Principal:* Que se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las partes vinculadas al litigio del rubro, en vista del incumplimiento del vendedor, al hacer entrega de un vehículo que no corresponde, en sus características de modelaje, el que tuvo en mente adquirir mi mandante. Se le hizo incurrir en error en la calidad del objeto adquirido;

"*Pretensión Subsidiaria:* que el contrato subsista, obligándose, entonces, a la firma demandada, a que cumpla el contrato, haciendo entrega de un vehículo marca Dod-

ge Dart, modelo 1975, que fue el que pretendió adquirir mi poderdante. En este caso, se pagará la indemnización de los perjuicios, en la forma acreditada en el debate".

2. Uribe Montoya estructuró su causa para pedir en los siguientes hechos que, también para un mejor entendimiento del litigio, necesiten transcripción:

"1º) El día 31 de mayo de 1975 el suscrito se presentó a las oficinas de la entidad demandada, ubicadas en la Calle 29 N° 44-136, en la ciudad, con el fin de adquirir un vehículo automotor, marca DODGE DART, modelo 1975, tipo automóvil, de cuatro puertas, mecánico, motor en línea, de seis cilindros, haciendo hincapié en que el modelo fuera, expresamente, el del 1975.

2º) Para tal efecto, fui atendido, personalmente, por el señor FELIX GALAN, empleado vendedor, al servicio de la firma demandada.

"El mismo me mostró los diversos tipos de automotores, de la calidad y condiciones deseadas y fue así como me exhibió el automotor tipo automóvil, color blanco, de cuatro puertas, marca DODGE DART, 6 cilindros, motor en línea, motor N° 40-18191, serie 4813496, vehículo que se me afirmó, ser del modelo 1975.

"3º) Ante la creencia firme de que, en realidad, se trataba de un modelo 1975, como eran mis aspiraciones, procedí a adquirir el citado automotor en la suma de \$ 306.000.00, pagaderos así: la suma de \$ 80.000.00 al momento de la entrega del automotor; un cheque por valor de \$ 140.000.00 pagadero el 16 de junio del presente año y un último cheque por valor de

\$ 108.000.00 pagadero el día octubre 2 de 1975.

"4º) Fue así como se me entregó el automotor y la correspondiente factura número 58854 de fecha 31 de mayo de 1975, con la cual se acreditan los eventos narrados en los anteriores hechos.

"5º) Con el tiempo, pretendí vender a un tercero el automotor ya descrito, cuando el interesado me replica que el tal automotor no era, precisamente, el del modelo 1975, pues que las características externas del automotor, dejaban entrever, a las claras, que se trataba de un modelo 1974, matriculado, si, en el año de 1975, pero procedente del modelo y año de 1974.

"6º) Para obviar cualquier duda al respecto, se solicitó un certificado a la conocida firma 'AUTOLARTE', entidad que certificó que el automotor de que se trataba era del modelo 1974 y que algunos de los distintivos podrían ser un prefijo '49', en el numero del motor, para los modelos 1974 y '50', para los modelos 1975, aparte de que la persiana, o adorno delantero presentaba algunas variaciones en su configuración.

"7º) Oído el anterior concepto me trasladé a las oficinas de la firma demandada en procura de una explicación sobre la comentada irregularidad y la respuesta no fue otra que el vehículo ya descrito si era del modelo 1975, por cuanto en el manifiesto de aduana figuraba con esa fecha, así como en los respectivos documentos de la CHRYSLER COLMOTORES. En consecuencia, que si alguna reclamación existía, la hiciera ante dicha entidad y no ante 'ANDAR', pues tal firma era una meraconcessionaria.

"8º) Por las razones anotadas, y en vista de la imposibilidad de obtener un arreglo amigable con la prementada firma, me veo en la necesidad de presentar la correspondiente demanda, en orden a obtener las declaraciones ya invocadas".

3. Con oposición de la parte demandada, que insistió en que el vehículo vendido si era modelo 1975 tal como aparecía de su nacionalización y de la factura de la firma fabricante, y habiendo propuesto además la excepción de caducidad de dicha factura por no haber merecido reparo del comprador en tiempo hábil, se surtió la primera instancia con sus correspondientes

etapas probatoria y de alegaciones, hasta culminar con sentencia del 24 de marzo de 1977 que rechazó tal excepción, decretó la resolución del contrato litigioso y, consecuencialmente, condenó a la demandada a devolver al demandante las sumas de \$ 300.000.00 y \$ 8.000.00 que éste había pagado por razón de dicho contrato, con sus intereses correspondientes desde cuando fueron entregadas junto con las costas del proceso, debiendo el demandante restituir a su contraparte el vehículo en cuestión, todo dentro del término de 5 días a contar de la ejecutoria del fallo, con sus frutos y el valor de los deterioros no causados por su uso normal, según liquidación de esos últimos efectuada en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Principal consideración del *a quo* para acoger las súplicas de la demanda fue estimar que el caso debatido encajaba dentro de las previsiones legales del saneamiento de vicios redhibitorios y que por tanto éstas le eran aplicables.

4. Por apelación de Andar se surtió la segunda instancia ante el Tribunal de Medellín, que concluyó con fallo del 12 de mayo de 1978 confirmando el del inferior, con la edición o aclaración de que los intereses a cargo de la apelante serían no los corrientes sino los comerciales, sentencia contra la cual la misma parte interpuso el recurso de casación que la Corte está decidiendo.

La sentencia impugnada

1. Comienza por describir las varias fases del litigio y luego analiza y encuentra a satisfacción los presupuestos procesales.

Acomete luego el estudio de la naturaleza del contrato en discusión para concluir que objetivamente debe regirse por las normas contractuales de carácter comercial.

Prosigue, ya en el campo de interpretación de la demanda sostiene que si ella debe comprender determinados requisitos, cuando adolece de cierta vaguedad debe ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar el derecho, pues con cita de doctrina de la Corte agrega que "en la interpretación de una demanda existe el

poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo".

A continuación sostiene el Tribunal que "el *petitum* de la demanda está redactado textualmente pidiendo la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes por incumplimiento del vendedor; incumplimiento que se basa en el elemento fáctico de haber entregado el vendedor un carro Dodge Dart, modelo 1974, siendo así que el contrato versó sobre un modelo 1975 ... En esta forma se ha accionado, ... con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil" y en el 942 del Código de Comercio que consagra igualmente la acción resolutoria en la compraventa por incumplimiento de una de las partes.

Enseguida el *ad quem* rebate el argumento cardinal del *a quo* acerca de tratarse de un caso de vicio redhibitorio y concluye que la circunstancia de ser el vehículo *sub lite* modelo 1974 y no 1975, no es vicio o anomalía alguno, pues no implica mala calidad, sino cuando más falta de una cualidad, o cualidad diversa. Y remata con cita de autores foráneos, que "si se trata de venta genérica, la falta de la cualidad constituye incumplimiento". Todo este discurrir le sirve al sentenciador para establecer que la pretensión invocada en la demanda "es la de resolución por incumplimiento del contrato de compraventa convenido por las partes, incumplimiento que se le imputa en el libelo al vendedor".

2. A continuación examina el Tribunal si la obligación del vendedor fue de género o de cuerpo cierto y concluye considerando lo primero por estimar que no hay prueba en el expediente de que el objeto convenido fuera un cuerpo cierto pues, por lo contrario, la demanda afirma que se pretendía comprar un automóvil Dodge Dart modelo 1975 y la demandada ha afirmado que el vehículo entregado si era efectivamente de dicho modelo. De lo anterior deriva que si el objeto entregado no reunía la cualidad de ser modelo 1975, ello "obliga al vendedor a entregar otro del mismo género, ya que se trata de cosa fungible que tiene un mismo poder liberatorio, es decir se pueden intercambiar entre si por tener la misma naturaleza".

3. Enseguida el sentenciador *ad quem* se ocupa del material probatorio incorporo-

rado al proceso por las partes y se anticipa a afirmar que no hay prueba que tienda a demostrar que la venta fuera de cuerpo cierto, sino por el contrario, "la prueba que milita en autos en favor de una venta de género es nutrida".

En desarrollo de este último aserto, sostiene el Tribunal:

"En la demanda se afirma que el comprador tuvo como mira comprar un automóvil DODGE DART, modelo 1975. En la factura que acredita la compraventa del vehículo se dice que el modelo es del año de 1975.

"Al contestar el libelo, la parte demandada se opone a que se decretén las pretensiones del actor afirmando que, 'El vehículo es modelo 1975, como se acredita con la prueba arrimada con esta contestación y con las que se allegarán al proceso'.

"Todo el litigio ha versado sobre este punto, o sea, si el vehículo vendido por la parte demandada fue un modelo 1974 o 1975.

"En la comunicación dirigida por el Gerente de la entidad demandada al comprador JAVIER URIBE MONTOYA, trata de sincerar su conducta afirmando que el modelo de un carro se infiere 'De la factura de compra producida por la casa fabricante y en la fecha del manifiesto de aduana'.

"Al respecto en el fallo de Primer grado se lee la siguiente motivación que esta Sala no puede menos que prohijar: 'De manera indubitable el vehículo fue presentado al comprador por el vendedor como el correspondiente el modelo del año de 1975, pues así se hizo constar en la factura de venta. Y es más, no sólo se presentó y se vendió como tal, sino que a través de todo este proceso la defensa ha radicado en el sostenimiento de que se entregó lo anunciado y con las características de la cosa dichas, especialmente la de que corresponde lo vendido a un automóvil marca DOGGE, tipo DART 6 cilindros, modelo 1975'.

"Se concluye de lo anterior que radica el presente litigio, esencialmente, sobre la afirmación del comprador de que el vendedor le entregó una cosa en relación con la cual no existía una cualidad asegurada por el vendedor como existente y consistente en ser el vehículo automotor negociado del modelo 1975, pues aunque así se presentó y como tal se entendió comprar

no es del modelo 1975, sino del modelo 1974, por exhibir exactamente las mismas características que las de éste".

4. Se ocupa el *ad quem* a continuación de la indentificación y características del automotor entregado por la sociedad demandada al demandante, y en el punto sostiene:

"La identificación de las características del vehículo negociado por las partes, es decir, que la entidad demandada le entregó al actor un vehículo DODGE DART, modelo 1974, se infiere de los siguientes elementos de juicio:

"El Código Nacional de Tránsito Terrestre, Decreto Nº 1344 de 1970, en el artículo 68, dice: 'Todos los vehículos automotores y los remolques tendrán una placa de identificación en sitio de fácil localización, donde figura el fabricante del vehículo, su tipo, el año de construcción, el número de fabricación del chasis, la capacidad transportadora y los pesos permitidos por eje'.

"La placa especial a que alude el anterior mandato legal, determina obviamente el modelo del carro, lo que constituye una cualidad intrínseca del respectivo automotor que no puede otorgarla una fecha cualquiera como lo sería la de expedición del manifiesto de aduana, lo que quiere decir que la placa se reduce a constatar un hecho que se exterioriza, pues los modelos se distinguen en el formato, en la línea, en la elegancia, en la calidad y comodidad del vehículo, en la capacidad transportadora y los pesos permitidos por eje, en la economía para consumir combustible, etc, por lo que no puede convencer ni al más ignorante en estas materias que una simple fecha puede cambiar el modelo de un vehículo, distintivo que lo imprime la casa constructora al fabricar el carro por lo que siempre podrá diferenciarse de otros de diferente género.

"Los siguientes elementos de juicio acreditan que el vehículo vendido por la entidad demandada fue un modelo 1974 y no el 1975 convenido por las partes.

"El dictamen pericial, llena en conceptos de esta Sala, los requisitos que prescribe el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, pues, no está demostrada la inidoneidad de los peritos y sus fundamentos son firmes y de calidad como lo quiere el citado mandato legal.

"Al contestar una ampliación al dictamen, dicen los expertos: 'El modelo de un vehículo puede ser determinado por diversos factores, tales como aumento de potencia, estilo de carrocería, biselería, sistema eléctrico, amortiguación, cambio de diferencial, sistema de frenos, cojinería, marca sola o seguida de algún distintivo y puede también anotarse que muchas fábricas empiezan a construir sus vehículos e inclusive los sacan al comercio a fines del año inmediatamente anterior que ha de servir como año de modelo. Un automóvil, pues, elaborado, por ejemplo, en 1976, como modelo de este año. Lo que no obstante para que ese mismo vehículo, por lo ya expuesto se venda al público en 1976 como modelo 1977, en el caso que nos ocupa el automóvil DODGE DART que existía en las agencias de Medellín en el año de 1974 no se sacó al Comercio como modelo 1975'.

"Este dictamen tiene un vigoroso respaldo probatorio en los autos, pues para su apreciación, el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, ordena relacionarlo 'Con los demás elementos probatorios que obren en el proceso'.

"El Departamento de Policía de Antioquia, al contestar un exhorto cuya prueba la ordenó este Tribunal, dice así: 'En los automóviles DODGE DART, a partir del año de 1973, el primer dígito del prefijo del número del motor indica el año y Modelo Ejem 3C corresponde a un vehículo modelo 1973, este indicativo para establecer los modelos de DODGE DART, viene desde el año de 1973 hasta el año de 1975, por la primera cifra del prefijo del número del motor, así, 3C, 4C, 5C, los modelos 1976 en adelante viene en la otra forma ejem T6'. Añade el Tribunal que como el prefijo del auto *sub judice* tiene el distintivo 4C, es modelo 1974.

"Asimismo el Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional de Antioquia, contestó el exhorto que le libró este Tribunal de la siguiente manera:

"El sistema seguido para saber cuál es el modelo de un vehículo automotor es el siguiente: Algunas fábricas colocan el modelo o mejor lo estampán en el serial de chasis o la placa de serie ejemplo, las fábricas Ford, Chevrolet, Volkswagen u otras fábricas. Cuando no es estampado en el chasis o en la placa de serie se define

el año modelo, por la línea del vehículo y características del mismo y si no es posible definirlo de esta manera hay que solicitar a la fábrica ensambladora'.

"El señor Roberto Molina, Administrador de la firma Auto Olarte en comunicación que se agregó con la demanda, dice:

"En relación con su solicitud sobre identificación de los automóviles DODGE DART en cuanto al modelo se refiere, informamos que los automóviles del modelo 1974 se identifican con el prefijo 4C antes del número del motor y los automóviles del modelo 1975 llevan prefijo 5C, aclarando que algunos modelos de 1974 fueron ensamblados en 1975 en cuanto a carrocería se refiere es la misma para los dos modelos con algunos cambios exteriores principalmente cambio de persiana".

"Certificado de la Inspección de Tránsito de Envigado, visible a fls. 6 del Cuaderno principal, en la que se lee: 'Este despacho puede certificar que el citado automotor es el del modelo 1974, pues el indicativo del motor 4C, es el que corresponde al dicho modelo y la configuración de la 'persiana' difiere con la del modelo de 1975, en que esta última es un tanto más pronunciada en sus declives salientes. Por otra parte el modelo 1975 tiene la parte anterior del motor un tanto más pronunciada hacia adelante, es decir, es más larga. La palanca de cambios, es diferente'.

"La anterior prueba que es casi irrebatible, ha pretendido el Señor apoderado de la parte demandada, contrarrestarla con la certificación que han expedido varias casas concesionarias de la Chrysler Colmotores: En el alegato elevado ante el Señor Juez a quo, dijo así el referido Apoderado: 'La certificación de todos los concesionarios Chrysler Colmotores de Medellín, que no obstenta ser la competencia de la parte que pretendo, con toda honestidad afirman que el modelo no depende de las características externas de los vehículos sino de la determinación que sobre él haga la compañía fabricante'.

"Esta certificación se explica por la solidaridad que existe entre el gremio de comerciantes, prueba que debe ser desechada por el Tribunal por sospechosa, al tenor del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil.

"Como lo enseña el tratadista foráneo Coviello, 'La simple afirmación hecha en interés propio no puede considerarse como expresión de una verdad de hecho ya que el sentimiento egoista de los hombres a menudo perturba la clara percepción de la realidad, si es que no llega intencionadamente a desfigurarla'. Lo que quiere decir, en otros términos, que a nadie le es lícito fabricarse en su favor la propia prueba.

"Además, la costumbre mercantil no pude atentar contra el texto de la ley, y ya se anotó cómo el Decreto Nº 1344 de 1970, ordena a todos los vehículos tener una placa de identificación en donde ha de constar el formato del respectivo modelo industrial".

5. Sentado por el Tribunal que la acción de resolución prospera y que por mandato del artículo 942 del Código de Comercio, cuando el incumplimiento es del vendedor éste debe reconocer intereses legales comerciales sobre la parte del precio que hubiere recibido, entra a manifestar laquietud que tiene sobre dos documentos, en los términos siguientes:

"La Sala ha mirado con sorpresa que la certificación de abril 18 de 1977 y distinguida con el número 0412, suscrita por el Secretario general del Intra, haya sido rectificada, primero por el doctor Hugo Ramírez Zapata, actual Magistrado, cuando desempeñaba el cargo de Director Regional del Intra y luego por comunicación extendida por el mismo empleado que firmó la de abril 28, la que además aparece con unos párrafos borrados, según puede leerse a fls. 11 fte. del Cdno. Nº 5, comunicación esta última que dice así:

"Por medio del presente dejo sin efecto el contenido del Oficio 2412 de abril de 1977, el cual se refiere al contrato sobre el año modelo de los vehículos importados y ensamblados en el país".

"La comunicación que fue rectificada de abril 18, decía así:

"Con el fin de evitarles problemas a las personas que van a matricular vehículos ensamblados en Colombia, le comunico que el año modelo de cada vehículo lo determina la fecha de la factura de venta del fabricante al concesionario el cual consta en el certificado individual de aduanas y, además, está claramente especificada en

la factura de venta del concesionario al cliente”.

6. Más adelante sostiene el Tribunal, en lo atinente al reclamo de perjuicios, que se encuentra relevado de pronunciarse sobre ellos, como quiera que en el punto el juez *a quo* absolvió a la sociedad demandada y la parte actora no apeló.

7. Toca luego el *ad quem* el tema de las excepciones formuladas por la sociedad demandada y concluye que ninguna se abre paso.

8. Por último, insiste el Tribunal en que la pretensión es de resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes litigantes y no de nulidad y que la intención del comprador, nítidamente expresa da en el libelo, “fue la de comprar un vehículo automotor marca Dodge, Modelo 1975. Quien compra un vehículo nuevo en una agencia, obviamente aspira a que sea del modelo más reciente. Y la entidad demandada que fue la vendedora, la cual se dedica exclusivamente a la venta de vehículos automotores, debe conocer la manera de identificar un modelo, pues se presume que conoce los detalles de la profesión a la cual se dedica”.

La demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los dos iniciales por la causal primera y el otro por la causal cuarta, los cuales serán estudiados conjuntamente los dos primeros y por separado el otro.

Cargo primero

Denuncia quebranto de los artículos 1565, 1566, 1546, 1543 y 1602 del Código Civil, por aplicación indebida; 942, 822 y 2º del Código de Comercio; por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

1. Dice el censor que la sentencia interpretó la demanda en el sentido de que las pretensiones en ella contenidas son la de resolución del contrato de compraventa de un automóvil y, subsidiariamente, la de cumplimiento, no obstante las variadas interpretaciones que el propio demandante le dio a ella en sus alegatos de instancia. Y la causa de la resolución consiste para

el sentenciador en que la vendedora transfirió al comprador un vehículo modelo 1974 cuando aquél compró uno de modelo 1975, por lo cual el incumplimiento lo hizo radicar en que se entregó al segundo un vehículo distinto del que se dijo vender. En efecto, reza la sentencia: “El *petitum* de la demanda está redactado textualmente pidiendo la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes por incumplimiento del vendedor; incumplimiento que se basa en el fenómeno fáctico de haber entregado el vendedor un carro Dodge Dart modelo 1974, siendo así que el contrato convenido versó sobre un modelo 1975. En esta forma se ha accionado, según lo considera esta Sala, con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil... Y el artículo 1602 *ibidem* añade (lo copia).” (fl. 42 v. Cdno. 5). Y agrega adelante: “De lo expuesto la Sala deduce que la pretensión invocada es la de resolución por incumplimiento que se le imputa en el libelo al vendedor” (fl. 46).

Y el Tribunal entendió además que se trató de una venta de cosa de género, pues al respecto transcribió un autor foráneo y dijo: “también aquí podemos aplicar la distinción sobre la que hemos insistido; Si se trata de una venta genérica, la falta de la cualidad constituye incumplimiento de la obligación; si se trata de venta específica representa falsa seguridad contractual” (fl. 45 v.). Y añade: “siguiendo el principio romano según el cual los géneros no perecen, que es el que anuncia el artículo 1567 del Código Civil, importa establecer si la obligación que contrajo el vendedor en el caso *sub judice* es de género o especie o cuerpo cierto, porque si la obligación fue de género siempre podrá cumplir el vendedor entregando una de la misma calidad” (fl. 47). Y concluye: “Puede afirmarse que en el caso *sub judice* no hay una sola prueba que tienda a demostrar que el objeto convenido fue un cuerpo cierto. Al contrario, la prueba que milita en autos en favor de una venta de género es nutrita”.

2. Agrega el casacionista que el Tribunal concretó su anterior apreciación probatoria en: a) La demanda que afirma que el comprador tuvo como mira comprar un automóvil Dodge Dart, modelo 1975; b) La factura de compra que dice que el mo-

delo es 1975; c) La contestación de la demanda que expresa que el modelo es 1975; d) El alegato de primera instancia de la parte demandada donde se afirma que el vehículo es modelo 1975 y no 1974; e) La comunicación dirigida al gerente de la vendedora por el comprador, en que afirma que el modelo de un carro se infiere "de la factura de compra producida por la casa fabricante y en la fecha del manifiesto de aduana".

Pero, expone el censor, dichas pruebas no demuestran que la venta versó sobre cosa de género, pues la afirmación de la demanda sobre el particular trasciende sólo al propósito del comprador de comprar un automóvil 1975, fuera de que allí también expresó que dicho automóvil fue precisamente el que le mostró el empleado vendedor, de modo que si la primera afirmación pudiera entenderse en el sentido de que compró bien de género, además de que sería irrelevante porque nadie puede crearse su propia prueba, la aceptación de que compró el auto que le mostraron, implica confesión que el Tribunal ignoró, de que la venta recayó sobre especie o cuerpo cierto. En efecto, dice en pasajes transcritos en el capítulo I: "El mismo me mostró los diversos tipos de automotores de la calidad y condiciones deseadas y fue así como me exhibió el automotor tipo automóvil, color blanco, de cuatro puertas, marca Dodge Dart, 6 cilindros, motor en línea, motor 4C-15191, serie 4613496, vehículo que se me afirmó ser modelo 1975". "Ante la creencia firme de que se trataba de un modelo 1975, como eran mis aspiraciones procedí a adquirir el citado automotor por la suma de \$ 308.000,00". "Fue así como se me entregó el automotor y la correspondiente factura Nº 58864 de 31 de mayo de 1975, con la cual se acreditan los eventos narrados en los anteriores hechos". Esta paladina confesión acredita que la venta fue de cuerpo cierto, pues precisa que compró el automóvil distinguido por todas sus especificaciones, y no un automóvil que reuniera dichas especificaciones, que sería el caso de venta de género, ya que el artículo 1565 del Código Civil establece que obligaciones de género son aquéllas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado, lo que no ocurre en este caso, pues el objeto de la

venta fue un automóvil determinado, o sea el que le mostró el vendedor al comprador, que en últimas fue el comprado, como aquél mismo lo dice. Por lo cual el sentenciador yerra ostensiblemente cuando manifiesta que no existe prueba en el expediente sobre que la venta fue de especie o cuerpo cierto, ya que la confesión citada constituye precisamente dicha prueba, que pasó por alto, incurriendo así en error de hecho manifiesto.

3. Y continúa el recurrente diciendo que las pruebas que parece le sirvieron de fundamento al sentenciador para concluir que se trató de venta de género no desvirtúan la susodicha confesión, ya que la factura de compra acredita, según el propio demandante, la compra de un vehículo determinado, como lo dijo en el hecho 3) de la demanda, o sea que mientras que aquél le asignó tal fuerza de convicción, contraria a sus intereses, la sentencia se la resta o incurre en contraevidencia. El alegato de la parte demanda nada dice acerca de que la venta fue de género, y aunque lo dijera no desfavorecería al demandado, pues no implicaría confesión en su contra (C. de P. C. Art. 197). El demandado, en la contestación, se limitó a afirmar que el vehículo vendido, que ya sabemos que el demandante acepta que fue el que le mostraron, es modelo 1975. Y la comunicación del gerente de la vendedora al demandante, apenas explica que de la factura, cuyo alcance fija el propio actor, y del manifiesto de aduana que habla de modelo 1975, se deduce que en realidad es de dicho modelo. Luego tales medios nada prueban sobre venta de género.

4. Remata el cargo manifestando, en resumen, que el error de hecho en que incurrió el Tribunal radicó por una parte en falta de apreciación de la confesión de la demanda, de la cual aparece que la compraventa fue de especie o cuerpo cierto, y por otra, en apreciación errónea de las pruebas en que parece apoyarse para concluir que aquélla fue de género, pues ninguna lo acredita. Esto lo apuntó certamente el salvamento de voto así: "Para el suscripto es de una claridad tranquila el supuesto de que la compraventa recayó sobre cuerpo cierto y eso lo confiesa el actor desde la demanda En el fallo inexplicablemente se ignora la confesión con-

tenida en la demanda, que es obvia". Y si la prueba ignorada se hubiera tenido en cuenta no sólo se habrían rechazado las que el Tribunal cita, y el sentido de la sentencia habría sido distinto.

Y fue así como el demostrado error llevó al Tribunal a violar, por indebida aplicación, las normas sustanciales anteriormente enunciadas.

Cargo segundo

Acusa la sentencia del Tribunal de violación de los artículos 1546, 1543, 1602 del Código Civil, 964, 822 y 2º del Código de Comercio, por aplicación indebida.

Comienza el censor por sostener que suponiendo que la cuestión fáctica correspondiera a la realidad, no propicia una pretensión de resolución de contrato, sino de rescisión por error en el consentimiento, como lo apunta el salvamento de voto.

En estas circunstancias agrega el recurrente, el sentenciador *ad quem*, al aplicar preceptos propios de la resolución a una situación litigiosa que exterioriza un vicio del consentimiento, aplicó indebidamente las normas indicadas al comienzo del cargo.

Termina el censor expresando que en síntesis, "una demanda resolutoria se apoyó en hechos jurídicos que no determinan la resolución sino rescisión o nulidad relativa (Arts. 1740 y 1741), por lo cual se deberá absolver al demandado de los cargos".

Se considera

1. De acuerdo con el régimen jurídico que reglamenta las obligaciones, tengan estas por objeto dar, hacer o no hacer, deben consignarse en forma clara, a fin de que el acreedor tenga la suficiente certeza respecto de lo que puede exigir y el deudor quede igualmente enterado de lo que está obligado a entregar. Por consiguiente, cualquiera que sea la especie de obligación, es indispensable su clara determinación, pues así lo exige la ley cuando preceptúa que las cosas presentes o futuras pueden ser objeto de una declaración de voluntad, "pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto

o contrato fije reglas o contenga datos que sirven para *determinarla*". (Art. 1516 del C. C.).

2. Atendiendo a la determinación de la cosa que constituye el objeto de la obligación y como quiera que dicho factor admite gradaciones, que van desde la determinación completa y absoluta hasta la incompleta y relativa, la legislación clasifica las obligaciones en de especie o cuerpo cierto y de género. Las primeras consisten en una cosa particularizada de tal manera que no se puede confundir con otra u otras de la misma clase. Las segundas, de acuerdo con la noción legal, "son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (Art. 1565 del C. C.).

3. La diferente noción que presentan las obligaciones de especie o cuerpo cierto y las obligaciones de género, trae aparejada igualmente diferencias notorias, entre las cuales cabe destacar las siguientes: a) En las de especie o cuerpo cierto, el deudor, además de la obligación de entregar la cosa debidamente singularizada, contrae la de conservarla hasta la entrega (Art. 1606 C. C.); en la obligación de género, en principio, el deudor no tiene la de conservar las cosas (Art. 1567 C. C.); b) Las obligaciones de especie o cuerpo cierto se extinguen por la pérdida de la cosa que se debe; en cambio las obligaciones de género no se extinguen, con motivo de que el género no perece (Art. 1567 C. C.); c) En las obligaciones de especie o cuerpo cierto el deudor únicamente se libera entregando a su acreedor la cosa debida; en los de género se libera entregando una cosa del género determinado o del género limitado (artículo 1586 del C. C.).

4. Regresando a la determinación del género, la doctrina distingue el género generalísimo, el género general y el género próximo o *genus limitatum*, puesto que no es lo mismo la obligación de entregar un carro Dodge, que un carro Dodge Dart, modelo 1975, de los que tiene el deudor para la venta en determinado local. Y, a través de la convención celebrada entre acreedor y deudor, éstas pueden limitar aún más el género, agregando otras especificaciones, o también dejándole la elección del carro al acreedor.

5. Ahora bien, en las obligaciones de género, si bien el deudor se libera entregando una cosa o individuo perteneciente al género, con tal que sea de mediana calidad, la doctrina, en procura de que el obligado no abuse de tal facultad, ha sostenido que la ejecución de obligaciones de este linaje, se encuentra controlada por principios generales que presiden los contratos, como la buena fe en su ejecución (Arts. 1603 C. C. y 871 C. Co.) y también, con motivo de la restricción impuesta por la convención, o sea, cuando el negocio jurídico limita aún más el género. No podía, entonces, el deudor de obligación de *genus limitatum*, para liberarse, entregarle al acreedor un automotor marca Dodge, modelo 1974, cuando la convención lo limitó al modelo correspondiente al año de 1975.

6. En este orden de ideas, cuando la convención celebrada es de compraventa de un automotor, marca Dodge Dart, modelo 1975 y sobre estas especificaciones prestan su consentimiento las partes, pero en desarrollo y cumplimiento de la obligación de dar el vendedor entrega uno que no corresponde a las modalidades generales pactadas, dicha convención facultó al comprador para pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento de ella, en uno y otro evento con indemnización de perjuicios (Arts. 1946 del C. C. y 870 del C. Co.).

7. En la especie de esta *litis* se tiene que el Tribunal fundamentó su fallo en dos aspectos: que en la demanda se formulaba la pretensión de declaratoria de resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, y que la venta fue de cosa de género.

a) Con relación al primero, no queda la menor duda de que la parte actora, como súplica principal, solicitó la resolución del contrato de compraventa celebrado con la sociedad demandada, pues pidió que se declarara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las partes vinculadas al litigio del rubro, en vista del incumplimiento del vendedor, con motivo de haber entregado cosa diferente de la pactada.

Cuando el libelo adolece de vaguedad, le corresponde al juzgador, en su labor de hermenéutica, desentrañar 'o pedido o súplicado, sin tener muy en cuenta algunos desaciertos que el libelista consta en la

estructuración de la demanda, pues ha sido doctrina constante de la Corte la de que la calificación jurídica de un hecho corresponde darle al juzgador, y no varía su naturaleza jurídica verdadera por razón de una mala denominación por parte de cualquiera de los litigantes (C. C. 16 de diciembre de 1969. T. CXXXII, 235; 4 de noviembre de 1970 T. CXXXVI, 82; 19 de mayo de 1975, aún no publicada).

En el caso *sub lite*, aunque el libelo no ofrece la claridad y precisión deseadas, sí exterioriza que la pretensión principal del demandante se concreta a la declaratoria de resolución del contrato de compraventa celebrado con la sociedad demandada y referente a un vehículo automotor Dodge Dart, modelo 1975, pues así se desprende del conjunto de la demanda.

De suerte que no aparece que el Tribunal hubiera desacertado en la interpretación de la demanda y en ver, en tal pieza, como súplica principal, la de resolución del contrato.

b) En lo que toca con el segundo soporte del fallo, o sea, que la venta fue de cosa de género, se tiene que el sentenciador *ad quem*, para sacar tal conclusión, se basó en un conjunto de pruebas, concretamente la confesión contenida en la demanda, en el escrito de respuesta, en el alegato de la parte demandada, en la factura de compra del vehículo y en comunicación dirigida por el gerente de la sociedad demandada al actor Javier Uribe Montoya.

Los anteriores elementos de convicción, unos más expresivos que otros, dan cuenta de que el actor Uribe se acercó al establecimiento comercial de venta de automotores de propiedad de la sociedad demandada, con el propósito de adquirir un vehículo marca Dodge Dart, modelo 1975, y sobre estas bases se ajustó la convención de compraventa, pero el que le entregaron, en desarrollo de la obligación de dar, no correspondía a la totalidad de las especificaciones pactadas, porque resultó ser de otro modelo.

Si de la anterior prueba el Tribunal dedujo que la venta fue de cosa de género, ésta conclusión es razonable y posible obtenerla de dichos medios de convicción, lo que permite concluir que no se da el error evidente de hecho. No debe perderse de vista, según doctrina reiterada de la Corte,

que cuando el juzgador en presencia de la prueba y, haciendo uso de su poder discrecional, saca de la misma una consecuencia que no repugna a la que ella exterioriza y, en tal virtud, tiene por demostrado un determinado hecho mas bien que otro, entonces no puede decirse que haya incurrido en yerro de hecho evidente, porque este error no se da si el Tribunal pudo, sin violentar la lógica, deducir del contenido de la prueba la conclusión que saca y aco ge. En el punto ha dicho la Corporación que "si en la sentencia recurrida se han cometido errores de facto, pero a su descubrimiento sólo puede llegarse después de encadenar razonamientos mas o menos sutiles que como lógica y natural consecuencia, desenlazan en la aceptación de que los yerros fueron cometidos, tal acontecer no serviría para aniquilar el fallo atacado, desde luego que los únicos errores de hecho que tienen aptitud para quebrar la sentencia impugnada son los ostensibles, aquellos cuya existencia se admite con solo señalarlos, los que se constantan sin ningún esfuerzo dialéctico, aquellos cuya ocurrencia se impone a la mente con solo señalarlos, los evidentes, los que, según la gráfica y expresiva manifestación de la Corte, brillan al ojo, saltan de bulto" (Cas. Civ. 4 de septiembre de 1975, aún no publicada).

8. Viene de lo dicho que ni el Tribunal cometió el error evidente que se le achaca en el cargo primero, ni quebrantó las normas sustanciales que se señalan en dicho cargo y en el segundo.

Por tanto, se rechazan los cargos.

Cargo tercero

Mediante éste acusa la sentencia, con fundamento en la causal cuarta de casación, de contener decisiones que hacen más gravosa la situación del único apelante.

Explica el censor el cargo así:

"El Juzgado, en el inciso segundo del aparte a) de su sentencia dijo: 'Igualmente deberá pagarle intereses corrientes por esas sumas de \$ 300.000.00 y \$ 8.000.00 desde cuando se entregaron a la vendedora'. Es decir, que habiendo condenado a éste a restituir las sumas recibidas por cuenta del

precio y por intereses de plazo, ordenó que ellas devengaban intereses comerciales.

"El Tribunal, sinapelación del demandante, quien se conformó con recibir el pago de intereses corrientes, oficiosamente y con cita del artículo 942 del Código de Comercio dispuso el pago de intereses comerciales, a título de aclaración.

"Resulta claro, que en esta forma hizo más gravosa la situación del apelante y violó la prohibición de la *reformatio in pejus* (C. de P. C. Art. 367), porque los intereses comerciales son más altos que los corrientes, pues si constituyen los autorizados entre otros casos para el mutuo (Art. 1163 del C. Co.) y para la resolución (Art. 942), serían el doble de aquellos, los cuales señala la Superintendencia Bancaria por orden de los artículos 884 del Código de Comercio y 991 del Código de Procedimiento Civil.

"En efecto, el artículo 883 del Código Civil dice que el deudor está obligado a pagar en caso de mora los intereses legales comerciales, 'como se determina en el artículo siguiente'. Y el 884 dispone que cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente, pero que a falta de estipulación de las partes, dicho interés será el doble, que parece ser entonces el interés legal comercial previsto en el artículo 942 para la resolución del contrato.

"Luego, si el Juzgado condenó al interés corriente y dentro de la nebulosa redacción del artículo 884 que define el interés legal comercial, se entenderá que es el doble, la *reformatio in pejus* se produjo y la causal alegada debe prosperar".

Se considera

1. *La utilidad o ganancia periódica que produce un capital se conoce con el nombre de intereses o frutos civiles y, de acuerdo con su reglamentación civil y comercial, según se causan durante el plazo o durante la mora, son remuneratorios o moratorios y, según se pactan o no, son convencionales o legales (Arts. 717, 718, 1617, 2231 y 2232 del C. C., 883, 884, 885 1163 y 1251 del C. Co.).*

2. *En materia mercantil, reiterando el postulado de la autonomía de la voluntad*

o libertad de contratación, con algunas restricciones autoriza el Código de Comercio el pacto de intereses remuneratorios o moratorios, pues solo, ante el silencio de las partes, el ordenamiento lo suple en la siguiente forma: "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse créditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será el doble y cuando sobrerepase de estos montos el acreedor perderá todos los intereses". (Art. 884 C. Co.).

3. La norma antes transcrita, que por su falta de claridad en la forma como quedó concebida le ha merecido constantes críticas, si permite inferir que contempla dos especies de intereses, o sea, los remuneratorios y los moratorios, equiparando los primeros al "bancario corriente" y los segundos, fijándolos en el doble del bancario. Una y otra especie sólo entran en juego cuando las partes han guardado silencio sobre el punto, o en otros términos, cuando no han estipulado interés para el plazo ni para la mora. Y, la última parte del precepto va orientado a evitar que la libertad de contratación, sobre las tasas de interés, degenera en abuso o usura.

4. Ahora bien, expresa la misma legislación comercial, que en caso de resolución de un contrato de compraventa, por incumplimiento del vendedor, el comprador tendrá derecho a que sobre la parte pagada del precio, aquél le pague "el interés legal comercial" (Art. 942 C. Co.). Se debe entender, ante el incumplimiento de una parte y como sanción a ésta, que el legal comercial a que se refiere el artículo 942 del Código de Comercio, es el moratorio, y no el legal remuneratorio o bancario corriente.

*5. Entonces, establecido que el derecho mercantil consagra intereses legales remuneratorios y moratorios; que los primeros son iguales al bancario corriente y los segundos al doble de aquéllos; y que el artículo 942 del Código de Comercio se refiere a los moratorios, se concluye que el Tribunal le agravó la situación jurídica al único apelante, o sea, a la sociedad demandada, puesto que el *a quo* la condenó al pago de "intereses corrientes" sobre de-*

terminadas sumas y, por las mismas, el *ad quem* modificó en ese punto el fallo para condenar a la sociedad opositora, con fundamento en el artículo 942 del Código de Comercio, al pago de los intereses comerciales a que se refiere el precepto antes citado.

6. Viene de lo dicho, entonces, que el cargo se abre paso, por contener la sentencia del Tribunal decisiones que hacen más gravosa la situación de la única parte que apeló, que lo fue, la sociedad demandada.

Sentencia de reemplazo

Como el quiebre de la sentencia del *ad quem* solo resulta ser eficaz respecto de la condena impuesta a la sociedad demandada en materia de intereses, a este preciso punto se concreta el fallo de instancia, al cual le sirven de fundamento las consideraciones sentadas para el despacho del cargo y a ellos se remite la Corte.

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, CASA la sentencia de 12 de mayo de 1978, proferida en este proceso ordinario y, actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

1º Confírmase la sentencia de 24 de marzo de 1977, pronunciada por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín.

2º Las costas de la segunda instancia corren de cargo de la sociedad demandada.

3º Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

CLAUSULA COMPROMISORIA

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Antecedentes

1. Mediante la Escritura número 5043 de 1963, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, Angel María Mora Moreno y Jorge Molano Sanabria constituyeron una sociedad comercial de responsabilidad limitada que denominaron "MORA Y MOLANO LTDA.", con domicilio en Bogotá y duración de diez años a partir del 27 de noviembre de dicho año.

2. En la cláusula 16^a de la mencionada escritura se estipuló: que en caso de muerte de un socio la sociedad continuaría con los herederos "y si esto no fuere posible por cualquier motivo, o si el socio sobreviviente no deseare tal continuación y así lo declarare, la sociedad quedará disuelta: En tal caso el socio sobreviviente será el único liquidador, tendrá el derecho de continuar el negocio por su propia cuenta, haciendo uso de la razón social, y podrá adjudicarse así mismo todos los bienes de la sociedad, siempre que simultáneamente asuma también la responsabilidad por el pasivo de la misma y reconozca la correspondiente deuda a favor de la sucesión del socio difunto. Para la validez de tal procedimiento es suficiente que el socio sobreviviente otorgue la correspondiente escritura pública".

3. Se convino también en la cláusula 19^a del mismo instrumento lo siguiente: "En caso de diferencias entre los socios o entre ellos y la sociedad, ya sea durante el contrato, durante la liquidación o después de

ella, si no pudieren ser conciliadas directamente, la controversia será sometida a la decisión de un árbitro único nombrado por los socios en forma unánime. En caso de que no hubiere acuerdo entre los socios para la designación de este árbitro único, la designación corresponderá a la Cámara de Comercio de Bogotá, previa solicitud escrita de cualquiera de ellos. El árbitro único decidirá las controversias en derecho y siguiendo las normas legales sobre arbitraje".

4. Angel María Mora falleció en esta ciudad el 13 de septiembre de 1966 y el correspondiente proceso de sucesión se abrió el 18 de octubre del mismo año en el Juzgado 18 Civil Municipal, en el que se reconoció a Amparo Clemencia, Ricardo Antonio, Beatriz y Carlos Arturo Mora Navarro como herederos del causante, en su calidad de hijos naturales del mismo y de Candelaria Navarro. A esta última se la reconoció como representante legal de los mencionados menores.

5. Por Escritura 4837 otorgada el 3 de noviembre de 1966 en la Notaría Cuarta de Bogotá, Jorge Molano Sanabria manifestó en síntesis que habiendo muerto su socio, que como ignoraba quiénes eran sus herederos y además que en todo caso no deseaba continuar la sociedad con éstos, declaró que la sociedad "Mora y Molano Limitada", estaba disuelta y en estado de liquidación.

6. El 31 de diciembre del mismo año e igualmente en la Notaría Cuarta de Bogotá, Molano Sanabria otorgó la Escritura 6062 mediante la cual llevó a cabo la liquidación de la expresada sociedad, y se adjudicó la totalidad de los bienes sociales, dedujo créditos a su favor y cargo del socio fallecido, y finalmente estableció como sal-

do o dividendo de capital a favor de la sucesión del mismo la cantidad de \$ 421.819.53 que se obligó a pagar a los herederos respectivos en un plazo de cinco años "contados a partir de la fecha en que cesen las medidas preventivas tomadas dentro del juicio de sucesión de Angel María Mora Moreno, sin intereses, y en diez contados semestrales de igual valor".

7. Con fecha 13 de febrero de 1970, la representante legal de los menores hijos de Mora Moreno envió una carta a Molano Sanabria en la que le dice que "desde hace varios años... he tratado que de común acuerdo en la forma más amigable resolvamos todo lo referente a la liquidación de la sociedad Mora y Molano Ltda....", que en "ninguna forma me considero satisfechana de acuerdo con la liquidación que usted efectuara, con la cual considero vulnerados los derechos de mis menores hijos, en consecuencia y de acuerdo con la cláusula 9^a de los Estatutos de la Sociedad... considero que como nos es imposible conciliar nuestras diferencias, debemos someternos a un arbitraje, designando de común acuerdo el árbitro". Esta carta se acompañó como prueba al escrito de contestación de la demanda de que enseguida se hablará y se mandó tener como tal en auto del 27 de febrero de 1972.

8. Con apoyo en los hechos atrás resumidos y afirmando además que la actuación unilateral y arbitraria de Molano Sanabria en la liquidación de la sociedad "Mora Molano Ltda.", había causado cuantiosos perjuicios a sus representados, Candelaria Navarro demandó a aquél para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Declarar la nulidad de la cláusula 16^a de la escritura de constitución de la sociedad, de la declaratoria de disolución de la misma y de la liquidación y adjudicación de bienes efectuadas por el demandado; y

b) Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a Jorge Molano Sanabria "a pagar los perjuicios ocasionados a los herederos reconocidos de ANGEL MARIA MORA MORENO, además (sic) del lucro cesante y del daño emergente, según lo que se probare en el respectivo incidente o articulación. Igualmente, ordénase el

nombramiento de un liquidador para la sociedad MORA & MOLANO LTDA.";

c) En subsidio, declarar que la liquidación de la sociedad de que trata la Escritura 6062 de 1966 (Notaría 4^a de Bogotá) "no es oponible a los menores herederos reconocidos" de Mora Moreno, y que como consecuencia se condenara a Molano Sanabria a indemnizar a éstos los perjuicios que les causó tal liquidación.

9. Con oposición del demandado trámítose la primera instancia del proceso, la que vino a culminar con el fallo del 12 de noviembre de 1974 mediante el cual el Juez 6^o Civil del Circuito de Bogotá denegó las súplicas de la demanda, de las cuales absolvió a Molano Sanabria, y condenó en costas a la parte actora, quien apeló de esa decisión.

10. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su sentencia del 14 de febrero de 1978, contra la cual el demandado interpuso el recurso de casación que ahora decide la Corte, revocó la apelada y en su lugar resolvió:

a) Decretar la nulidad de la cláusula 16^a de la Escritura 5043 de 1963 (Notaría 3^a de Bogotá) "en cuanto dijo '... o si el socio sobreviviente no deseare tal continuación y así lo declarare, la sociedad quedará disuelta; en tal caso el socio sobreviviente será el único liquidador, tendrá derecho a continuar el negocio por su propia cuenta, haciendo uso de la razón social, y podrá adjudicarse a sí mismo todos los bienes de la sociedad, siempre que simultáneamente asuma también la responsabilidad por el pasivo de la misma y reconozca la correspondiente deuda a favor de la sucesión del socio difunto. Para la validez de tal procedimiento es suficiente que el socio sobreviviente otorgue la correspondiente escritura pública: 'No se decreta en consecuencia la nulidad solicitada por la primera parte de la propia cláusula y en consecuencia ella quedará así: 'MUERTE DE UN SOCIO: En caso de muerte de alguno de los socios, la Sociedad continuará con sus herederos'".

b) Decretar también la nulidad "de los actos de disolución y liquidación de la sociedad Mora y Molano Ltda., de que tratan las Escrituras 4837 y 6062, ambas de la Notaría Cuarta de Bogotá".

c) "En las restituciones a que haya lugar, ante la declaración de nulidad de actos, deberán ceñirse los socios al contenido del artículo 1746 del Código Civil, teniendo en cuenta para ellos los abonos parciales a que se hizo referencia en la motivación anterior al analizarse ese aspecto".

d) "Condénase a la parte demandada al pago de los perjuicios que con su conducta se hayan ocasionado a los demandantes. Para su liquidación, sígase el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".

e) Denegar por improcedente "en virtud de haberse previsto en la propia escritura de constitución, a la cual debe estarse, la petición segunda del punto cuarto del *petitum*".

f) Condenar a la parte demandada al pago del 80% de las costas de la primera instancia y disponer que no había lugar a ellas en la segunda por haber prosperado la apelación.

11. Durante la tramitación de segundo grado Ofelia Mora de Gaona, a quien el Juzgado ante el cual se adelantaba el proceso de sucesión de Mora Molano reconoció como heredera del causante, solicitó y obtuvo que se le reconociese como coadyuvante de la parte actora en esta *litis*.

Motivación del fallo impugnado

El Tribunal comienza por analizar la cláusula 16^a de la escritura de constitución de "Mora y Molano Ltda." y encuentra incoherente que en ella se exprese en primer término que si ocurriere el fallecimiento de uno de los socios, la sociedad continuará con los herederos del fallecido, para agregar inmediatamente que "si ello no fuere posible por cualquier motivo o si el socio sobreviviente no deseare tal continuación, y así lo declarare, la sociedad quedará disuelta". Esta estipulación, a juicio del juez *ad quem*, implica que se sujetó "la continuidad o desaparición de la sociedad a la voluntad de uno solo de los contratantes".

Con transcripción de doctrina de la Corte, estudia luego el sentenciador el significado y el alcance de los artículos 1535 y 1536 y su aplicabilidad a los contratos de sociedad, para concluir que "la voluntad de las partes en tal aparte de la cláusula

se estructura una condición puramente protestativa, de aquéllas a las cuales el artículo 1535 resta valor, y por el contrario consagra su nulidad con criterio de la *Sala*". Por esta razón considera que la primera súplica de la demanda está llamada a prosperar, salvo en cuanto a la primera parte de la cláusula en cuestión que está ajustada a la ley.

Se refiere enseguida a la segunda petición del libelo y estima que para decidirla es menester estudiar en primer término si es cierta la afirmación que hizo Molano Sanabria en la escritura mediante la cual declaró la sociedad disuelta, en el sentido de que ignoraba quiénes eran los herederos de Angel María Mora. De la manera un poco dudativa como se dio respuesta a la demanda y del "dicho de otros exponentes" deduce que el demandado si conocía "la existencia de los herederos del señor Mora, así como la apertura del proceso de sucesión".

En estas condiciones expresa que no sólo es inexplicable sino también injustificable que Molano se hubiera apresurado a declarar disuelta la sociedad, a sabiendas que estaba pactado que en caso de muerte de un socio ella continuaría con los herederos del fallecido, y que en forma unilateral y prevalido de una cláusula "que se ha anulado", hubiera efectuado la liquidación en la forma como lo hizo, autoadjudicándose todos los bienes sociales. De esta suerte, considera "no puede ser válido el proceso contenido en la Escritura 4837... a través de la cual se dijo disolver la sociedad de marras y tampoco el proceso de liquidación de la misma, protocolizado en la Escritura 6062... a la cual se refiere precisamente el punto tercero del *petitum*, teniendo en cuenta primero que todo, que tales actos se causaron como consecuencia de actuación cumplida al amparo de cláusula cuya nulidad ya se ha examinado, y además, habida la consideración de que cuando existen en juego derecho de menores, la ley quiere ampararlos al máximo...".

Con base en estos razonamientos el fallador de segundo grado concluye que las peticiones segunda y tercera de la demanda también están llamadas a prosperar.

En cuanto a la súplica cuarta, o sea la referente a los perjuicios sufridos por los de-

mandantes y cuya indemnización pretenden, dice el Tribunal que la disposición aplicable es justamente el artículo 1746 del Código Civil, sobre las restituciones mutuas a que hay lugar cuando se decreta la nulidad de un acto jurídico. Y agrega que no puede perderse de vista que el demandado suministró en el proceso de sucesión de Mora Moreno "sumas de dinero que él mismo contempló como pagaderas a los herederos, en forma sucesiva, cuando pretendió la liquidación de la sociedad, las cuales aparecen en parte cobradas por los propios herederos, y por tanto, tal aspecto deberá tenerse en cuenta cuando se pretenda aplicar, al liquidar la sociedad, y hacerse las restituciones y compensaciones debidas".

"Pero fuera de ello, es lógico llegar a la conclusión de que con los actos de disolución y liquidación que pretendió hacer uno de los socios al amparo de la cláusula escrituraria cuya nulidad suficientemente se ha analizado, se causaron perjuicios a los herederos del otro socio. Y en consecuencia, procede la condena pedida, para cuya liquidación deberá seguirse el procedimiento previsto para estos casos por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".

En seguida hace referencia a los artículos 11 de la Ley 124 de 1937, 532 y 535 del antiguo Código de Comercio, que estaban vigentes cuando la sociedad Mora Molano Ltda., se constituyó y fue luego disuelta, y 2129 del Código Civil que transcribe, para concluir que en el presente caso se trató de dar aplicación a lo que disponía el artículo 9º de la citada Ley 124. "En consecuencia, debiendo continuar la sociedad, y debiendo regirse entonces por las estipulaciones consagradas al efecto en el Código Civil, a ellas deberá sujetarse su disolución y liquidación. Y concretamente en la relacionado con ésta, deberá tenerse en cuenta lo previsto en la propia escritura, especialmente en la cláusula 18, sobre esta materia".

El recurso de casación

Ocho cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, cuatro por la causal primera, dos por la segunda, uno por la tercera y otro por la causal quinta

de casación, de los cuales se estudia únicamente el último (marcado como primero en la demanda) que está llamado a prosperar.

Primer cargo

Se afirma que todo el proceso está viciado de nulidad por falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer de la controversia suscitada entre las partes, en atención a que al haberse pactado cláusula compromisoria en el contrato de sociedad, las partes sustrajeron del conocimiento de la rama jurisdiccional del poder público las controversias que entre ellas pudieran suscitarse con motivo de dicho contrato y se le atribuyeron a la justicia arbitral.

Dice la censura que esta nulidad es insaneable y que "puede y debe ser declarada oficiosamente" y que aunque puede proponerse como excepción previa "el hecho de no hacerlo no impide a la parte demandada alegarla en cualquier estado del proceso en razón de su insaneabilidad".

Luego de transcribir la cláusula compromisoria a que se refiere, destaca el recurrente que en ella se previó arbitramento para todas las controversias que se suscitaran entre los socios o entre éstos y la sociedad, "ya sea durante el contrato, durante la liquidación después de ella si no pudieren ser conciliadas directamente". Y agrega que en carta dirigida al socio sobreviviente por la representante legal de los herederos de Mora Moreno que se mandó tener como prueba en el proceso, ésta invocó la cláusula de que se trata en razón de su inconformidad con la manera como el destinatario de dicha misiva procedió a declarar disuelta la sociedad al hacer la respectiva liquidación.

Con apoyo en las razones expuestas pide el recurrente que se decrete la nulidad de todo lo actuado en este proceso, sin que sea del caso ordenar que se rehaga la actuación anulada, precisamente en consideración a la falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer de la controversia suscitada entre las partes litigantes y por ende de que la nulidad que ello acarrea es de carácter insaneable.

Consideraciones de la Corte

Entiéndese por compromiso —ha dicho la Corte— “el contrato que celebran personas capaces de transigir con el fin de someter a la decisión de arbitradores, en lugar de a un fallo de la rama jurisdiccional del poder público, una diferencia concreta legalmente susceptible de transacción, antes o después de que se haya iniciado el pleito correspondiente... Cláusula compromisoria, según el artículo 2º de la Ley 2ª de 1938, es ‘aquélla por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él pueden surgir o algunas de ellas’. Trátase pues de un acuerdo de voluntades también solemne pero necesariamente accesorio, celebrado igualmente entre personas capaces de transigir, que persigue los mismos fines que el compromiso y que está sujeto a idéntica regulación legal, sólo que en el momento de su celebración aún no ha surgido ninguna controversia entre las partes. En ambos hay una derogación convencional de la jurisdicción ordinaria y el sometimiento a la arbitral, cuyo fallo, según lo que convengan las partes, puede ser proferido en derecho o en conciencia” (CXLII, página 9).

Los principios expuestos en la doctrina transcrita conservan su vigencia bajo los actuales Código de Comercio y de Procedimiento Civil y en especial en cuanto a la “renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces, pero no impiden adelantar ante éstos procesos de ejecución” (artículo 2011 C. de Co., y 663 C. de P. C., inciso final).

En la escritura de constitución de la sociedad “Mora Molano Ltda.” (cláusula 19ª), como atrás se dijo, se pactó cláusula compromisoria, pacto que tenía plena validez por haber sido acordado entre personas capaces de transigir y con las formalidades legales entonces vigentes. Sobre este preciso aspecto no hay desacuerdo alguno entre recurrente y opositor.

El requisito de la capacidad para transigir que deben tener quienes celebran un compromiso es de vieja data en nuestra legislación: así lo estatúía el artículo 307 de la Ley 105 de 1890.

La discrepancia entre las partes a este respecto, y de la manera como se resuelva depende la prosperidad o el fracaso de la causal en estudio, radica en la aplicabilidad de dicha cláusula cuando se produjo el conflicto entre el socio sobreviviente y los herederos del fallecido, con motivo de la disolución y de la forma como se llevó a cabo la liquidación de la sociedad de que se trata. Está probado que éstos eran menores cuando ocurrieron esos dos eventos y siéndolo, obviamente carecían de facultad para comprometer, como que ésta sólo la tienen las personas capaces de transigir (artículos 2011 C. de Co. y 663 C. de P. C.).

No se remite a duda que a los herederos de Mora Moreno, al haber aceptado la herencia por conducto de su representante legal, adquirieron todos los derechos patrimoniales que tenía su causante y que asumieron las obligaciones a cargo de éste, aceptación que desde luego estaba sujeta a que se hiciese con beneficio de inventario, como en efecto se hizo. De esta suerte, en lo que se refiere a la sociedad de la cual era socio Mora Moreno, quedaron colocados jurídicamente en la situación que éste ocupaba en el contrato social, vale decir, quedaron ligados por la cláusula compromisoria pactada en el mismo. No en otra forma puede entenderse su calidad de causahabientes a título universal del socio fallecido.

El artículo 489 del Código Civil, en el que se apoya el opositor para desconocer la aplicabilidad de dicha cláusula a causahabientes incapaces, es del siguiente tenor: “Se necesita asimismo previo decreto para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos de pupilo, que se valúen en más de mil pesos, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del promisario se someterá a la aprobación judicial so pena de nulidad”.

Esta norma, como fácilmente se deduce de su texto, no prohíbe en manera alguna que cuando se haya celebrado una transacción o un compromiso (o convenido una cláusula compromisoria, en su caso) entre personas capaces, si por cualquier motivo hubiere causahabientes incapaces que deban proceder a cumplirla, aquélla o éste cesen en sus efectos y por consiguiente no puedan ser llevadas a cabo. Tal ocurre, como en el presente caso, cuando fallece la

persona capaz que celebró la transacción o el compromiso o que pactó la cláusula compromisoria y lo suceden herederos incapaces.

La norma es cuestión apenas exige, en interés de los menores y para protección de los mismos, en casos como el presente, la intervención del juez para aprobar el laudo que se profiera; no así respecto de la cláusula compromisoria porque, como atrás se dijo, ésta se pactó cuando los que la acordaron eran personas capaces. Esta es la opinión de don Fernando Vélez (Estudios sobre el derecho civil colombiano, 2^a Ed. Imp. París América, Tomo II, números 279 y 260), Champeau y Uribe (París 1899, Rec. Sirey, Tomo I, núm. 814) y Manuel Somarriba (Editorial Nascimiento, Santi agosto 1936, Derecho de Familia, página 550).

Por consiguiente, a juicio de la Corte, cuando entre personas capaces de transigir se ha pactado válidamente una cláusula compromisoria o se ha celebrado un compromiso, los efectos de uno y otro no se alteran ni se suspenden cuando uno de los contratantes fallece y lo suceden herederos incapaces. Se requiere sí, según el citado artículo 489 del Código Civil que el laudo que se profiera sea aprobado judicialmente. Por lo tanto la cláusula compromisoria de que se trata en este proceso, no perdió validez, ni aplicabilidad, ni se suspendió en sus efectos hasta la mayor edad de todos los herederos del socio fallecido, por la circunstancia de que al ocurrir tal fallecimiento aquéllos fuesen incapaces. Esa cláusula fue pactada en forma muy amplia, como que comprendía las divergencias que pudieran suscitarse entre los socios o entre éstos y la sociedad durante la vigencia de la misma, con motivo de su disolución y también de su liquidación.

Tiene pues plena aplicación en el caso *sub judice*, en virtud de lo expuesto hasta aquí, lo que dijo la Sala en sentencia del 17 de abril del año en curso, aún no publicada: "Por la cláusula compromisoria, o el compromiso en su caso, se sustraen válidamente de la jurisdicción del Estado el conocimiento y la decisión de las controversias que en aquélla se determinan, con el resultado de que la rama jurisdiccional del poder público pierde la jurisdicción sobre tales controversias. De consiguiente, si de ellas conoce, el proceso es nulo por la primera de las causales previstas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que reza así: 'el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción'". (Proceso de Cartón de Colombia S. A., vs. Consorcio Bananero S. A., y otros).

Sorprende a la Corte que la parte demandada en este proceso haya reservado para el recurso de casación invocar esa causal de casación, cuando la buena fe procesal le exigía hacerlo desde un principio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia impugnada y en su lugar DECLARA LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO en este proceso a partir del auto admsorio de la demanda.

Cópíese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Jurisdicción y competencia. Finalidad de la prohibición de la reformatio in pejus

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de octubre de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario adelantado por el establecimiento público Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla contra los Bancos Cafetero y Franco Colombiano.

Antecedentes

I. Por libelo que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, solicitó el mencionado establecimiento público que se hicieran los pronunciamientos siguientes:

a) Que los bancos demandados son solidariamente responsables de los perjuicios causados al establecimiento demandante, por el pago de cheques girados a favor de éste y "consignados en la cuenta corriente número 23779-2 y 093-01166-5 del señor Régulo Anaya Solano en el Banco Cafetero, sucursal Principal de Barranquilla, pagados por el Banco Franco Colombiano con violación de las normas vigentes sobre el particular".

b) "Que, por lo tanto, los bancos demandados deberán pagar solidariamente a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla los perjuicios de que trata la pe-

tición anterior en la cuantía que aparezca acreditada en el proceso (daño emergente y lucro cesante consistente en los intereses corrientes comerciales de las sumas a que asciende el daño emergente, a partir del día en que esta demanda se presentó, hasta que se verifique el pago del capital) o, en subsidio, se haga la condena en forma genérica para que se liquide su importe como lo disponen los artículos 307 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pago que deberán efectuar los demandados dentro del plazo de 3 días, a partir de la ejecutoria del fallo que ponga fin a este proceso. Para la estimación del daño emergente se tendrá en cuenta la devaluación monetaria y la capitalización anual de los intereses conforme al artículo 885 del Código de Comercio".

c) Que se condene a los demandados a las costas del proceso.

II. Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

a) Régulo Anaya Solano, desde el 21 de julio de 1971 hasta el 21 de noviembre de 1973, mantuvo cuenta corriente en el Banco Cafetero, sucursal principal de Barranquilla, en un principio distinguida con el número 23779-2 y, posteriormente, con el número 093-1166-5.

b) La Compañía Transportadora S. A., giró a la orden de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y a cargo del Banco Franco Colombiano, varios cheques cuyo monto total supera la suma de trescientos mil pesos (\$ 300.000,00), para pagar derechos de almacenamiento.

c) Otras personas también giraron cheques a favor del establecimiento público demandante contra las cuentas corrientes que

aquéllas tenían en el mismo Banco Franco Colombiano, "por sumas que exceden de cien mil pesos (\$ 100.000.00)".

d) Los cheques girados por la Sociedad Transportadora S. A., llevan "la leyenda escrita entre dos líneas transversales: 'Únicamente para consignar en la cuenta del primer beneficiario'".

e) "No obstante lo anterior, y a pesar de haber sido entregados por sus giradores a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, tales cheques aparecieron depositados en la cuenta particular del señor Régulo Anaya S., en el Banco Cafetero, sucursal principal de Barranquilla y cobrados por esta entidad del banco girado, que lo fue el Banco Franco Colombiano, por el sistema de canje. Tales cheques fueron además, pagados en contravención a la regla sexta (6^a) y décima segunda (12) de la circular general número 246 de febrero 17 de 1950, y de la Resolución 350 de 1941, emanadas de la Contraloría General de la República". Los cheques que no llevaban la leyenda antes transcrita, se hallaban cruzados.

f) Raúl Garay Mora, Gerente de la sucursal del Banco Cafetero en Barranquilla por los años de 1971 a 1973, desempeñó por esa misma época y con posterioridad a ella el cargo de "Miembro de la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, en representación de la ANDI, FENALCO, ACOPI y ASOCIACION BANCARIA, y como tal no podía ignorar los reglamentos" o circulares de la Contraloría.

g) "Si los demandados hubieran dado cumplimiento a las normas legales y reglamentarias y a las disposiciones e instrucciones de la Contraloría General de la República; y, además, hubieran obrado con elemental prudencia y diligencia, no habría aceptado en consignación el Banco Cafetero, ni pagado el Banco Franco Colombiano los cheques girados a la orden de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla".

h) Que por virtud de los anteriores hechos, el establecimiento público demandante sufrió perjuicios en cuantía superior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00).

III. Por separado los demandados procedieron a responder el libelo, en el senti-

do de admitir algunos hechos y de negar otros, para culminar con oposición a las súplicas.

IV. La primera instancia terminó con sentencia de 28 de febrero de 1978, en la que se resolvió lo siguiente:

"1º Absuélvese (sic) a la entidad Banco Franco Colombiano de los cargos formulados en el libelo.

"2º Condénese al Banco Cafetero a pagar a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla la suma de doscientos cincuenta y un mil seiscientos quince pesos con cinco centavos (\$ 251.615.05) moneda legal, más intereses desde el 16 de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), hasta el día de su cancelación. Condénase en costas".

V. La resolución precedente únicamente fue impugnada mediante el recurso de apelación por el Banco Cafetero, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 16 de octubre de 1978, en el que se dispuso:

"Refórmese la sentencia de febrero 28 del año en curso dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito dentro del proceso ordinario seguido por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla contra los Bancos Franco Colombiano y Cafetero de esta ciudad, la cual quedará así:

"1º Declárase que los Bancos demandados son solidariamente responsables de los perjuicios causados a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla por el pago de cheques girados a la orden de ésta, consignados en la cuenta corriente del señor Régulo Anaya Solano en el Banco Cafetero, sucursal principal de esta ciudad y pagados por el Banco Franco Colombiano.

"2º Los Bancos demandados como consecuencia de la declaratoria anterior, deberán pagar solidariamente a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla la suma de doscientos cincuenta y un mil seiscientos quince pesos con cinco centavos (\$ 251.615.05), más los intereses al 2% mensual desde el 18 de noviembre de 1975 hasta el día de su total cancelación.

"3º Condénase en costas a los demandados".

VI. Inconformes los Bancos demandados con la decisión anterior, en la debida oportunidad interpusieron el recurso extraordi-

nario de casación, el que por estar tramitado procede la Corte a resolverlo.

La sentencia acusada

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio, observa enseguida que se reclama responsabilidad de los Bancos Franco Colombiano y Cafetero "por el hecho de haber permitido consignar en la cuenta particular del señor Régulo Anaya Solano cheques que fueron girados a favor de la zona Franca Industrial y Comercial, no obstante que en algunos de tales instrumentos se había insertado la cláusula de pagarse al primer beneficiario y otros eran cruzados".

A continuación agrega el sentenciador de segundo grado que la limitación de la negociabilidad establecida por el girador del cheque coloca al banco girado en la obligación de no hacer el pago en condiciones diferentes a las señaladas. Por consiguiente, "paga incorrectamente cuando cancela el valor del cheque no negociable a quien no es el primer beneficiario", pues esta aserción encuentra respaldo en lo preceptuado por el artículo 715 del Código de Comercio, el cual establece que "la negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique. Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, solo podrán cobrarse por conducto de un banco".

Lo anterior significa, dice el *ad quem*, que el banco girado debe respetar la voluntad del cuentacorrentista, que en este caso es la de pagar el cheque únicamente al primer beneficiario.

Sentado el criterio que se acaba de anunciar afirma el Tribunal:

"Pues bien, está suficientemente demostrado en este proceso que la Compañía Transportadora S. A. giró a la orden de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, y a cargo del Banco Franco Colombiano, sucursal de Barranquilla, varios cheques en los cuales se insertó la leyenda 'únicamente para consignar a la cuenta corriente del primer beneficiario'. Es decir, en que se limitaba la consignación a la cuenta corriente de la actora en este litigio. Luego si tales títulos fueron a

parar a una cuenta diferente, el girado debe responder por su incumplimiento.

"El Banco Franco Colombiano cuando le fueron presentados los cheques para compensación por el Banco Cafetero no debió aceptarlos porque la limitación no desaparecía por el hecho de que se utilizará otro banco para la operación. La relación va del girador hacia el girado para que reciba el beneficiario. Si los dineros no llegaron a este último, el pago fue mal hecho. Distinta sería la situación si la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla hubiera consignado esos cheques en una cuenta corriente que tuviera en el Banco Cafetero y éste por el sistema de la compensación hubiera obtenido del Franco Colombiano el pago para su cliente".

A continuación el Tribunal se ocupa de la conducta del Banco Cafetero y en el punto sostiene:

"La conducta del Banco Cafetero tampoco fue correcta pues ante la leyenda limitativa del cheque no debió admitir la consignación el señor Régulo Anaya Solano, porque no se necesitaba de ningún esfuerzo para captar la irregularidad que se cometía".

Más adelante dice el *ad quem* que "uno y otro banco actuaron con notoria negligencia, contrariando instrucciones claras y legítimas del girador. La doctrina y particularmente la propia Superintendencia Bancaria tienen aclarado que ni siquiera cediendo el beneficiario el cheque que tiene una limitación, puede el librado pagarla a persona distinta de la señalada por el cuentacorrentista".

Insiste el Tribunal en que no hay duda sobre la responsabilidad que les cabe a los bancos demandados en relación con cheques con cláusula limitativa de negociabilidad. No ocurre lo propio respecto de otros cheques que afirma el demandante estaban cruzados, porque "no hay prueba alguna en el proceso".

Termina el sentenciador de segundo grado expresando que "en cuanto a los daños causados por el pago de los cheques primariamente mencionados, se desprende de los mismos títulos, está respaldada además con inspecciones judiciales y peritazgos practicados en el curso del proceso, pruebas estas que no fueron desvirtuadas por los demandados, quienes se limitaron a

manifestar que carecían de instrucciones precisas".

La acusación

Contra la sentencia que se deja resumida, ambos demandados formularon el recurso de casación y presentaron sus correspondientes demandas.

La Corte estudiará en primer lugar la del Banco Franco Colombiano.

Tres cargos dirige el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal quinta y los restantes por la primera, de los cuales se estudia el inicial por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Lo presenta así:

"Toda vez que el *ad quem* carecía de competencia para revocar la total absolución del Banco Franco Colombiano, dispuesta por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla en sentencia de fecha febrero 28 de 1978, *fallo éste que no fue apelado por la actora*, lo que trajo que la sentencia de segunda instancia, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 16 de octubre del mismo año, sea nula al tenor del artículo 152, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil".

Enseguida el recurrente dice que la nulidad que alega es evidente, por las razones siguientes: "a) Que el apoderado del Banco Cafetero, al momento de notificarse la sentencia de primera instancia, era el doctor Amiro García Vargas; b) Que el apoderado del Banco Franco Colombiano, a la misma época, era el doctor Alfredo Uribe Carbonel; c) Que solamente apeló de la sentencia de primera instancia el apoderado del Banco Cafetero, doctor Amiro García Vargas".

Termina el censor expresando que a pesar de que el juzgador *ad quem* no tenía competencia para modificar la resolución absolutoria hecha en pro del Banco Franco Colombiano, "varió la sentencia de primera instancia" y condenó al mencionado banco, "incurriendo así la sentencia de segunda instancia en nulidad conforme al artículo 152, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

1. como quiera que la jurisdicción y la competencia, a pesar de presentar notorias diferencias, venían siendo tratadas en el anterior régimen procesal bajo un mismo concepto (Arts. 145, 148, 443 y 449 de la Ley 105 de 1931), en el nuevo estatuto se deslindan esos dos criterios suficientemente y, a manera de ejemplo, sirve la institución de la nulidad en donde aparecen consagradas como causales, de manera separada, la falta de competencia en el juzgador y corresponder el asunto a diferente jurisdicción (Art. 152, numerales 2º y 3º del C. de P. C.).

2. La facultad de administrar justicia que se concede a los jueces respecto de algunos asuntos y en determinado ámbito territorial, es lo que en términos generales se denomina competencia, o con otras palabras, es la facultad que tiene cada juez para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de determinados límites físicos o especiales.

3. Para determinar la competencia de los juzgadores, la ley y la doctrina han acudido a un conjunto de factores, que se concretan a cinco: a) objetivo; b) subjetivo; c) territorial; d) de conexión; y, e) funcional. El primero, tiene que ver con la naturaleza del asunto; el segundo, con la calidad de las partes que intervienen en el litigio; el tercero, con el lugar donde debe ventilarse el proceso; el cuarto, con acumulación de pretensiones o pretensiones conexas; y, el quinto, con la clase especial de funciones que ejerce el juez en los procesos.

4. De los anteriores factores determinantes de la competencia interesa, para el despacho del cargo, el último de ellos, que corresponde, como se ha dicho con propiedad, a una distribución vertical de la competencia, como quiera que la ley asigna el conocimiento de la primera instancia (*a quo*) a unos jueces y la segunda a otros (*ad quem*). Según esto, hay jueces de primera y de segunda instancia (Arts. 15, 16, 25, 26, 27 C. de P. C. y IX del Concordato).

Dentro del factor funcional y atendiendo la complejidad de las cuestiones jurídicas que se presentan en los recursos extraordinarios de casación y revisión, le asigna el conocimiento de los primeros exclusiva-

mente a la Corte y, de los segundos, a los Tribunales o a la Corte, según quien haya pronunciado la sentencia materia de la revisión.

5. Ahora bien, medios de impugnación como el recurso de apelación propuesto por las partes litigantes o por una de ellas, da lugar al desenvolvimiento del principio de las dos instancias (Art. 3º C. P. C.) y, de paso, a la exteriorización de la competencia funcional, puesto que al culminar el primer grado por sentencia (*juez a quo*) y ser atacada ésta por el litigante agravando mediante el recurso de apelación, se origina la segunda instancia, cuyo conocimiento atribuye la ley a juzgador diferente (*juez ad quem*).

6. La competencia funcional en el sentenciador de 2º grado, originada por el recurso de apelación que se propuso contra el fallo pronunciado por el juez de primera instancia, unas veces es panorámica o lo suficientemente extensa como que le permite la revisión total de lo decidido por el a quo y, otras veces, es restringida con motivo de principios que rigen la alzada, como el de la reformatio in pejus. Este, que se presenta con claro respaldo legal en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, consiste en que el recurso de "apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuera indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido el recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

La reformatio in pejus, que se traduce en un principio negativo, por cuanto la prohíbe el juez ad quem modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso, se configura mediante las condiciones siguientes: a) vencimiento parcial de un litigante; b) que solo una parte apele; c) que el sentenciador ad quem haya empeorado con su decisión al único recurrente; y, d) que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella.

Cuando el juzgador ad quem subestima en su fallo el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, tal quebranto puede conducir, según la naturaleza del proceso, a impugnar dicha decisión mediante el recurso de casación, pues el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, señala como causal cuarta, "contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no hayaapelado ni adherido a la apelación".

Empero, no sólo el principio antes aludido constituye una limitación a los poderes de decisión del sentenciador ad quem, puesto que no siendo absoluto o irrestricto, también se encuentra restringido por el objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, o sea, sobre la sujeta materia de la apelación. El sentenciador de segundo grado no tiene mas poderes que los que le ha asignado el recurso formulado, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que al efecto no tiene competencia, como quiera que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque.

Por consiguiente, si la composición del litigio es entre un demandante y dos demandados y el fallador de primera instancia decide en su fallo condenar a uno de los demandados y absolver al otro y, contra esta sentencia únicamente apela el demandado condenado, o sea, que respecto de la resolución absolutoria no hubo recurso sino consentimiento por el actor y opositor favorecido a lo así sentenciado, no hay el menor asomo de duda acerca de que el objeto propio de la alzada quedó circunscrito definitivamente en este caso nada más que a la resolución adversa al apelante y en lo desfavorable a éste, y que dentro de ese límite de competencia debió moverse la actividad jurisdiccional del ad quem, para no desbordar su ámbito de competencia funcional.

En la especie de esta litis, el fallador de segundo grado se alejó del radio de su competencia al fenece la segunda instancia, pues a pesar de que el a quo atendió las súplicas de la demanda respecto del demandado Banco Cafetero y absolvió de ellas al codemandado Banco Franco Co-

lombiano, y de esta resolución sólo apeló el banco condenado, lo cual implica que el *ad quem* sólo tenía competencia para revisar la decisión en lo desfavorable al recurrente, puesto que las otras decisiones alcanzaron firmeza por haber consentido el demandante al no apelar, resolvió revisar esta última decisión para condenar también al demandado absuelto por el *a quo*, careciendo de competencia, por tratarse de puntos que escapaba a la materia de la apelación.

Así las cosas, se configura la causal de nulidad alegada por el demandado Banco Franco Colombiano y, por ende, prospera el cargo, lo cual conduce al quiebre de la sentencia, y a que la Corte, como Tribunal de instancia, decrete la nulidad y disponga, a términos del inciso 4º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, la remisión del expediente al Tribunal de origen, para que este proceda a renovar la actuación.

Lo anterior releva a la Corte de ocuparse de la otra demanda de casación presentada por el Banco Cafetero, máxime que no presenta cargos por yerros *in procedendo*.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de 15 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este proceso ordinario y, actuando como Tribunal de instancia decreta la nulidad de lo actuado a partir del fallo del Tribunal, inclusive.

Envíase el expediente al Tribunal de origen, para que dicte nuevo fallo.

No hay lugar a condena en costas.

Cópíese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

PRUEBA DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

La partida, folio o certificación es prueba eficaz para demostrar el estado civil de la persona, aunque por si sola por regla general, no sea suficiente para demostrar la calidad de hijo legítimo de quien figura como padre

La partida extendida a petición del padre y autorizada con su firma, es uno de los reconocimientos de paternidad natural

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

El proceso

1. Alejandro Bueno Prada demandó por la vía ordinaria a la sucesión intestada de Pedro Felipe Bueno Prada "representada por sus herederos, entre los cuales se encuentra LUZ MARINA BUENO GOMEZ, menor de edad, con curaduría legal de su madre CECILIA GOMEZ AYALA", para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Declarar la nulidad absoluta de la inscripción hecha ante el Notario 2º de Bucaramanga, en el libro N° 67 del registro civil de nacimiento fl. 181, número 4067, referente al nacimiento de Luz Marina Bueno Gómez, cuyo texto transcribe la demanda.

b) Como consecuencia de la anterior declaración, disponer que la copia de la mencionada partida de nacimiento que se allegó como prueba al proceso de sucesión de Pedro Felipe que se tramita en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Medellín, no presta mérito alguno ante la ley.

c) "que por motivo de las dos declaraciones precedentes LUZ MARINA BUENO GOMEZ, no es HIJA LEGITIMA Y TAMPOCO NATURAL del causante PEDRO F. BUENO PRADA, y por ello CARECE DE TITULO DE LLAMAMIENTO en la herencia de aquél, en conformidad con el artículo 1040 del Código Civil".

d) "Que LUZ MARINA BUENO GOMEZ está afectada de indignidad, en consideración a su título de llamamiento a la sucesión intestada y tampoco puede concurrir al inventario, en conformidad al (sic) artículo 1312 ibidem".

e) "Que en vista de las declaraciones anteriores, LUZ MARINA BUENO GOMEZ no es heredera legítima ni natural de Pedro Felipe Bueno Prada, en la cual queda como única heredera del causante su madre la señora MARIA DE LOS REYES PRADA ARENAS, representada debido a su fallecimiento por sus hijos ALEJANDRO, ABELARDO, LAUREANA, MERCEDES, MARIA O VIRGINIA BUENO PRA-DA".

f) Que se lleve "copia íntegra de este fallo al juicio de sucesión de Pedro F. Bueno Prada, a fin de que se surta allí sus efectos legales" y que se inserte lo pertinente del mismo a continuación de la partida de nacimiento impugnada.

g) Que de conformidad con el artículo 401 del Código Civil "las declaraciones an-

teriores valen también respecto a las personas que no intervinieron en este juicio como demandantes y que aparecen declarados como interesados en la susodicha sucesión... a saber: ABELARDO, LAUREANA, MERCEDES y MARIA o VIRGINIA BUENO PRADA" y que se condene a la demandada en las costas del proceso.

2. Como *causa petendi* se afirmaron en la demanda los hechos que en lo pertinente se resumen enseguida:

a) Que el proceso de sucesión de Pedro Felipe Bueno Prada se abrió a instancia de la menor Luz Marina, representada legalmente por su madre y con base en la partida de nacimiento de aquélla que es objeto de la impugnación;

b) Que aunque en la citada partida de nacimiento que fue sentada a petición de Pedro Felipe, quien la suscribió, figura Luz Marina como hija legítima del causante, en realidad no lo es, porque sus padres no estuvieron casados;

c) Que Luz Marina tampoco es hija natural de Pedro Felipe "pues no aparece prueba alguna en ese sentido";

d) Que existe "en la inscripción de nacimiento mencionada, digamos de bulto, en forma mayúscula e inequívoca, UN VÍCIO DE NULIDAD ABSOLUTA que debe ser declarada por el Juez en virtud al (sic) artículo 2º de la Ley 50 de 1936" y que al "tenor del artículo 392 del Código Civil, hay una presunción en la autenticidad de la partida que se ataca de nulidad. Pero el artículo 394 *ibidem* muy claramente expresa: 'Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio por los padres u otras personas en los respectivos casos; pero no garantiza la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes. Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata'"; (subrayas del texto).

e) Que no siendo Luz Marina hija legítima ni natural del causante carece de vocación hereditaria;

f) Que el demandante actúa como heredero de Pedro Felipe, como hermano legí-

timo, por derecho de representación de la madre del mismo;

3. La demandada se opuso a las pretensiones del actor, aceptó como ciertos varios de los hechos afirmados por éste y contrademando para que se le reconociese su calidad de hija natural del causante, con derecho a heredarlo como tal. Como prueba de esa calidad invocó precisamente la partida impugnada, en atención a que fue extendida legalmente a petición de éste y firmada por él.

4. La primera instancia, una vez surtida la tramitación legal respectiva, culminó con la sentencia dictada por el Juez 6º Civil del Circuito de Medellín el 11 de abril del año próximo pasado, en la que negó las súplicas de la demandante y se declaró inhibido "por falta de interés para obrar" para pronunciarse sobre las pretensiones de la contrademanda.

5. El Tribunal Superior del Distrito de Medellín desató el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en su sentencia del 18 de septiembre del mismo año, confirmando el fallo del *a quo*. Sin embargo, manifestó su desacuerdo con la inhibición para pronunciarse sobre las súplicas formuladas por la contrademanda, pero que como ésta no había apelado nada podía proveer a ese respecto.

6. Conoce ahora la Corte del recurso de casación que interpuso el demandante contra el citado fallo del Tribunal y procede a decidirlo por estar agotada la tramitación respectiva.

Razones del Tribunal

Luego de transcribir las súplicas de la demanda principal y de la reconvenCIÓN, y sus respuestas, y los hechos en que aquéllas se apoyan, comienza el sentenciador por poner de relieve que el acta de nacimiento impugnada aparece firmada por el padre, pero que como en ella se consignó una inexactitud, como es la de hacer figurar a Luz Marina como hija legítima suya y de Cecilia Gómez Ayala, al menos constituye un explícito reconocimiento de paternidad de natural, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 1º, de la Ley 75 de 1968.

"Es preciso entonces destacar dos aspectos —dice el Tribunal— uno de fondo y de capital importancia, que es la manifestación expresa de la voluntad de reconocer al hijo como suyo y el otro de carácter formal que se refiere al modo como debe quedar consignada la voluntad.

"El factor formal es la firma del padre reconociente consignada en los documentos arriba aludidos (se refiere a los que menciona el Art. 1º de la Ley 75 de 1968). Luego entonces, la única solemnidad necesaria para que el reconocimiento del hijo natural se perfeccione, es la firma del padre en el acta correspondiente y su respectiva indentificación... Confesión y firma, como elementos integrantes del acto de reconocimiento, establecen fundamentalmente la paternidad, a pesar de que en el cuerpo de la misma acta se diga que es hija legítima, cuando no lo es.

"Es que la legitimidad no puede tomarse aisladamente de la partida de nacimiento del hijo —continúa el sentenciador— sino que debe ser complementada con la respectiva acta de matrimonio de sus progenitores. Por ello, si la reconocida es hija de padres solteros, a pesar de que se diga en el acta de nacimiento que es hija legítima, esta manifestación no tiene ningún efecto, pues el reconocimiento y firma del acta por el padre natural, es el acto válido de su condición como tal".

Luego de transcribir el concepto de un expositor nacional, dice el fallador: "Estos escuetos planteamientos, sumados a los formulados por el juez *a quo*, en la providencia que ahora se revisa, nos llevan a la conclusión, de que el acta glosada, no consta los vicios que se le atribuyen y por consiguiente es un documento público, válido plenamente para demostrar la condición de hija natural que tiene la menor LUZ MARINA BUENO. Si lo que pretende el actor, es que se corrija el acta de nacimiento, debe apelar a procedimiento distinto al seguido en este juicio".

El recurso de casación

El impugnante formula cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal cuya reseña acaba de hacerse, uno por la causal tercera y los tres restantes por la primera.

Se procede al estudio de todos ellos en orden que impone la lógica.

Cuarto

Afirma el recurrente que la sentencia que acusa contiene en su parte resolutiva declaraciones contradictorias, ya que "a) en la primera parte..., en la resolución de las peticiones de la demanda principal, aparece Luz Marina Bueno como hija natural de P. F. Bueno. A contrario sensu de la negativa que se le imparte a la proposición de que no lo era.

"En la segunda parte de la sentencia, aparece que Luz Marina Bueno no es hija natural de Pedro F. Bueno, pues el Juez se inhibió de formular la proposición positiva de que si lo era. En conclusión, Luz Marina es hija natural de Pedro F. Bueno según el aserto a), pero deja de serlo al no haber sido declarada como tal según la abstención inhibitoria b)".

Como fundamento de su aserto agrega el casacionista que si el sentenciador dijo expresamente: "que el acta contentiva de la falsedad sobre filiación legítima de Luz Marina valía como reconocimiento de filiación natural" ello determina otra contradicción a la inhibitoria de declararla como tal... Pero allí no se agotan las contradicciones, porque acaece, además, que tanto la demanda principal como la de reconvenCIÓN pidieron al unísono la corrección del acta denuncia falsa, aquélla para que se eliminara de plano la filiación natural y legítima) de Luz Marina frente a Pedro F. Bueno, y ésta para que se aclarara que tal filiación no era legítima sino natural".

A renglón seguido resume su acusación diciendo que "la sentencia niega la eliminación filial completa (legítima y natural) solicitada por la demanda principal y al mismo tiempo... se abstiene inhibitoriamente de ordenar que se corrija el acta falsa y se registre como hija natural a Luz Marina... La proposición positiva de que Luz Marina si es hija natural de Pedro F. Bueno resulta afirmada por haberse rechazado la antónima negativa... En síntesis, la sentencia en su parte dispositiva afirma y al mismo tiempo, inhibitoriamente, deja

de afirmar (subraya el recurrente) que Luz Marina es hija natural de Pedro B. Bueno".

Se tiene en cuenta:

Como se vio en la primera parte de esta providencia, el fallo del Tribunal se limitó a confirmar en todas sus partes la decisión del juez de primera instancia, en la que se resolvió lo siguiente: denegó las súplicas de la demanda principal y se abstuvo de decidir en el fondo las pretensiones de la contrademandada.

"Configúrase esta causal —dijo la Corte en sentencia del 24 de julio de 1975 aún sin publicar— en el evento de que la parte resolutiva de la sentencia contenga disposiciones o declaraciones contradictorias; pero esas contradicciones... deben ser tales que se haga imposible la ejecución simultáneamente de todas las resoluciones de la sentencia (LXXXIII, 57)".

Y en sentencia del 29 de octubre de 1976 —igualmente sin publicar— reiteró su doctrina así:

"De conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, se erige como causal de casación contener la sentencia de la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias. Entonces, según la forma como quedó establecida esta causal, sólo cuando la sentencia contenga decisiones encontradas, de tal manera que se haga imposible la ejecución simultánea de las mismas, se abre paso a la impugnación, pues tiene sentada la doctrina la Corte que la mencionada causal implica lógicamente la coexistencia de disposiciones en forma que haga imposible la ejecución simultánea de los ordenamientos judiciales. (Casación Civil, junio 26 de 1947, Tomo LXII, pág. 476; 24 de julio y 3 de diciembre de 1975, aún no publicadas)". Otro tanto se afirma en sentencias de 22 de febrero (CXLVI, págs. 42 y 43) y 16 de agosto de 1973 (CXLVII, págs. 23 y 22); 25 de mayo de 1976, todavía no publicadas.

Entre otras decisiones también adversas a la parte demandante, los juzgadores de instancia resolvieron lo siguiente: a) Denegar la súplica tendiente a que se declarase que la parte demandante *no es hija legítima* de Pedro Felipe Bueno; y b) Denegar igualmente la pretensión enderezada a que

se le declarara que la demandante *no es hija natural* del mismo. Esas negativas contenidas en la parte resolutiva del fallo impugnado, por forzosa antonimia, significan que Luz Marina es al propio tiempo hija legítima e hija natural de Bueno Prada, lo cual es a todas luces contradictorio. Dícese que del fallo recurrido, por cuanto éste se limitó a confirmar la decisión del inferior que contiene las declaraciones que acaban de mencionarse.

En consecuencia, debe casarse la sentencia objeto del recurso para, en grado de instancia, proferir la que haya de reemplazarla, a lo cual se procede mediante las siguientes:

Consideraciones

No obstante que en el sistema de valoración probatoria que actualmente está en vigencia en materia civil prevalece la libre apreciación razonada, la ley exige en ciertos casos que algunos hechos o actos jurídicos se hagan constar por escrito, lo cual significa que toda otra prueba que se aduzca para demostrarlos es absolutamente ineficaz al efecto.

Ese escrito de que se trata se requiere ad probationem para todo lo referente al estado civil de la persona como lo dispone el artículo 106 del Decreto Extraordinario 1260 de 1970, de suerte que son ineficaces pruebas distintas a las que menciona esa norma para acreditar "hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas sujetas a registro".

En cambio, en cuanto al escrito lo exige la ley ad solemnitatem, como sucede con diversos actos jurídicos, la falta de tal escrito significa que el acto no se perfeccionó, vale decir, que no nació a la vida jurídica. En tales eventos, el escrito constituye simultáneamente la solemnidad y la única prueba del acto jurídico.

El estatuto de registro del estado civil de las personas contenido en el Decreto Extraordinario 1260 de 1970, establece en su artículo 5º que los hechos y actos relativos al estado civil de las personas deben ser inscritos en el competente registro civil. Los artículos 105 y 106 ibidem disponen que tales hechos y actos, ocurridos con poste-

rioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, "se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos" y que ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas sujetos a registro, hace fe en el proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina... salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro". A su turno el artículo 44 del mismo estatuto ordena el registro, entre otros, de los nacimientos, las legitimaciones y reconocimientos de hijos naturales.

De conformidad con las normas que acaban de citarse —se repite— y como requisito ad probationem para acreditar el estado civil se exige prueba documental, consistente en la partida o folio en que aparezca su inscripción o en la certificación expedida con base en éstos. Así pues, la partida, folio o certificación respectiva, es prueba eficaz para demostrar el estado civil y por ende el nacimiento de una persona (nombre, sexo, lugar y fecha) lo que simultáneamente acredita también el parto y por consiguiente quién es la madre de de la misma, pero nada más.

Otra cosa bien distinta es la prueba requerida para que el funcionario encargado del registro civil siente en sus libros dentro del término fijado al efecto la partida o folio de nacimiento, pruebas que pueden consistir en certificado expedido por el médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto y en su defecto con declaración juramentada de dos testigos hábiles rendida ante el funcionario de estado civil, quienes en todo caso deben suscribir la inscripción según el artículo 49 del citado decreto. En cuanto a las inscripciones que se hagan fuera del término legal el artículo 50 *ibidem* señala otros elementos de juicio para que ellas puedan hacerse, por ejemplo, las copias de las partidas parroquiales, si se trata de personas que profesan el credo católico.

La partida, folio o certificado de nacimiento es documento público cuya autenticidad se presume, demuestra el nacimiento

de la persona y quién es la madre del mismo, sin que ese documento, por regla general, sea eficaz por si solo para demostrar la calidad de hijo legítimo de quién figura como padre. Ello depende necesariamente de dos cosas: cuando de hijo natural se trata, en el caso de que tales documentos hayan sido extendidos a petición del progenitor y éste los haya firmado, previa su identificación ante el funcionario competente, constituyen reconocimiento irrevocable de paternidad natural (artículo 1º Ley 75 de 1968); por el contrario, si en tal documento se asevera que el nacido es hijo legítimo, la mera partida no demuestra esa calidad, aunque haya sido extendida a petición del padre y éste la haya firmado.

La prueba de la calidad de hijo legítimo que tiene una persona respecto de su padre proviene de las presunciones legales que establecen los artículos 213 y el primer inciso del 214 del Código Civil en los siguientes términos: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo". "El hijo concebido que nace después de expirados los cientos ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido". La doctrina explica la presunción de legitimidad que se comenta, diciendo que ella se apoya a su turno en dos nuevas presunciones de hombre derivadas del matrimonio: de fidelidad de la mujer y de coabitación de los cónyuges.

Cuando de presunciones legales se trata, requiérese *sine qua non*, además de que están establecidas en la ley, que el hecho en que se fundan se halle plenamente acreditado, como lo dispone el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil. El hecho presumido se tiene por cierto, aunque admite prueba en contrario en las presunciones legales, al contrario de lo que ocurre con las de derecho o *iuris et de jure*, cuya fuerza probatoria es irrefutable.

Aplicando estos principios a las presunciones que establecen los citados artículos 213 y 214, que se conocen con la expresión latina *pater is est quem nuptise demonstrant*, ellas tienen como premisas el matrimonio de los padres y que la concepción haya ocurrido durante éste. De ahí que aquella presunción no pueda obrar cuando

no se demuestran plenamente esos dos hechos; la falta de prueba de uno sólo de ellos (la del matrimonio de los padres, como aquí ocurre) impide que produzca su efecto.

La Corte ha dicho invariablemente que "para acreditar el estado civil del hijo legítimo, debe presentarse la partida de matrimonio de los padres, y la del nacimiento del hijo que demuestre que éste ha sido concebido durante el matrimonio en virtud de la presunción del artículo 92 del Código Civil. Aun cuando en la partida de nacimiento se declare que el hijo es legítimo de tales padres, ese documento no basta por sí solo para probar la legitimidad, porque puede haberse inscrito como legítimo al hijo de padres que no se hallaban casados. Basándose el estado civil del hijo legítimo sobre dos hechos de rigurosa existencia jurídica, o sea, el matrimonio de los padres y la concepción del hijo dentro del matrimonio, no puede prescindirse de la prueba de éste y dar por existente la filiación legítima con una sola partida de nacimiento que al demostrarla esta no acreditó aquélla". (LXXXI, pág. 419. En igual sentido LIII, pág. 53).

De esta suerte, la partida de nacimiento en la que figura el nacido como hijo legítimo de los padres que en ella se mencionan, por sí sola es prueba incompleta, pero en ningún caso plena y eficaz para acreditar la legitimidad, lo cual no significa en manera alguna que esté viciada de nulidad, si por lo demás se ajusta a los requisitos legales del caso. Tiene pleno valor, como atrás se dijo, para demostrar el nacimiento y la maternidad. Y si por añadidura, como también quedó dicho, esa partida se extendió a petición del padre y éste la autorizó con su firma, es uno de los modos de reconocimiento de paternidad natural.

Por ese aspecto, pues, carecen de valor los argumentos aducidos por el recurrente para combatir la sentencia impugnada, en cuanto ésta expresó en su parte motiva lo mismo que acaba de decir la Corte en el párrafo que procede.

En cuanto a su forma refiere y por el aspecto de la validez del acta o partida como documento *ad probacionem*, el artículo 104 del citado Decreto 1260 de 1970, exige

lo siguiente: que el funcionario civil sea el competente y actúe dentro de sus límites territoriales; que los comparecientes hayan aprobado el texto de la inscripción, en la cual deben aparecer el lugar, la fecha y la denominación del funcionario ante quien se hace; que figure la identificación de los otorgantes o testigos y las respectivas firmas; y, finalmente, que en la oficina del funcionario existan "los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción o de la alteración o cancelación de ésta".

El título IX del decreto citado reglamenta el procedimiento que debe seguirse para la corrección, rectificación, alteración o cancelación de las inscripciones en el registro civil y el artículo 89 a su turno dispone que "las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, no podrán ser alteradas sino en virtud de decisión judicial firme, y excepcionalmente por disposición de los interesados o de la oficina central, en los casos, de modo y con las formalidades dispuestas en el presente estatuto".

En el caso *sub judice* no se pretende que se corrija o se modifique la partida civil de nacimiento de la demandada, ni se busca tampoco que se decrete su nulidad por carencia de alguno de los requisitos de forma atrás mencionados. La parte demandante aspira a la declaratoria de nulidad de dicha partida como acto jurídico, en cuanto en ella manifestó el padre que la suscribió y la hizo extender, que Luz Marina es hija legítima suya y de Cecilia Gómez Ayala.

Cuando el acta de nacimiento se ha asentado ante el correspondiente funcionario a petición del padre y esté firmada por éste, a no dudarlo, además de constituir prueba del nacimiento y de la maternidad y una forma de reconocer a un hijo natural, es un acto jurídico sometido a todas las normas legales que le son propias y en especial a los requisitos de validez que establece el artículo 1502 del Código Civil cuales son: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causas lícitos.

Ciertamente es nulo todo acto jurídico que adolezca de ilicitud en la causa o en el objeto o al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes (Arts. 1740 y 1741 del C. C.). Si el motivo de nulidad absolu-

ta aparece de manifiesto en el acto o contrato puede ser declarado oficiosamente por el juez y en todo caso puede ser alegado por quien tenga interés en ello y aún por el ministerio público "en el interés de la moral o de la ley" (Art. 2º Ley 50 de 1936).

El acta de nacimiento que aquí se impugna, considerada como acto jurídico proveniente de quien afirmando ser el padre de Luz Marina la hizo extender por el Notario 2º de Bucaramanga y la firmó de su puño y letra el 26 de diciembre de 1967, no se ejecutó contra prohibición expresa de la ley —que no la hay—; no proviene de un incapaz o al menos no se ha demostrado que entonces lo fuese; no carece de ningún requisito formal; fue extendida ante funcionario competente; y por último, no están demostradas en los autos la ilicitud de la causa o del objeto que el recurrente le atribuye. De consiguiente, mal podía el Tribunal declarar su nulidad y menos aún en forma oficiosa como lo pretende el impugnante, si ésta no aparece de modo manifiesto.

La intervención del padre en el acta de que se trata, constituye la demostración inequívoca de reconocimiento de Luz Marina como hija natural suya, en la cual no es aplicable lo estatuido en el tercer inciso del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que solo es de recibo cuando se trata de declaración de paternidad natural, que no del reconocimiento. Por añadidura, recuérdese que la llamada "*exceptio plurium constupratorum*" carece de efectos cuando el padre por actos positivos acoge al hijo como suyo. Y que más aco-gida que reconocerlo expresamente?

Para evitar la contradicción que se ha motivado la prosperidad del recurso, no obstante que la parte demandada se conformó con la decisión inhibitoria recaída en las súplicas de su contrademanda, resulta forzoso modificarla haciendo uso de la facultad que confiere el juez *ad quem* el primer inciso del artículo 357 y como excepción a la norma general de la *no reformatio in pejus*. Esa contradicción, ciertamente, sólo puede evitarse accediendo a lo pedido en la demanda de reconvención.

Y a ello debe accederse, como que según se dijo al despachar el cargo que prosperó,

que la partida de nacimiento de Luz Marina haya sido extendida a petición del padre y firmada por él mismo, constituye un reconocimiento de la calidad de hija natural que aquélla tiene respecto de Pedro Felipe Bueno Prada. Así lo dispone muy claramente el artículo 1º de la Ley 75 de 1968 en el inciso inicial de su numeral primero. Hacer esa declaración no constituye "llover sobre mojado" como en lenguaje tan familiar lo expresa el juez *a quo*, sino la única manera de no perpetuar la contradicción arriba mencionada y de permitir que la decisión en este proceso pueda ejecutarse, pueda producir algún efecto, del cual carecería por completo en caso contrario.

En este sentido, pues, debe reformarse el fallo apelado.

Lo anterior conduce inexorablemente a la prosperidad de la súplica formulada por la parte actora para que se declare que Luz Marina *no es hija legítima* de Pedro Felipe. No ocurre lo mismo respecto de la otra súplica (aunque ambas aparecen formuladas en un mismo acápite son pretensiones diferentes), o sea aquella en que se pretende la declaración de que Luz Marina *tampoco es hija natural* del mismo causante, porque está demostrado que éste la reconoció como tal que en esta calidad tiene derecho a intervenir como heredera en la sucesión de su padre, lo cual comporta que deben negarse las últimas súplicas de la demanda principal, tendientes a que se declarara lo contrario.

Finalmente, en cuanto a las pretensiones para que se declare que la demandada es indigna de suceder al causante, se observa que en ninguno de los hechos de la *causa petendi* se expone el fundamento de la misma. De otro lado, de autos no aparece prueba alguna de que respecto de Luz Marina se configuren los motivos de indignidad que establece la ley. La súplica en cuestión, está pues, llamada al fracaso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia CASA la sentencia impugnada y actuando en instancia REFORMA la de primer grado, la cual quedará así:

1º Niéganse las súplicas 1^a, 2^a, 4^a, 6^a y 8^a de la demanda principal.

2º Declarárase que Luz Marina Bueno Gómez no es hija legítima de Pedro Felipe Bueno Prada.

3º En atención a que Luz Marina Bueno Gómez fue reconocida por Luis Felipe Bueno Prada como hija suya en el acta de nacimiento, niégase las súplicas de la parte demandante tendiente a que se declarase que aquélla tiene vocación hereditaria en la sucesión de su padre natural.

4º Como consecuencia de la declaración anterior, ordénase la corrección del acta de nacimiento Nº 4078 que obra a folio 181 del Libro 67 de Registro Civil de la Notaría 2º de Bucaramanga, para que en ella se diga que Luz Marina es hija natural de

Pedro Felipe Bueno Prada y Cecilia Gómez Ayala. Líbrese los oficios del caso.

5º Condénase a la parte demandante y demandada en reconvenCIÓN en el 50% de las costas de ambas instancias. Sin ellas ante la Corte.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Suprema de Justicia o por un Tribunal Superior para decidir un recurso de revisión anterior, contra dicho fallo es improcedente al mismo recurso

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

Mediante escrito que antecede Marco Tulio Orozco, conocido también con el nombre de Miguel Cadavid, por intermedio de apoderado y con fundamento en lo establecido por los artículos 380 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, interpone el recurso extraordinario de revisión contra "la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Pereira, con fecha seis (6) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), que a su vez resolvió el recurso-proceso de revisión de la sentencia" de 7 de marzo de 1973, dictada por el Juez Primero Civil de ese circuito dentro del proceso ordinario de filiación natural allí instaurado por el recurrente contra Clemencia Botero de Cadavid, como heredera en la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo.

Funda el recurso en la causal 1^a del pre citado artículo 380, es decir, en "no haber podido llevar al proceso recurso cuya sentencia pido se revise" la prueba documental que el recurrente señala.

Para decidir si la anterior demanda es o no admisible, la Corte formula las siguientes

Consideraciones

1^{a)}) *Como ya lo tiene dicho esta Sala, el proceso civil, que es la unión concatenada de los actos realizados por las partes*

y por el juez, mediante los cuales se busca la efectividad del derecho objetivo, no puede perpetuarse en el tiempo: poderosos motivos de interés general reclaman que su duración sea esencialmente temporal, puesto que si así no fuera las relaciones jurídicas individuales jamás tendrían certeza, lo que iría en desmedro del orden público y de la paz social.

Como lo tiene aceptado 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 de la ley, resuelve el conflicto sometido a su jurisdicción. De ahí que, respondiendo a aquella necesidad política de que los procesos se decidan definitivamente y se cierre, en determinado momento, la discusión de la cuestión litigiosa ya resuelta, los legisladores hayan consagrado el principio de la cosa juzgada como el fin natural del proceso, fenómeno que se traduce en la inmutabilidad y definitividad de la sentencia firme proferida en los procesos contenciosos.

2^{a)}) Obvia y natural consecuencia de dicho principio es la de que, por regla general, cuando la jurisdicción profiere sentencia definitiva en los litigios sometidos a ella para su composición, no le es permitido a quienes fueron partes en el proceso respectivo replantear ante los jueces las controversias ya resueltas; ni a los falladores tomar nuevas decisiones en éstos. La res judicata pro veritate habetur adviene entonces, de una parte, a impedir el pronunciamiento de fallos contradictorios; y

de otra, a vedar el ingreso de la incertidumbre y de la inseguridad en las relaciones jurídicas discutidas y falladas con anterioridad.

Ya desde el Derecho Romano se expuso la tesis de que "la parte a la que el bien de la vida le fue negado no puede reclamarlo más; la parte a la que fue reconocido no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a este goce" (*Instituciones, I*, pág. 387).

3^{a)}) Ocurre empero que el apuntado principio de la cosa juzgada no es sin embargo absoluto: razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los presupuestos esenciales para la garantía de la justicia.

Con este fundamento racional aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio extraordinario y excepcional que se endereza a quebrar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es pues invalidar una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho.

De ahí que el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, después de referirse a los elementos integrantes del fenómeno de la cosa juzgada y de precisar sus efectos, en su último inciso preceptúa que "La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión".

4^{a)}) En desarrollo de dicha excepción establece el artículo 379 ibidem que el recurso de revisión procede contra las "sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, los Tribunales superiores, los jueces de circuito, municipales y de menores", pero no contra las de única instancia que dicten los jueces municipales.

Mas, auncuando la ley no lo diga expresamente, es preciso entender, porque así lo exige la naturaleza de las cosas, que si la sentencia ha sido proferida por la Corte o por un Tribunal Superior para decidir un recurso de revisión anterior, contra dicho fallo es improcedente el mismo recurso.

Porque si la insatisfacción que la sentencia definitoria de una revisión produce en uno de los litigantes lo autorizara para formular luégo otra demanda revisoria, y así sucesivamente hasta el infinito, los litigios se tornarían indefinibles y las relaciones jurídicas discutidas nunca saldrían de la incertidumbre.

Si bien es cierto que la revisión es excepción a la cosa juzgada, para que la jurisdicción provea con eficacia a la certeza de los derechos ciudadanos, dando un valor fijo y constante a las pretensiones por ellos deducidas, es apenas lógico pensar que el remedio extraordinario y excepcional de la revisión sólo se pueda ejercitar por una sola vez. O sea, que surtida y definida negativamente la revisión de un fallo, éste tiene que quedar, a partir de entonces, absolutamente inmutable e irreversible; como también tiene que ser intangible y obligatorio el fallo que resuelve positivamente la revisión.

5^{a)}) Como ocurre generalmente en relación con todos los medios de impugnación de las providencias judiciales, frente al recurso extraordinario y excepcional de revisión tienen que aceptarse los efectos de la preclusión por consumación; es decir, que ejercitado el derecho anteriormente, la decisión correspondiente tiene que producir como consecuencia la clausura definitiva del proceso, impidiendo que la misma pretensión pueda ventilarse nuevamente.

De no ser así, en el proceso no podría jamás satisfacerse la necesidad política que reclama el orden jurídico de dar certeza a las relaciones materiales de los asociados y decidir definitivamente en torno a los efectos que de ellas emanen.

6^{a)}) El contexto de la demanda que se estudia evidencia que la pretensión del recurrente se concreta a que se revise una sentencia proferida por el Tribunal de Pereira, precisamente con motivo de la revisión que allí se interpuso contra la sentencia de 7 de marzo de 1973, dictada por el Juzgado Primero de ese Circuito en un proceso de filiación natural y de petición de herencia.

Es decir, que antes de presentar el recurso de revisión que ahora propone, el

recurrente ya había ejercitado la facultad que hoy aduce nuevamente; que con la decisión que el Tribunal de Pereira dio a esa pretensión la facultad del recurrente se consumó cabalmente; y que, por lo mismo, el derecho respectivo precluyó y no puede, sin desconocer el carácter definitivo que según la ley corresponde a esa resolución, replantear la cuestión ya decidida.

7^{a)}) Así las cosas, y como el artículo 383,3 del Código de Procedimiento Civil, autoriza declarar inadmisible la demanda de revisión, entre otros casos, "cuando verse sobre sentencia que no esté sujeta a" recurso de revisión, se impone actuar en consecuencia, tal cual lo hará la Corte en la parte resolutiva de este auto.

Por lo dicho,

Se resuelve:

1^o Declarase inadmisible la demanda mediante la cual Marco Tulio Orozco for-

mula recurso de revisión contra la sentencia de 6 de julio de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira; y

2^o Se reconoce al Abogado Hernando Devis Echandía como apoderado judicial del recurrente, en los términos y para los fines en que se halla concebido el poder por éste conferido a aquél.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas, Secretario.

REGIMEN DE BIENES DURANTE EL MATRIMONIO

Sociedad conyugal - disolución anticipada. Efectos de la separación de hecho de los cónyuges con respecto a la sociedad conyugal no disuelta. El derecho a los gananciales no surge del esfuerzo común de los consortes sino de su calidad de tales

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por Ana Francisca Agudelo Giraldo de Mejía contra la sentencia del Distrito Judicial de Medellín, proferida el 2 de octubre de 1978, en este proceso ordinario que aquélla suscitó frente a Conrado Mejía Barreneche, su legítimo marido, y otros.

II

El litigio

1. Ante el Juez promiscuo del Circuito de Fredonia y por medio de demanda que fue admitida por auto del 14 de mayo de 1976, Ana Francisca llamó a proceso ordinario de mayor cuantía a Conrado Mejía Barreneche y a Mariela Restrepo Villa, para que se declarase que el contrato de compraventa contenido en la Escritura N° 96, corrida ante el Notario 2º de Fredonia el 8 de febrero de 1976, fue simulado, por lo cual los inmuebles materia del mismo deben volver, con sus frutos, al acervo de la sociedad conyugal Agudelo Mejía, disuelta e ilíquida, con sanción para el ma-

rido, por su acto fraudulento, de pérdida de su derecho en estos bienes y obligación de restituir su valor doblado.

2. La *causa petendi* se hizo consistir en que la demandante y el demandado Mejía Barreneche habían contraído matrimonio católico; que ante el mismo Juez de Fredonia, ella adelantó proceso de separación de bienes contra éste, proceso que finalizó con sentencia en que se decretó la separación y se declaró disuelta la sociedad conyugal; que como el marido demandado, antes de iniciarse el proceso de separación, conoció plenamente el propósito de su mujer, enajenó precipitadamente y en breve tiempo la mayor parte de los bienes que, para entonces, tenían el carácter de sociales "con el fin de sustraerlos a la sociedad de gananciales" que tenía formada por el hecho del matrimonio; que entre esos negocios jurídicos aparentes, pues fueron simulados, se cuentan las siguientes negociaciones:

"a) La compraventa contenida en la Escritura Pública N° 96 del 8 de marzo de 1975 otorgada en la Notaría Segunda de Fredonia, debidamente registrada, por medio de la cual Conrado Mejía B. dijo vender a María Mariela Restrepo Villa: un lote con casa de habitación y seis locales, ubicado en la carrera 50 (Mosquera) con la calle 49, y otro predio con edificio de tres pisos situado en la misma carrera 50; el precio señalado en tales instrumentos fue de cien mil pesos (\$ 100.000,00) y cincuen-

ta mil pesos (\$ 50.000,00) respectivamente para cada inmueble, mientras que en el Catastro Municipal en diciembre del año anterior aparecían en \$ 120.000,00 y \$ 75.000,00, el valor comercial era muy superior; habían sido adquiridos por compras realizadas mediante Escrituras N°s 113 del 16 de febrero de 1971 y 395 del 21 de septiembre del mismo año y de la Notaría mencionada.

"b) La compraventa plasmada en Escritura 101 del 11 de marzo de 1976, registrada debidamente, por la cual Mejía Barreneche dijo vender a Adolfo Posada Trujillo un edificio de dos plantas ubicado en la carrera 51 (El Comercio), conformado por una casa de habitación y locales para establecimientos comerciales distinguidos con los Nros. 50-44/38/40/42; como precio fue señalada la suma de \$ 135.000,00 y en el Catastro aparece en \$ 200.000,00, siendo su valor comercial muy superior.

"c) La compraventa consignada en Escritura N° 104 del 15 de marzo de 1975, celebrada con Gerardo Colorado Colorado en relación con un edificio de dos pisos, con dos casas de habitación, en cada una de las plantas, situado en la calle La Barrera y distinguidas con los números 49-34/38 y 30-32; se anotó como precio global la cantidad de \$ 60.000,00 y en el Catastro figuran en \$ 38.821,00 y \$ 44.169,00 en forma separada.

"d) La venta en favor de Fanny del Socorro Velásquez Restrepo, aceptada por Humberto Gil Cardona como agente oficial de ésta, realizada en Escritura N° 108 del 15 de marzo de 1975, en relación con una cuota o derecho radicado en la casa de habitación de la carrera Mosquera crucero con la calle Mallarino y distinguida con el N° 49-51; aparece como precio la suma de \$ 40.000,00 y en el Catastro figura en \$ 113.468,00," que todas esas enajenaciones buscan, a través de testaferros, privar a la cónyuge de sus gananciales o reducirlos al mínimo; que María Mariela Restrepo Villa, con quien Mejía Barreneche celebró varios de los contratos señalados antes, es su concubina de varios años y con quien ha procreado dos hijos; que los precios de venta no guardan siquiera mediana proporción con el valor comer-

cial de los bienes vendidos y que fueron fijados por debajo del avalúo catastral; que realizadas las enajenaciones, Conrado Mejía Barreneche siguió comportándose con relación a los bienes vendidos o cedidos, como verdadero propietario, pues continuó recibiendo arrendamientos e intereses.

3. Luégo se acumularon a este proceso, los que la misma demandante y con *causa petendi* semejante, había suscitado frente a Fanny del Socorro Velásquez, Adolfo Posada y Gerardo Colorado.

4. Agotado el trámite de la primera instancia, en la que se practicaron numerosas pruebas, el *a quo* dictó sentencia el 14 de octubre de 1977 en la que acogió las simulaciones solicitadas, pero negó la condena por perjuicios. En providencia de 21 del mismo mes se adicionó el fallo con la declaración de que no se priva al marido demandado de su derecho "a la porción conyugal" (sic) ni se le condena a restituir doblado el valor de los bienes que, simultáneamente, dijo enajenar.

5. Contra esta decisión interpusieron ambas partes el recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante el fallo del 2 de octubre de 1978, por el cual revocó el apelado y, en su lugar, negó las peticiones de la demandante y absolió a los demandados.

II

Fundamentos de la resolución del Tribunal

En síntesis, sostiene el *ad quem* que cuando los cónyuges se han separado de hecho, los bienes adquiridos por cualquiera de ellos durante el estado de separación son bienes propios del adquirente y no bienes sociales, por lo cual su consorte no está legitimado, ni siquiera luégo de decretada judicialmente la separación, para demandar la simulación de los contratos de disposición celebrados por el otro sobre dichos bienes; que el cónyuge sólo está legitimado cuando éstos serían materia de distribución de gananciales.

Sobre el punto expresa el fallador que "en términos generales puede afirmarse que

cada cónyuge tiene legitimación para impugnar los actos celebrados por el otro en relación con los bienes sociales, aún antes de la disolución de la sociedad conyugal, siempre que esté en curso un proceso orientado a la distribución de gananciales; sin embargo, debe entenderse que esa legitimación o interés jurídico para obrar se refiere a los casos en que al prosperar la simulación el bien volviera al haber social por ser de esta naturaleza, pues en caso contrario, es decir, siendo el bien propio falta la aptitud legal para provocar la simulación".

Después agrega y precisa que "como antes se dijo, la sociedad conyugal es el vínculo patrimonial entre los esposos y tiene su fundamento en la comunidad de vida, en el socorro y ayuda mutua, vale decir en el cabal cumplimiento de las obligaciones propias de su estado; si tales deberes dejan de cumplirse, prolongándose por mucho tiempo esa situación, carece de soporte la comunidad de gananciales y en justicia puede decirse que los bienes adquiridos en esta etapa ya no ingresan al haber social sino al propio de quien los obtiene con su exclusivo esfuerzo.

"Se ha dicho que la sentencia de separación de bienes es meramente declarativa y sus efectos se remontan a la época en que se produjo la causal que le dio origen, o sea el tiempo en que la normal convivencia conyugal quedó rota y la comunidad doméstica dejó de cumplir sus fines. Con base en las tesis esbozadas, no son entonces sociales los bienes adquiridos con posterioridad a la separación, o mejor durante ésta, cuando la causa o título de adquisición onerosa se presenta exclusivamente en esa etapa y por el contrario, ingresan al haber social si simplemente sustituyen a otros que tenían la categoría de gananciales.

"Lo expuesto conduce, a manera de conclusión, a afirmar que los cónyuges separados de hecho y culpables de las causales que autorizan la separación legal (ya sea de cuerpos o simplemente de bienes) carecen de legitimación y de interés para demandar simulación de contratos referentes a bienes que no forman parte del haber social, por haber sido adquiridos con

el exclusivo esfuerzo del titular de ellos durante la época de la separación y sin la más mínima participación (así sea de índole anímica, como dice el tratadista antes citado) de quien ataca el contrato; la comprobación de tales circunstancias impide la prosperidad de la pretensión".

Finalmente expresa el Tribunal que como está demostrado que la separación se decretó por culpa de ambos consortes y como los bienes, que fueron objeto de los contratos que se dicen simulados, fueron adquiridos de 1971 a 1974, cuando ya los cónyuges estaban separados de hecho, síguese "que la demandante no estaba legitimada en la causa y carecía de interés jurídico legítimo para proponer las cuatro demandas" de simulación que luégo fueron acumuladas en este mismo proceso.

III

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera, dos cargos se formulán contra la sentencia del Tribunal, de los cuales se estudiará el inicial porque la Corte lo encuentra próspero.

Acusa el censor la sentencia del *ad quem* por haber infringido por inaplicación los artículos 1766, 946, 950, 952, 961 a 964, 1781, 1821, 1828 numeral 5º del Código Civil y del 4º de la Ley 28 de 1932.

Lo fundamental de la acusación está contenido en los siguientes pasajes de la demanda:

"... el cónyuge inocente, aquel que es víctima del otro que incumple sus deberes matrimoniales, desde que ocurre el primer incumplimiento constitutivo de causal de separación de cuerpos o de bienes, puede ejercitar la pretensión procedente para terminar la sociedad y poner fin a ésta, en tal forma que desde que la sentencia se ejecutorie concluye el régimen de gananciales, cada cónyuge deja de participar en los bienes adquiridos por el otro que normalmente tendrían el carácter de sociales, evitándose así que en el futuro pueda pretender el culpable la participación en bienes que no ha contribuido a adquirir. De modo que si el inocente no

procede oportunamente, es su culpa y corre los riesgos consiguientes.

"Y si ello es así, con más veras lo será cuando como en el presente caso, a la separación contribuyeron ambos cónyuges, o sea que los hechos del demandado Mejía Barreneche, concubinato y abandono de los deberes de esposo y padre, influyeron en aquélla como lo reconoce una sentencia firme, que hace tránsito a cosa juzgada.

"El artículo 1821 del Código Civil dispone:

"Disuelta la sociedad se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de *todos* (*subrayo*) los bienes que usufructuaba o de que era responsable ...". El artículo 1781 numeral 5º *ibidem*, expresa que el haber de la sociedad conyugal se compone: "De *todos* (*subrayo*) los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiere durante el matrimonio a título oneroso". El artículo 4º de la Ley 28 de 1932 dice que en el caso de liquidación de la sociedad conyugal de que trata el artículo 1º "se deducirá de la masa social o de la que cada cónyuge administre separadamente, el respectivo pasivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán con forma al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código" (*subrayo*). Por último, el artículo 1830 del Código Civil estatuye "Efectuadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuges".

"No obstante su perentoriedad, la sentencia acusada no aplicó el artículo 1821 del Código Civil, porque desconoció que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio eran sociales, desde que excluyó los adquiridos a título oneroso por el cónyuge Conrado Mejía Barreneche en 1971, 1973 y 1974, o sea durante la vigencia de su matrimonio con la demandante Ana Francisca Agudelo de Mejía, ya que aparece comprándolos, punto éste no discutido y que el sentenciador acepta. También el 1821 numeral 5º, puesto que considera que no pertenecen al haber de la sociedad disuelta dichos bienes, vale decir que les niega el carácter de sociales a bienes adquiridos a título oneroso por un cónyuge dentro de la sociedad. También

el 5º de la Ley 28 de 1932, porque al negar a tales bienes el carácter de sociales los excluye de aquellos que separadamente administraba el cónyuge Conrado Mejía Barreneche; y el 1830 que sin ninguna limitación, siempre que lo fueran bajo la vigencia de sociedad conyugal, dispone que los bienes que constituyen el haber social se dividan por mitad entre los dos consortes. Todo esto dio como fruto la no aplicación del artículo 1766 del Código Civil, que igualmente conculcó, al negarle a la cónyuge legitimación e interés jurídico para pedir la simulación de actos dispositivos del marido efectuados sobre bienes que tenían el carácter social conforme a tales preceptos, legitimación que ha sido reconocida por la Corte en las providencias mencionadas por la propia sentencia y por el salvamento de voto, las que no hacen distingo, ni exclusión, ni diferenciación al respecto".

"Si las normas citadas no establecen como excepción a sus ordenamientos el caso de que los cónyuges no hagan vida común cuando se adquiera por cualquiera de ellos bienes a título oneroso; si no disponen que cuando un cónyuge no participa de las cargas sociales en el momento de que el otro onerosamente adquiera bienes, aquel carece del derecho a sus beneficios cuya causa es precisamente la sociedad conyugal establecida por la ley, que solo termina por los motivos legales; si no expresan que por la separación de hecho cesan algunos de los efectos de la sociedad, como el relacionado con los bienes que forman parte de su haber cuando llegue a disolverse, se percibe que la violación de las normas mencionadas emanó de su inaplicación siendo pertinentes, la cual es tanto más grave cuanto no dependió de la ignorancia del fallador sobre su existencia, sino de su rebeldía a hacerlas operar, que implica como dicen los tratadistas, la más grave de todas las violaciones, pues constituye aquella que los romanos llamaban contra el *jus constitutionis*, o la *contravention expresse au texte de la loi* como piensan los franceses, porque configura la transgresión de la norma abstracta, como derecho objetivo, pues niega su operancia en forma general. La sentencia, confirma lo soste-

nido por mi cuando expresa: 'Falta entonces el supuesto indispensable para que pueda aplicarse la norma que ordena el reparto de gananciales en esa situación específica'. Todo lo expuesto determina que el cargo resulta fundado".

IV

Consideraciones de la Corte

1. La ley civil colombiana permite a quienes van a contraer matrimonio, la previa celebración de convenciones relativas a los bienes que aportan a él y a las donaciones y concesiones que uno de los esposos quiera hacer al otro, de presente o futuro; pero si los esposos guardan silencio en este punto, una vez perfeccionado el contrato matrimonial y por el solo ministerio de la ley, quedan sometidos al sistema de sociedad conyugal que, con las sustanciales modificaciones introducidas por la ley 28 de 1932, reglamentan los capítulos 2º y siguientes del título XII del Libro 4º del Código Civil.

A la libre y espontánea voluntad de los esposos queda, pues, pactar el régimen de bienes durante el matrimonio. Ellos tienen la opción de otorgar capitulaciones matrimoniales o de someterse, en caso contrario, al régimen legal de sociedad conyugal. Entre uno y otro caminos, son los futuros cónyuges quienes pueden hacer la elección.

2. Si antes de perfeccionarse la unión nupcial, los esposos no otorgan capitulaciones matrimoniales, entonces, se repite, por ministerio de la ley y por el solo hecho del matrimonio, se forma entre ellos la sociedad conyugal que la ley civil reglamenta. En tal evento, en la voluntad del legislador la que impone este régimen, para cuyo establecimiento no se exige el querer de los desposados. Por ello se ha sostenido, con propiedad, que esta sociedad de bienes se forma aún sin consentimiento de los consortes y aún contra su expresa voluntad, pues a falta de capitulaciones válidas y aunque los cónyuges no lo quieran así, por el hecho del matrimonio se forma entre ellos esa sociedad conyugal, según expresamente lo disponen los artículos 180 y 1774 del Código Civil.

3. Contraída la sociedad conyugal, la voluntad de marido y mujer es incapaz de modificar las reglas legales que la rigen, por ser institución de orden público familiar, desde luego que por convenios particulares —según dice el Art. 16 del C. C.— no pueden derogarse las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

4. El actual artículo 1820 de la obra citada (artículo 25 de la Ley 1ª de 1976) dispone: "La sociedad conyugal se disuelve:

"1º) Por disolución del matrimonio.

"2º) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiestan su voluntad de mantenerla.

"3º) Por la sentencia de separación de bienes.

"4º) Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y

"5º) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociedad y liquidación.

"No obstante, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

"Para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley.

"Lo dispuesto en este numeral es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados".

Resulta claro entonces que, formada la sociedad conyugal, ella perdurará hasta cuando se disuelva por ocurrir alguna de las precisas causas señaladas por ese texto.

No existen causales de disolución distintas de las que el legislador ha señalado.

Dicho con otras palabras, el régimen legal de la sociedad conyugal gobierna las relaciones económicas patrimoniales de los casados mientras la sociedad esté vigente,

mientras no se disuelva por la ocurrencia de alguno de los motivos que la ley taxativamente ha erigido en causas de disolución de la sociedad conyugal.

5. A falta de capitulaciones, por el mero hecho del matrimonio —repítese— se forma entre los cónyuges la sociedad conyugal que reglamenta la ley y, por tanto, el haber social queda integrado por los bienes que detalladamente relaciona el artículo 1781 del Código Civil, con las modificaciones que tácitamente introdujo la ya citada Ley 28 de 1932. El silencio de los desposados en aquella específica materia, comporta acogimiento del sistema legal de sociedad conyugal, sistema que no diferencia, para tenerlos como sociales, entre los bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia normal de los cónyuges y los conseguidos al mismo título durante etapas de clara desarmonía matrimonial, como cuando marido y mujer están separados de hecho. Se insiste, pues, en que en el sistema legal colombiano, el que los desposados no hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, es suceso que comporta tácita aceptación incondicional del régimen legal de bienes en el matrimonio.

6. Ahora bien, la experiencia enseña que la comunión espiritual y material que, de ordinario, preside toda unión nupcial, no siempre acompaña a los consortes hasta que el nexo matrimonial se rompa por la muerte. Cuando se desquician los pilares en que se funden las reglas estructurales del régimen legal de sociedad conyugal, entonces el legislador permite que aún antes de que se disuelva el matrimonio, se pueda obtener la disolución de esa sociedad. Ciertas y determinadas circunstancias que alteran hondamente la vida normal del matrimonio, justifican que unilateralmente el cónyuge inocente pueda lograr, a través del proceso respectivo, y como efecto de la disolución de la sociedad conyugal, que dejen de aplicarse las reglas que hacen participe a un consorte en las adquisiciones hechas por el otro a título oneroso durante la vida de la sociedad.

Pero como la ley encuentra bien que sean los desposados los propios árbitros de su destino en el punto, simplemente faculta en cónyuge inocente para lograr,

cuando exista una causal legítima, que se declare la disolución de la sociedad. A su exclusivo talante queda, pues el ejercicio del derecho de accionar o no contra el cónyuge culpable. Si quiere alcanzar los efectos propios de la disolución social, demanda a su consorte en proceso de separación; pero si no quiere ese resultado, permanece en silencio, continuando sometido al régimen de sociedad conyugal, aunque de hecho esté separado.

Si el inocente, en la hipótesis planteada, no ejercita el derecho que le concede la ley, su silencio equivale a querer que las cosas sigan sin mutación, es decir, que la sociedad conyugal continúe su curso normal y que, por tanto, cada uno de los casados siga con derecho a participar en las adquisiciones que el otro haga a título oneroso.

Obsérvese cómo la ley concede al cónyuge inocente los instrumentos adecuados para lograr, aún contra el querer del otro, que se disuelva la sociedad conyugal para que, en adelante, ninguno de los casados tenga más participación a título de socio. Pero la ley deja a su arbitrio el ejercicio de ese derecho; no le impone un determinado comportamiento. Si demanda y sale airosa en el proceso, "ninguno de los cónyuges —como lo dice el artículo 203 del Código Civil— tendrá desde entonces parte alguna en las ganancias que resulten de la administración del otro"; más si, por el contrario, deja que las cosas pasen en silencio, o fracasa en el proceso entonces, la sociedad conyugal continúa, pues el único hecho que, ipso jure, produce su disolución, es la muerte de uno de los casados.

7. Descendiendo al caso en litigio, se tiene lo siguiente:

En el año de 1944, Ana Francisca Agudelo Giraldo y Conrado Mejía Barreneche contrajeron matrimonio católico en Fredisnia. Como los cónyuges no habían otorgado capitulaciones matrimoniales, se formó entre ellos sociedad conyugal de bienes (artículos 180 y 1774 del Código Civil). Transcurría la primera década de la vida matrimonial cuando el marido, por bochornosa conducta de su mujer, según aseveró, abandonó el hogar conyugal, sepa-

rándose de ésta y de su hija. Tiempo después, y luego de haber convivido con otras mujeres, Conrado se unió en público concubinato con Mariela Restrepo Villa, con quien ha procreado dos hijos.

Así las cosas, el 5 de abril de 1975 y alegando que Conrado Mejía había abandonado, hacía tiempo, sus deberes de esposo y padre, Ana Francisca lo demandó para que se decretase la separación de bienes y la consecuente liquidación de la sociedad conyugal, pretensión que fue acogida en sentencia dictada por el Juez promiscuo del circuito de Fredonia el 28 de octubre de 1975, precisándose que el pronunciamiento se hacía con fundamento en culpa de ambos cónyuges, desde luego que también prosperaba la demanda de reconvenCIÓN propuesta por el marido. Pero ocurrió que como el mes anterior a la presentación de la demanda de separación, Conrado Mejía Barreneche hizo las múltiples enajenaciones de que da cuenta el proceso, de inmuebles adquiridos entre 1971 y 1974, época para cuando ya hacía tiempo que se hallaba separado de hecho de su legítima mujer, ésta demandó la simulación de esos contratos.

Si la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, formaron Ana Francisca y Conrado, sólo vino a disolverse cuando quedó ejecutoriada la sentencia de separación pronunciada el 28 de octubre de 1975, resulta evidente que los inmuebles adquiridos a título oneroso por Conrado antes de tal ejecutoria, son bienes sociales y no propios de él, ya que por disposición expresa del artículo 1781-5º del Código Civil, ingresan al haber de la sociedad conyugal "todos los bienes" que cualquiera de los cónyuges adquiera, a título oneroso, durante la existencia de la sociedad conyugal.

8. La consideración acogida por el Tribunal, relativa a que el derecho a gananciales se funda en la ayuda mutua que se deben los cónyuges, y que, por tanto, el casado que incumple sus deberes de tal no tiene derecho a que se tomen como sociales los bienes adquiridos onerosamente por su consorte durante el estado de separación de hecho o de incumplimiento, carece de soporte legal. Patrocinar tesis tal llevaría,

a contrario sensu, a sostener que si los cónyuges están legalmente separados de bienes y luego se reconcilian privatamente y hacen vida de hogar, cada uno, no obstante estar disuelta la sociedad y contra el expreso mandato del artículo 16 del Decreto 2820 de 1974, tendría parte "en las ganancias que resulten de la administración del otro".

Todo depende del régimen de bienes que escojan los esposos. Si por no otorgar éstas capitulaciones matrimoniales, quedan sometidos al régimen legal de sociedad, entonces sus reglas serían las aplicables y no otras, puesto que, de otro modo, resultaría que, sin haberse disuelto la sociedad, podrían aplicarse las normas que presiden el estado de separación de bienes, incompatibles con aquéllas desde todo punto de vista.

Si Conrado Mejía Barreneche, por omisión imputable a él de manera exclusiva, no hizo las gestiones judiciales necesarias para alcanzar el decreto de separación, ya de cuerpos, ya de bienes, que trajera apartada la disolución de la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, había formado con su legítima mujer, y, por el contrario, prefirió seguir bajo el régimen de sociedad, no puede lícitamente ahora, sin quebrantar frontalmente el principio *nemo auditur propriam turpitudinem ale-gans*, replicar que no pueden considerarse como sociales los inmuebles que adquirió a título oneroso durante la separación de facto. Su proceder al margen de la ley, su desentendimiento de las normas jurídicas, no puede ser ahora fuente de derecho contra mandatos expresos del legislador. Si hubiera propuesto oportunamente la respectiva demanda que trajera como efecto de su acogimiento la disolución de la sociedad conyugal, entonces los bienes adquiridos durante el estado de separación judicialmente decretada serían propios de él y no sociales. Pero como no procedió así, la sociedad conyugal siguió vigente y acrecentando su haber con todas las adquisiciones que onerosamente se hicieran por cualquiera de los cónyuges.

Finalmente, conviene precisar que el derecho a los gananciales no surge del esfuerzo común de los consortes, sino de su

calidad de tales, así alguno no haya realizado gestión alguna benéfica para el logro de las ganancias.

9. Viene de lo expuesto que el Tribunal violó los artículos señalados por la censura, pues al considerar erradamente que los bienes adquiridos por el marido durante el estado de separación de hecho, no tenían la calidad de sociales, negó a la cónyuge la potestad que como tal tiene para atacar las enajenaciones que, en fraude de su derecho a gananciales, haga el marido.

Sobre el punto tratado, que no es nuevo, la Corte en sentencia de 24 de marzo de 1942 (Gaceta Judicial LIII, número 1983, página 268), expresó que los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges durante el estado de separación de hecho, no dejan de ser bienes sociales para trocarse en propios.

Por lo expuesto, menester será casar la sentencia recurrida. Sin embargo, antes de dictar el fallo de instancia que la reemplazará, con base en lo que dispone el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil se ordenará la práctica de la prueba que adelante se detallará.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Ci-

vil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º) CASASE la sentencia proferida el 2 de octubre de 1978, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso suscitado por Ana Francisca Agudelo de Mejía frente a Conrado Mejía Barreneche.

2º) Decrétese la práctica de las siguientes pruebas:

a). Alléguese a los autos la partida de matrimonio que celebraron la demandante Ana Francisca Agudelo de Mejía y Conrado Mejía Barreneche.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas, Secretario.

RECURSO DE APELACION

Objeto del recurso de la reformatio in pejus. Excepcionalmente puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 14 de diciembre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Alfredo Cabrera Coronado frente a Onésimo Polanía Suárez.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva el 22 de julio de 1977, el citado Alfredo Cabrera coronado demandó al mentado Onésimo Polanía Suárez en procura de que, previa la tramitación propia del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que el demandante es el dueño del inmueble denominado "Lote número 10", ubicado en la vereda "San Juan" del municipio de Palermo, con extensión superficialia de 28 hectáreas, 1924 metros cuadrados, comprendido dentro de las especiales alindaciones que la demanda consigna;

b) que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituirlo al demandante "con todos sus componentes y anexidades y en la forma a que diere lugar";

c) que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, está obligado a restituirlle también el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble durante todo el tiempo que lo ha ocupado, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y

d) que se condene igualmente al demandado a indemnizar al demandante por los perjuicios causados y a pagarle las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) que en la partición realizada dentro del proceso sucesorio de Francisco Cabrera Quintero, tramitado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva y protocolizado por Escritura Pública N° 30 de 12 de enero de 1965 de la Notaría Primera de esa ciudad, registrada la hijuela del demandante el 29 de diciembre de 1964, se le adjudicó a él, a título de heredero, el referido "Lote Número 10", comprendido dentro de los linderos que dicho título describe;

b) que a su vez el causante había adquirido el dominio sobre dicho inmueble por adjudicación que de él se le hizo en la partición del fundo común denominado "San Juan", realizada dentro del proceso divisorio de éste, protocolizado en esa misma notaría por medio de la Escritura Pública N° 639 de 5 de octubre de 1925, la que fue inscrita en el registro de allí el 6 de noviembre siguiente;

c) que por virtud de la adjudicación que a él se le hizo en el referido sucesorio, el demandante adquirió la posesión del inmueble cuya reivindicación busca y la ejercitó hasta el año de 1972, "fecha en que en forma arbitraria y clandestina fue privado de esa posesión por el demandado"; y

d) que como el demandado carece de título justo sobre el fundo, es poseedor de mala fe de éste, estando además actualmente en incapacidad de adquirirlo por prescripción extraordinaria.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas del demandante; en cuanto a los hechos, negó algunos y exigió la demostración de otros.

Expresó desde entonces que él es poseedor y dueño de la finca rural denominada "El Cañón", ubicada en la vereda de "San Juan" de esa jurisdicción municipal, por compra que hizo a los cónyuges entre sí José Antonio Losada y María de Jesús Ramírez de Losada, según Escritura Pública número 1577 de 5 de diciembre de 1974, otorgada en esa fecha en la Notaría 2^a de Neiva. Que, por tanto, el demandante "carece del derecho para demandarme en la forma como lo hace,... ya que bien puede afirmarse que los linderos que da el demandante en la demanda, son distintos de los que en realidad tiene la finca de mi mandante".

4. En esa misma oportunidad y fundado en tales hechos el demandado denunció el pleito a los citados cónyuges entre sí Lozada y Ramírez de Losada, quienes, luego de haber sido notificados de la denuncia, advinieron al proceso a expresar que, según los respectivos títulos escriturarios, no hay identidad entre el bien pretendido por el demandante y el fundo que ellos habían vendido a Onésimo Polanía.

5. Surtida que fue la tramitación de la primera instancia el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 27 de septiembre de 1978, mediante la cual decidió el litigio así:

a) declaró el dominio del demandante respecto del inmueble mencionado; b) condenó el demandado a restituirllo, "una vez cumpla el reivindicador las obligaciones que aquí se le imponen"; c) dispuso que el

demandado debe pagar a su demandante el valor de los frutos producidos por el fundo "desde el 9 de septiembre de 1977"; d) condenó al demandante a pagar al demandado "la suma de \$ 100.000,00, por concepto del valor de la casa de habitación por éste construida sobre el predio reivindicado", así como *in genere* los "Gastos ordinarios invertidos.... en la producción de los frutos que deberá restituirle", las "mejoras necesarias (cercas) y útiles (cultivos de plátano, café, cacao, yuca y árboles frutales, como también el acueducto instalado a expensas del demandado), que fueron incorporados por el demandado al predio reivindicado con anterioridad a la contestación de la demanda"; e) condenó a los denunciados del pleito a pagar al demandado denunciante el precio pagado por éste por el bien reivindicado, junto con los intereses legales y "demás perjuicios" que le ocasionaron, lo mismo que las costas pagadas por él; y f) finalmente, impuso al demandado el deber de pagar las costas procesales.

6. Por virtud de la apelación interpuesta contra la sentencia del juzgado por el demandado y los dos denunciados, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el que, después de haber rituado la instancia, profirió su sentencia de 14 de diciembre de 1978, mediante la cual desató el recurso así:

1º) Confirmó las resoluciones contenidas en los ordinales 1º y 8º del fallo impugnado, o sea las atinentes a la declaración de dominio del demandado respecto del inmueble y la condena en costas al demandado; 2º) Revocó las condenaciones impuestas a los denunciados del pleito; 3º) Modificó las demás decisiones de la sentencia apelada, en el sentido de declarar: a) que la restitución del inmueble ordenada al demandado debe hacerla éste "dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior"; b) que la condena por frutos civiles y naturales producidos por el fundo se extienda a los percibidos "desde el cinco (5) de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974) hasta que la entrega se efectúe, teniendo derecho el demandado a que se le abonen

los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos"; c) que por ser el demandado poseedor de mala fe, "no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla el artículo 966 del Código Civil, pero puede hacer uso de la facultad que le confiere dicho texto legal en su inciso 6º"; y d) que el demandante debe pagar al demandado "las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa", con la advertencia de que todas las condenaciones impuestas deben liquidarse por el procedimiento de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, "debiéndose compensar los créditos mutuos que resulten de este fallo, una vez establecido el monto de ellos"; y 4º) Dispuso el sentenciador *ad quem*, finalmente, que como no se causaron costas en la segunda instancia, no es pertinente hacer condenación por este aspecto.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. En el inicio de las consideraciones de su sentencia el Tribunal *ad quem*, luego del análisis que hace del acervo probatorio practicado, concluye que en el presente caso se encuentran reunidos todos los presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria, que es la que encuentra principalmente deducida; y que, por tanto, la pretensión restitutoria está llamada a prosperar.

2. En punto de prestaciones mutuas, que es el único aspecto del fallo de segundo grado impugnado en casación, el Tribunal *ad quem*, en radical discrepancia con lo que al respecto decidió el juzgado *a quo*, califica al demandado como poseedor de mala fe y con apoyo en dicho postulado regula las condenaciones debidas por razón de frutos, expensas y mejoras.

Dice, en efecto, que al carecer Onésimo Polanía de "título del lote Nº 10, ha de considerársele poseedor de mala fe", por lo que debe restituir los frutos producidos por el inmueble "desde el 5 de diciembre de 1974", que es, según lo expresa la prueba testifical, la fecha en que "entró en

posesión material del fundo pretendido, hasta el día en que se cumpla la restitución decretada". Y que, por la misma razón, el poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras necesarias incorporadas al fundo, pero no las útiles, las que sí le había reconocido la sentencia de primera instancia.

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado únicamente interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva, en la cual se limita la impugnación a las decisiones atinentes a la regulación de las prestaciones mutuas, el recurrente formula a dicho fallo dos cargos: el primero con fundamento en la causal 4º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y el segundo dentro del ámbito de la primera, de los cuales se despacha aquél que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar la sentencia del Tribunal.

Cargo primero

1. Con éste se acusa el fallo del *ad quem* de haber incurrido en una *reformatio in pejus*, puesto que "contiene decisiones que hacen más gravosa la situación de la parte demandada, que apeló, sin que la demandante a su turno hiciera uso de la apelación en lo que fue desfavorable".

2. En desarrollo del cargo el censor, después de compendiar las resoluciones de las sentencias de primera y segunda instancias, referentes al pago de frutos, mejoras y derecho de retención reconocido a favor del demandado vencido, y de advertir que en lo concerniente a ellas sólo apeló el demandado pues que tales decisiones "no inciden a favor de los denunciados", asevera que el Tribunal, "ignorando lamentablemente que la *reformatio in pejus* está vedada por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que dice que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable y el supe-

rior no puede generalmente enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, modificó y revocó ésta, e hizo más gravosa la situación del demandado".

3. Rematando la formulación del cargo, expresa el recurrente que si el demandante no apeló de las condenas que lo favorecieron, implícitamente las aceptó y ellas estaban ejecutoriadas, por lo que el Tribunal "mal podía reformarlos o derogarlas en contra del demandado apelante". Agrega que tales decisiones en nada "inciden a favor de los denunciados, cuyas condenas fueron revocadas, sin violación del artículo legal comentado".

IV

Consideraciones de la Corte

1^{a)}) Por cuanto los recursos son medios establecidos por la ley para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican a quienes son parte en el proceso, la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que uno de los presupuestos indispensables para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales es la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia combatida le cause.

2^{a)}) *El recurso de apelación, consagrado en la legislación procesal para impugnar determinados autos interlocutorios y las sentencias de primer grado, es el medio ordinario para hacer operante el principio de las dos instancias; y tiene por objeto llevar al conocimiento de un juez superior la resolución de uno inferior, a fin de que se revisen y se corrijan los yerros que éste hubiese podido cometer.*

Mas, dados el interés para recurrir y el principio de la personalidad del recurso que aún campea en nuestra ley procesal civil, la apelación se tiene que entender interpuesta únicamente en lo perjudicial para el recurrente. De lo cual se sigue, como consecuencia lógica y natural, que el poder del juzgador ad quem encuentra una primera limitación en cuanto que la providencia así recurrida no puede ser reformada, por regla general, en perjuicio del apelante, siempre, eso sí, que la contra-

parte no haya deducido apelación, pues en este supuesto y justamente por ello la competencia del juez de la segunda instancia es plena.

El principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consagrado positivamente en el artículos 357 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, se traduce pues en que el superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra la providencia que ha sido consentida por la otra, no puede, por regla general, modificarla o enmendarla haciendo más gravosa para el apelante la situación procesal que para éste ha creado la providencia recurrida.

Como lo ha dicho la Corte, el perjuicio es elemento que corresponde por definición a esta figura legal denominada reformatio in pejus. Por lo tanto, para que la reformación en perjuicio se estructure es indispensable, obviamente, que el superior enmiende la providencia apelada imponiendo al recurrente vencido una agravación de las obligaciones a que ya fue condenado, y no una enmienda cualquiera.

3^{a)}) Pero, como ya se ha insinuado en esta misma providencia, el principio prohibitivo de la reformación en perjuicio no es ni puede ser absoluto: excepcionalmente puede al superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional, como cuando en razón de la reforma de la resolución recurrida es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella reforma (artículo 357 código de Procedimiento Civil); o cuando se presente la apelación adhesiva (353 ibidem); o cuando, por tratarse en tal evento de una materia que siempre requiere examen previo por el superior, se le impone a éste la declaración de que la relación jurídico-procesal no se ha trabado regularmente por falta de uno o algunos de los presupuestos del proceso.

4^{a)}) De esta suerte, cuando con desconocimiento del principio indicado, que le impone al Juez ad quem un determinado comportamiento al fallar, la sentencia del Tribunal contiene decisiones que agravan la situación del único apelante, desborda el campo demarcado por la ley; lesioná el interés jurídico del impugnante quien, por tanto,

acusarla al través del recurso extraordinario de casación.

Pero si antes de la vigencia del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, la doctrina de la Corte fue constante e invariable en cuanto a que la reformación en perjuicio daba base para recurrir en casación, no fue sin embargo uniforme en punto a la causal que al efecto debía y procedía invocar.

En efecto. En las últimas sentencias proferidas a la luz de la legislación antigua, la Corte, apoyada en su consideración de que el artículo 494 del Código Judicial, tenía carácter de norma sustancial, dijo que la violación de ese precepto debía acusarse por la causal primera de las previstas por el artículo 52 del Decreto 528 de 1964; en algunas otras, estimando que la figura procesal de la no reformación en perjuicio tiene alcance formal y no de fondo, expresó que su quebranto debía acusarse en casación por la causal segunda de dicho estatuto; y en otras aseveró que como la violación del principio entrañaba nulidad por usurpación de competencia por parte del juez ad quem, lo pertinente era acudir a la causal cuarta.

Para acabar con las discrepancias que en torno a esta específica cuestión se suscitaron, el legislador de 1970, en buena hora, atribuyó a la reformatio in pejus autonomía como causal de casación, le dio individualidad propia al estatuir en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, que es causal de casación: "4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación".

5^{a)}) Al regular las prestaciones reciprocas que, por razón de la prosperidad de la reivindicación, corresponden al demandante vencedor y al demandado vencido, la sentencia de primera instancia calificó a éste como poseedor de buena fe. Y sobre este cardinal aserto dispuso, como consecuencia, que sólo está obligado a restituir los frutos producidos por el bien a partir

de la contestación a la demanda, o sea desde el 9 de septiembre de 1977; que tiene derecho a que el reivindicador le pague el valor de las mejoras tanto necesarias como útiles que hizo en el fundo, en las cuales enlistó la casa de habitación por valor de \$ 100.000,00, las cercas, cultivos y el "acueducto instalado en el predio a expensas del demandado"; y dispuso el sentenciador a quo, además, que la restitución del inmueble la debía hacer el demandado "una vez cumpla el reivindicador las obligaciones que aquí se le imponen", es decir que reconoció a favor de aquél el derecho de retención.

No obstante que el demandante no apeló de las resoluciones que contenidas en la sentencia para él son desfavorables, por lo que su aquietamiento las sustrajo del marco de la impugnación, el sentenciador de segundo grado, en ostensible discrepancia con el a quo en el punto, consideró al demandado apelante como poseedor de mala fe y por tanto dispuso que debía restituir los frutos producidos desde cuando entró a ocupar el inmueble, vale decir, "desde el 5 de diciembre de 1974"; que debido a su mala fe el poseedor demandado "no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles" sino solamente las necesarias, carácter este que le negó a la casa de habitación construida en el predio; y además dispuso que la restitución ordenada debía hacerla el demandado "dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior", lo que da tanto como decir que infirmó el reconocimiento del derecho de retención que a favor del demandado hizo la sentencia de primer grado.

6^{a)}) Una ligera labor de parangón entre las resoluciones de las sentencias de instancia impulsa a advertir, sin esfuerzo alguno, que evidentemente el Tribunal infringió el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, pues habiendo sido las concernientes a las prestaciones mutuas apeladas únicamente por el demandado y no por el demandante, sus decisiones en la materia desmejoraron la situación que para aquél traía la sentencia de primer grado.

Es palmar que al trocarle la categoría de poseedor de buena fe, a él atribuida en el primer fallo, por la mala fe, como lo hace el segundo, sin que tal aspecto hubiese sido impugnado por el demandante, la situación para aquél resulta más gravosa, pues con base en dicha calificación se extiende el alcance de las obligaciones que el vencido y único apelante le impuso el fallo de primera instancia.

En punto de la calificación de buena fe del poseedor, lo mismo que de la cuantía y alcance de las prestaciones recíprocas reguladas con base en ella, no podía el Tribunal apartarse, como ciertamente se apartó, del criterio del juez de primer grado, que fue consentido tácitamente por el demandante al no impugnarlo, porque dicho cambio de criterio implica, al agravarlo, un desmejoramiento de la situación procesal que había logrado la única parte apelante.

7^{a)}) Conclusión de lo dicho es entonces la de que la sentencia del Tribunal quebrantó el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, y por consiguiente es fundado el cargo que por este aspecto se le formula en la demanda de casación.

V

Sentencia sustitutiva

1. Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo primero la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; pero que como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo, lo mismo que en el segundo, se le hace al fallo en cuanto por él se hizo más gravosa la situación del apelante al considerarlo como poseedor de mala fe y regular con tal presupuesto las prestaciones mutuas, la sentencia que la Corte debe dictar como Tribunal de instancia tendrá que limitarse a corregir tal yerro, reproduciendo las demás decisiones que trae el fallo y que no han sido impugnadas en casación.

2. Porque es evidente que si bien la sentencia de segundo grado revocó las condenaciones que en la de primero se impusieron a los denunciados del pleito y a favor del demandado, dicha infirmación no ha sido impugnada por éste en el recurso extraordinario, pues en su demanda de casación se limita a combatir las resoluciones concernientes a las prestaciones recíprocas entre el demandante victorioso y el demandado vencido, particularmente en lo relacionado con la fe del poseedor.

Lo cual significa que las disposiciones del sentenciador *ad quem* en puntos de declaración de dominio a favor del demandante, la condena al demandado a restituirle el inmueble y la absolución de los terceros a quienes se les denunció el pleito, son resoluciones que tácitamente han consentido el recurrente y que por ende, al no haber sido objeto de impugnación, adquirieron el sello de firmeza y, por lo mismo, la veda a la Corte la posibilidad de revisarlas.

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 catorce (14) de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y actuando en sede de instancia.

Resuelve:

Primero. CONFIRMANSE los ordinarios primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y octavo de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva el veintisiete (27) de septiembre de ese mismo año;

Segundo. REVOCANSE las resoluciones contenidas en los numerales sexto y séptimo de ese mismo fallo, o sea las que imponen condenas a los denunciados José Antonio Losada y María de Jesús Ramírez de Losada, y en consecuencia se les absuelve por ese aspecto;

Tercero. CONDENASE al demandado Onésimo Polanía al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso; y

Cuarto. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

Cópíese, notifíquese y devuélvase al Tribunal. Publíquese.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

MEDIOS PROBATORIOS

Validez y eficacia del testimonio. Formalidades

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de septiembre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por María Benedicta Niño de Sandoval contra los herederos de Roberto Reyes García.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 19 de julio de 1974 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, la citada María Benedicta Niño de Sandoval demandó a Lucila Ordóñez vda. de Reyes y a María Lucila Reyes de Valenzuela, como herederas de Roberto Reyes García, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que la demandante, hija natural de Benita Niño Pacheco, lo es también de Roberto Reyes García; que como tal tiene derecho a la herencia de éste, en concurrencia con las demandadas y en la proporción que legalmente corresponda; que, en consecuencia, se decrete la reforma del testamento abierto otorgado por el causante Reyes García el 22 de diciembre de 1969, mediante la Escritura N° 6299 de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, para

que en la mortuoria se adjudique a la demandante la porción de bienes que le corresponde; que se ordene al partidor “atemperar su trabajo de partición” a la reforma testamentaria decretada; y que si las demandadas se oponen a sus pretensiones se las condene en las costas procesales.

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

Que a partir de 1920 y por espacio de 3 o 4 años, Benita Niño Pacheco, que a la sazón apenas sí había cumplido los 13 años de edad y vivía entonces en Sogamoso en casa de sus padres, mantuvo relaciones sexuales con Roberto Reyes García, quien la sacó de su hogar y la llevó a convivir con él en una casa de esa ciudad que al efecto tomó en arrendamiento; que durante el tiempo de dicha convivencia, Reyes García no sólo atendió todos los gastos que imponía la habitación común, sino que también dio a su concubina, “tanto en público como en privado, un trato franco de amante”, habiendo procreado con ésta dos hijas: Lilia Inés y Olga Niño.

Que luego de esa íntima cohabitación se presentó entre ellos una separación temporal, en la que Benita regresó a la casa de su madre, interrupción que no fue sin embargo óbice para que Roberto continuara atendiendo al sostentimiento de sus dos hijas mencionadas; que posteriormente, al finalizar el año de 1934, los antiguos amantes reanudaron sus relaciones íntimas aunque “ya no con habitación especial”; que entonces el concubinario logró que su concubina lo visitara, a cualquiera hora del día o de la noche, en el Hotel Europa de Sogamoso que él ocupaba en dicha ciudad,

"y luego concurriendo él directamente a la casa de habitación" de ella; que durante todo este renacer del trato íntimo, como también lo había hecho antaño, Reyes García atendió a Benita Niño "como si se tratara de su propia mujer", suministrándole dineros para su manutención, vestuario; que fruto de las relaciones sexuales en su segunda etapa fue el nacimiento de la aquí demandante, ocurrido el 4 de julio de 1936, a la cual aquél dio desde entonces y por un lapso superior a diez años el trato de padre, en tal condición la trató, atendió a su crianza, educación y la presentó "ante propios y extraños de manera franca y categórica", y que, por su parte, recibía de la menor el correlativo tratamiento paterno, pues ella lo visitaba con la aquiescencia y el beneplácito suyos.

Asevera además la demandante que el 23 de agosto de 1939 Roberto contrajo matrimonio católico en Bogotá con Lucila Ordóñez, unión connubial ésta dentro de la que los contrayentes procrearon a Lucila Reyes Ordóñez; que posteriormente, en diciembre de 1969, aquél otorgó su testamento abierto en el cual expresó "no tener hijos naturales", con lo cual desconoció los derechos de la demandante; y que ocurrido el óbito de Reyes García el 8 de septiembre de 1973, el Juzgado Sexto Civil del mismo circuito declaró abierta la sucesión, proceso en el cual se ha reconocido, como interesadas, a las dos demandadas.

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda las dos demandadas se opusieron a las súplicas en ella deducidas; en cuanto a los hechos, salvo los atinentes el matrimonio del causante, nacimiento de la hija legítima, otorgamiento del testamento, su contenido, la muerte de aquél y el trámite de su sucesorio, los cuales sí aceptaron, negaron los demás.

En esa misma oportunidad las demandadas propusieron la caducidad, la una como excepción de mérito y la otra como previa, pues que, expresaron, "la demanda no se notificó" dentro de los dos años siguientes a la defunción del causante.

Al decidir el incidente tramitado con causa en la excepción de forma dicha, el Juzgado, mediante auto de 17 de febrero de 1976, dispuso diferir la resolución de la

caducidad alegada para el momento de dictar la sentencia "que ponga fin al proceso".

4. Trabada pues así la relación jurídico-procesal, se continuó el trámite de la primera instancia con la práctica de las pruebas pedidas por la demandante.

Más tarde el juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 16 de agosto de 1977, mediante la cual declaró a la demandante como hija natural del finado Roberto Reyes García, negó sin embargo todas las pretensiones patrimoniales por ella deducidas y dispuso no haber lugar a costas.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicha providencia tanto por demandante como por demandadas, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 29 de septiembre de 1978, decidió el litigio así:

1º) Confirmó la declaración de paternidad natural contenida en el fallo apelado;

2º) Reformó las otras resoluciones de la sentencia impugnada, para disponer en cambio: a) que la demandante es heredera *ab intestato* de su padre natural, en concurrencia con la demandada María Lucila Reyes de Valenzuela; b) que, por tanto, el testamento contenido en la Escritura Nº 6299, otorgada el 22 de diciembre de 1969 en la Notaría Segunda de Bogotá, debe reformarse en el sentido de tener a la demandante como heredera legítima; c) que el partidor en el proceso sucesorio del causante Roberto Reyes García, al hacer la partición, debe tener en cuenta la reforma testamentaria decretada; d) que la prosperidad de estas pretensiones patrimoniales sólo se entiende "en contra de María Lucila Reyes de Valenzuela y no con relación a Lucila Ordóñez vda. de Reyes, ya que la acción patrimonial caducó respecto de esta última"; y

3º) Impuso las costas de la primera instancia del proceso a la demandada vencida.

II

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. En el inicio de las motivaciones de su fallo expresa el Tribunal de Bogotá, luego

de advertir que en el presente caso procede dictar sentencia de mérito por concurrir en él todos los presupuestos indispensables para ello, que la demanda incoativa del proceso trae deducida principalmente la pretensión de filiación natural y, acumuladas consecuencialmente a ella, las de petición de herencia y reforma del testamento.

2. Refiriéndose a la primera, dice el sentenciador que la peticionante adujo para demostrar los hechos que la fundamentan las declaraciones de Carmen Agudelo de Camacho, Berta Camacho Agudelo, Benjamín González Castro, Betulia Bayona de Izquierdo y Lucila Amézquita de Fernández.

Y apoyándose en dichos testimonios, cuyo contenido resume en su sentencia, el Tribunal *ad quem* concluye que sí están probadas las dos presunciones de paternidad natural alegadas, o sea, las relaciones sexuales habidas entre la madre y el presunto padre de la demandante, por la época en que tuvo lugar la concepción de ésta; y la posesión notoria del estado de hija natural. Dice al punto que "efectivamente Roberto Reyes García, sostuvo relaciones sexuales con Benita Niño y como fruto de ellas nació la niña Benedicta, habiendo dicho señor Reyes García, suministrado lo necesario para la manutención y gastos del parto en referencia y posteriormente haber tratado a la demandante como su hija y suministrarle lo necesario también para su sostenimiento".

3. Deducida por él la prosperidad de la acción de estado, el sentenciador de segundo grado acomete el estudio de la excepción de caducidad propuesta por las demandadas y que el *a quo* acogió.

Al punto, luego de analizar la naturaleza jurídica y los efectos de la caducidad y de marcar los elementos que la diferencian del fenómeno de la prescripción, con citas jurisprudenciales dice que en este caso, frente a una de las demandadas, no ha operado la caducidad porque si bien la notificación del auto admisorio de la demanda tuvo lugar después de vencidos los dos años de que habla el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, esa tardanza no es imputable a la culpa de la demandante.

Después de relatar algunas de las actuaciones procesales, fundado en ellas expresa al punto el Tribunal: "Surge, pues, nítidamente la conclusión de que mientras se completaba el término de los dos años la demandada María Lucila Reyes de Valenzuela eludió la notificación del auto admisorio de la demanda y añade que lo propio no ocurrió con la otra demandada, Lucila Ordóñez vda. de Reyes, pues ésta sí "confirió poder antes de que se vencieran los dos años y sin embargo la notificación al apoderado solamente se surtió después

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación las dos demandadas. Estas, en sus respectivas demandas y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil formulan contra dicho fallo, la una dos cargo y la otra, tres, de los cuales se despacha el segundo, que es común, y que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar la sentencia combatida.

Cargo segundo de las dos demandas

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial en que fundó su sentencia estimativa de la pretensión principal deducida en la demanda inicial del proceso.

La censura señala, como violación medio, la del artículo 33 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual el juez comisionado para la práctica de pruebas debe, una vez reciba el respectivo despacho, señalar "día y hora para la diligencia, si su cumplimiento así lo exige, por auto que se notificará en legal forma".

2. En desenvolvimiento del cargo, las recurrentes empiezan por recordar que las

únicas pruebas en que el sentenciador *ad quem* apoyó su decisión fueron los testimonios rendidos por Carmen Agudelo de Camacho, Berta Camacho Agudelo, Benjamín González Castro, Betulia Bayona de Izquierdo y Lucila Amézquita de Fernández, todos los cuales, dice la impugnación, "no cumplieron el requisito fundamental de la contradicción, pues en la forma como fueron practicados se impidió a la parte demandada ejercer dicho derecho de contradicción a la prueba mediante el contra-interrogatorio".

Concretando el yerro de derecho que endilgan al Tribunal, expresan las impugnadoras de la sentencia que comisionado el Juez de Sogamoso para recibir los testimonios, el 2 de diciembre de 1976 fijó fecha para recibir esas declaraciones, "el día 9 de diciembre del citado año, mediante auto no notificado ya que fue dictado 'CUMPLASE'. No habiendo podido realizar en dicha fecha la audiencia, el juez comisionado la fijó para los días 12 y 13 de enero de 1977, mediante auto de diciembre 9 de 1976, también dictado en la forma 'CUMPLASE', o sea sin notificación" y violando así, flagrantemente, lo dispuesto en el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil.

3. Rematando la formulación de sus cargos, expresan las recurrentes que al no notificarse "el auto contentivo de la fecha en mención, se está impidiendo a la contraparte conocer en legal forma el día y hora en que han de practicarse los testimonios. La prueba se encuentra ilegalmente practicada. Es una prueba que no cumple el requisito de la contradicción, y que por ende no ha de ser apreciada...".

IV

Consideraciones de la Corte

1^{a)} *No sin razón sostienen los expositores del derecho procesal 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 prin-*

cipio, oponerse al litigante que no tuvo injerencia en su producción.

A la contraparte le asiste derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple a todo lo largo del periodo 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 comunica a la contraparte; continúa su intervención durante la práctica de la prueba, como cuando se le permite asistir a la audiencia en que se reciban los testimonios para que contrainterrogue a los declarantes; y se prolonga aún después, como acontece, verbi gratia, cuando objeta el dictamen pericial.

2^{a)} *Con fundamento en los principios de publicidad y contradicción que son esenciales para la validez de los medios probatorios, el procedimiento civil colombiano determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar las pruebas. Con tales normaciones el legislador busca, de una parte, vedar al juez la estimación de las secretas, ocultas o subrepticiamente practicadas; y, de otra, la producción en el proceso del llamado "diálogo probatorio", de manifiesta utilidad para los intereses de la justicia pues permite a cada parte aclarar, complementar o desvirtuar las pruebas presentadas por la otra.*

De lo cual resulta entonces que si en la incorporación de un medio de prueba al proceso se omite la observancia de todos o de algunos de dichos preceptos legales, la misma ley prohíbe al juez evaluar la prueba; si, en cambio, ellos se acatan en su totalidad, surge para él la obligación de estimarla, puesto que las normas que rigen su diligenciamiento son de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento. Dispone en efecto el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que toda decisión judicial debe fundarse "en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso" (subraya la Sala).

3^{a)} *En tratándose de la prueba testimonial, para que ella cumpla la función civil que les es propia, su incorporación al proceso tiene que estar revestida de ciertas formalidades que son a la vez garantía para las partes y seguridad para el juez.*

Si estos ritos no se observan, los litigantes tienen derecho a oponerse y a rechazar el testimonio, y el juzgador el deber de desestimar.

Según los Arts. 72-10, 92-4, 174, 215, 216, 218, 219, 220, 224, 226, 227, 228, 298 y 313 del Código de Procedimiento Civil, las formalidades dichas para la existencia, validez y eficacia del testimonio son fundamentalmente las siguientes: a) que la prueba se pida y se decrete oportunamente con conocimiento de las partes; b) que las personas llamadas a rendir declaración no adolezcan de inhabilidad para testimoniar; c) que cada parte pueda fachar los testigos citados por su contraparte o por el juez; d) que la citación del declarante se haga con conocimiento de las partes, las que deben enterarse de la fecha y hora que el juez señale para evacuar la prueba; y e) que la declaración se reciba en audiencia, a la cual puedan concurrir tanto el peticionario del testimonio como el litigante a quien dicho medio se le va a oponer.

..4a) Dentro de estas exigencias emerge con perfiles de singular relevancia la atinente al conocimiento que debe darse a las partes de la práctica del testimonio, es decir la notificación del auto que lo decreta y que señala fecha y hora para recibirla, pues que sólo en virtud de tal conocimiento se le da publicidad a la prueba y por ende los litigantes están en capacidad de contradecirla.

Preceptúa al efecto el artículo 220 citado que si la petición de la prueba testifical reune los requisitos exigidos legalmente, "el juez ordenará la citación de los testigos y señalará fecha y hora para la audiencia en que deban recibirse las declaraciones"; que, dice el artículo 226 ibídem, al declarante "las preguntas se le formularán oralmente en la audiencia"; y añade el 228 ejusdem, que "a continuación del juez, las partes podrán interrogar al testigo, comenzando por quien solicitó la prueba".

5a) Formalidades estas de las cuales no es dable prescindir así la prueba testimonial se practique por juez comisionado, lo que es legalmente posible (artículos 31, 181 y 226 citados), desde luego que como a éste se le considera al efecto como si fuera el mismo comitente, el primero tiene que

acatar, como lo habría tenido que hacer el segundo, todos los imperativos legales indispensables para que la prueba por aquél practicada resulte a la poste pública, y con ello se le haya brindado a la parte a la cual se opone la oportunidad de contradecirla.

Para garantizar el derecho de defensa de los litigantes en punto de práctica de pruebas, el Art. 33 ibídem establece que cuando éstas se practiquen por juez comisionado, éste, luego de recibir del comitente el despacho respectivo, "señalará día y hora para la diligencia, si su cumplimiento así lo exige, por auto que se notificará en legal forma" (subraya la Sala). Y es palmar que si se omite tal notificación la prueba carece del requisito de la publicidad, omisión que puede traer como consecuencia la de que no haya podido ser contradicha por la parte contraria a la que la pidió.

6a) Aplicando al caso de este proceso los anteriores principios doctrinarios y legales, fuerza es concluir en que la prueba testimonial, traída por la demandante para demostrar su pretensión de filiación natural, fue incorrecta o irregularmente practicada y que, por ende, carece de validez y no es dable por consiguiente apreciarla en esas circunstancias.

En efecto. A instancia de la demandante al juez de la causa decretó como prueba los testimonios de Berta Camacho Agudelo, Benjamín González Castro, Betulia Bayona de Izquierdo, Carmen Agudelo de Camacho y Lucila Amézquita de Fernández, y para su recepción comisionó al Juez Civil del Circuito de Sogamoso a quien libró el despacho correspondiente, que, contrariando lo ordenado por el artículo 132 de la obra en cita, no envió por el correo ordinario sino por conducto del apoderado judicial de la parte que pidió la prueba; recibido que fue el despacho comisorio por el juez comisionado, éste, en auto de "CUMPLASE" de 2 de diciembre de 1976, señaló la hora de las 10 a.m. del 9 de ese mes para recibir los testimonios; a petición del apoderado que pidió la prueba, quien expresó encontrarse en imposibilidad absoluta de concurrir al juzgado en la fecha fijada, el comisionado, también mediante auto de "CUMPLASE" proferido el 9 de ese diciem-

bre, señaló la hora de las 10 a.m. de los días 12 y 13 de enero siguiente "para que tengan lugar las audiencias decretadas". En estas circunstancias se recibieron, en los dos días indicados, los cinco testimonios, diligencias a las cuales concurrió el apoderado de la demandante para formular a los declarantes las preguntas que oralmente allí propuso, sin que la parte demandada, por sí o por intermedio de apoderado, hubiese intervenido en tales audiencias.

Y como la apuntada irregularidad en la práctica de la prueba testimonial ha sido alegada en las instancias del proceso, pues las demandadas la invocaron expresamente en su alegato de bien probado presentando tanto en el primero como en el segundo grado de jurisdicción, sin consideración alguna por parte de los juzgadores, no puede estimarse como medio nuevo en casación y por tal razón la Corte hace aquí la ponderación legal que de dicha cuestión corresponde.

7^{a)}) Dedúcese de lo dicho que el Tribunal sentenciador, al atribuir mérito demostrativo a la prueba testimonial pedida por la demandante y practicada sin la legal notificación a las demandadas, infringió lo ordenado por el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil, error de derecho que lo condujo a quebrantar, por aplicación indebida, los ordinales 4^o, 5^o y 6^o del artículo 6^o de la Ley 75 de 1968.

Y como el apuntado error es trascendente, pues sin él y por falta de otras pruebas el fallo del *ad quem* habría sido de contenido contrario, la acusación resulta próspera y por consiguiente la sentencia combatida habrá de casarse.

8^{a)}) Mas, antes de dictar la sentencia de instancia que corresponda la Corte, en ejercicio de la facultad que le consagra el artículo 375-3 del Código de Procedimiento Civil, en concomitancia con lo establecido

al respecto por los artículos 179 y 180 *ibídem*, estima necesario repetir la práctica de los testimonios indicados, para lo cual se señalará el término de diez días contado a partir de la ejecutoria de este fallo.

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, CASA la sentencia de veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario seguido por María Benedicta Niño de Sandoval contra los herederos de Roberto Reyes García, y actuando como Tribunal de instancia

Resuelve:

1º Para repetir la práctica de la prueba testimonial referida en la parte motiva de esta providencia, lo que hará directamente la Corte, se concede un término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, dentro del cual se recibirán, con citación y audiencia de la contraparte, los testimonios de estas personas pedidos por la demandante.

2º Declárase que por haber prosperado el recurso de casación, no hay lugar a condenar en costas en éste.

Cópíese, notifíquese y publíquese.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

PROMESA DE CONTRATO

Requisitos necesarios para su validez. Es un contrato eminentemente provisio-
nal y transitorio. Caracteres especiales. Efectos. La promesa de celebrar un
contrato es hoy fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se
observan todos los requisitos y circunstancias que determina el artículo 89 de
la Ley 153 de 1887

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 30 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Francisco Antonio Varón Romero frente a Antonio María Ibagón Quintero y otra.

I

Antecedentes

1. El 23 de junio de 1976, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en la ciudad de Neiva y que autenticaron el 30 siguiente ante el Notario Primero de allí, se ajustó entre Francisco Antonio Varón Romero, por una parte, y los cónyuges entre sí Antonio María Ibagón Quintero y Haydée de Ibagón, por la otra, el contrato que llamaron "Promesa de Venta" y cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El primero prometió enajenar a favor de los segundos la finca denominada "Balsillas", ubicada en la fracción del mismo nombre de la jurisdicción municipal

de Villavieja, "formada por los siguientes potreros: a) El Cardo; b) La Pista; c) Fontezuela; d) Balsillas; e) Las Brisas; f) El Guayabito; g) El Guayabo... Vegas. a) Las Palmitas; b) La Ladera; c) El Pleito; d) El Castillo; e) La Chipa; f) La Isla del Castillo; g) La Vega comprada a Santiago Rubiano Guarnizo; h) Los Tres Derechos comprados en la Isla Dussán, a Ligia Dussán, Oiden Dussán y Humberto Dussán..."

b) A continuación expresaron los contratantes que "todos estos bienes o potreros son entregados por toda su situación y linderos consignados en el plano de la Hacienda Balsillas, con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres..., junto con la herramienta, monturas, motobomba, semillas y en fin todos los muebles y enseres que corresponden al servicio de dichos predios";

c) Acordaron los convencionistas como precio de la citada finca la suma de \$ 4.500.000.00, que "los prometientes compradores" se obligaron a pagar así: \$ 2.500.000.00 representados en el predio rural "Los Guaduales" o finca "El Paraíso", ubicada en jurisdicción del municipio de Campoalegre, con todas sus instalaciones y anexidades, comprendida dentro de los linderos que allí consignaron; \$ 800.000.00 representados en las instalaciones de las residencias "Tayrona", ubicadas en la segunda, tercera plantas y terraza del edificio número 7-11 de la carrera 7^a de allí,

edificio que es de propiedad de Regina Medina Perdomo; y \$ 1.200.000.00 en tres contados de \$ 400.000.00 cada uno, pagaderos sucesivamente el 1º de julio de los tres años siguientes;

d) Después de expresar que los bienes que él prometía enajenar los había adquirido, "unos por compra a Froilán Sánchez y otros por compra a Santiago Rubiano Guarnizo y Ligia Dussán", "por medio de escrituras públicas debidamente registradas en la Oficina de Registro de la ciudad de Neiva", manifestó Varón Romero que los entregaría el 1º de julio de 1976 "por su situación y linderos consignados en los títulos adquisitivos, como también del pleno de la Hacienda Balsillas, el cual se halla debidamente protocolizado en la Notaría Primera del Círculo de Neiva", aclarándose allí que la finca denominada "Salsento", incorporada en el plano, "no entra en la presente negociación, por haber sido vendida a la señora Tulia Forero viuda de Rojas, de acuerdo con la promesa de venta legalizada hace más o menos dos meses...";

e) Mediante la cláusula segunda de dicho pacto, el mismo Varón Romero expresó sobre "los bienes raíces que promete vender" existe un gravamen hipotecario a favor del Banco Ganadero por la suma de \$ 1.500.000.00, para que los adquirentes de la finca lo paguen les entregará el 1º de julio de 1976, 400 cabezas de ganado vacuno "cuyo precio será acordado por los contratantes el día de la entrega";

f) Estipularon los contratantes que las escrituras mediante las cuales perfeccionarían el pacto por ellos prometido, serían otorgadas en la Notaría Primera de Neiva, así: la correspondiente a la finca "Balsillas", en un plazo no mayor de 120 días, contado a partir del 1º de julio siguiente; la referente al potrero "El Guayabo", "... tan pronto como sea terminado el juicio de sucesión del señor Carlos Arturo Azuero, a quien Sánchez Quesada adquirió en compra dicho predio por medio de documento promesa de venta"; y la relativa al fundo "Los Guaduales", que enajenarían los cónyuges Ibagón, "en el curso del mes de febrero de 1977, por el señor Henry Escandón Cedeño...", en virtud de que los espo-

sos Ibagón cancelarán en dicho mes el último contado relacionado con dicha compra"; y

g) Finalmente, estipularon los contratantes como cláusula penal la suma de \$ 1.500.000.00 para el caso de incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones surgidas del pacto.

2. Entregado que fue el establecimiento denominado "Residencias Tayrona" a Varón Romero, éste lo dio el 2 de junio de 1977 en administración a Zoila Rosa Arias Peñuela, quien se comprometió a reconocerle por tal causa una suma mensual de \$ 20.000.00, "deducidos del producto bruto del establecimiento... sin atención a que haya arrojado o no pérdidas o ganancias".

II

El litigio

1. Mediante escrito de 12 de agosto de 1976, reformado y adicionado por el de 16 de septiembre siguiente, el citado Francisco Antonio Varón Romero demandó ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva a Antonio María Ibagón Quintero y a Haydée Ibagón de Ibagón, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de promesa de permuta ajustado entre ellos el 23 de junio de 1976 y contenido en documento suscrito en esa fecha;

b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, se disponga que las partes tienen derecho a las restituciones mutuas de los bienes que por razón del contrato anulado hubieren recibido, junto con los frutos naturales y civiles producidos por dichos bienes "a partir de la contestación de la demanda"; y

c) Que si los demandados se oponen, se los condene al pago de las costas procesales.

En subsidio de la primera de las peticiones anteriores, suplica el demandante que se declare que el contrato de promesa contenido en documento de 23 de junio de 1923, por carecer de las solemnidades exi-

gidas por las reglas 3^a y 4^a del artículo 29 de la Ley 153 de 1887, "no produce obligación alguna a cargo de los contratantes".

2. En apoyo de sus pretensiones el demandante invocó, además de los que fluían de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) Que los demandados, por intermedio del comisionista Angel María Córdoba, buscaron al demandante para que les vendiera la precitada finca "Balsillas", y que luego de haber acordado con ésta los extremos del contrato aquéllos buscaron a Marco A. Paredes, a quien encargaron la redacción de la "promesa de compraventa";

b) Que confeccionada efectivamente ésta, Varón Romero encontró en el documento respectivo discrepancias con lo acordado anteriormente en punto del pago del precio, no obstante lo cual lo firmó pero para que con base en dicho "documento deficiente redactado" se hiciera posteriormente "uno definitivo de Promesa de Contrato de compraventa..."; que lo que se firmó al 23 de junio de 1976, dice el demandante, fue "un simple proyecto", ya que en él no se determinaron los linderos de la finca "Balsillas", ni se fijó en "forma exacta la fecha en que debían otorgarse los títulos traslaticios de dominio";

c) Que en ejecución de la promesa de permuta Varón Romero entregó a los demandados la finca "Balsillas" por su "situación y linderos consignados en el plano de la misma Hacienda", y estos entregaron al demandante el predio "Los Guaduales", lo mismo que las instalaciones de las "Residencias Tayrona" de Neiva y las letras de cambio que representaban el saldo del precio;

d) Que además de que la finca primariamente citada no se determinó por sus linderos en el contrato de promesa, en éste no se dio la tradición de ella, pues "no se citó el número, fecha, Notaría, ni nombre del vendedor"; ni se consignaron los linderos ni dato alguno del predio "Salento", que según la promesa no entraba en la negociación a pesar de ser parte integrante de "Balsillas";

e) Que, de otro lado, la referida promesa no determina con la precisión requerida el plazo para el perfeccionamiento de la permuta, que relativamente al predio "El Guayabo", que es parte integrante de la finca "Balsillas", se dice que la escritura correspondiente se otorgará "tan pronto como sea terminado el juicio de sucesión del señor Carlos Arturo Azuero a quien (sic) Sánchez Quesada adquirió en compra dicho predio"; y

f) Que las omisiones apuntadas se explican por el hecho de que, en la confeción del contrato, los demandados no contaron con el concurso del demandante, "tal documento fue hecho a espaldas suyas por el asesor" de aquéllos.

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a las pretensiones deducidas en ésta.

Y luego de negar los hechos invocados por el demandante, salvo el relacionado con la celebración de la promesa de permuta, manifestaron que fue éste y no los demandados quien buscó al comisionista para procurar el negocio; que una vez acordados los términos de la convención, a petición de todas las partes y con intervención de todas ellas Marco Emilio Paredes redactó el documento en el que se plasmó, escrito que entonces firmaron como promesa de contrato y no como "simple proyecto".

4. 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 10 de julio de 1978, mediante la cual declaró la nulidad pedida, con orden de restituciones mutuas y condena genérica al pago de los frutos producidos por los bienes a partir de la contestación a la demanda.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicha sentencia por los demandados, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el que, en su fallo de 30 de octubre de ese mismo año, confirmó el apelado con ligeras reformas en cuanto a que, para la restitución de los frutos, debía considerarse a los litigantes como poseedores de buena

fe hasta la contestación de la demanda y de mala a partir de entonces.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio, en el proemio de su sentencia recuerda el Tribunal que la promesa de contrato es acto jurídico solemne y que, por ello, la inobservancia de las formalidades especiales requeridas conduce a su ineeficacia jurídica.

Y luego de transcribir el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, expresa el sentenciador *ad quem* que con apoyo en el numeral 4º de esa norma, la jurisprudencia y la doctrina han dicho que "cuando la promesa versa sobre venta de inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe ubicar, determinar o especificar por los linderos, para poderlo individualizar y distinguir de cualquier otro; y, que cuando se refiere a una cuota o parte de uno de mayor extensión, obliga igualmente individualizarse por su alineación".

Observa el Tribunal, a renglón seguido, que si eso era evidente con arreglo al artículo 2594 del Código Civil, lo es mayormente de acuerdo con el artículo 31 del Decreto número 960 de 1970, so pena de nulidad conforme a lo preceptuado por el artículo 99 de dicho decreto. A lo cual agrega el *ad quem* como exigencia de la promesa de contrato, para cumplir cabalmente con el precitado numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153, la indicación del título mediante el cual el disponente adquirió el derecho, que hace el artículo 6º del Decreto 1250 de 1970.

2. Asentados por él los anteriores postulados, el Tribunal acomete el análisis de la promesa de permutación cuya validez se cuestiona en este proceso.

Y luego de compendiar sus cláusulas fundamentales, asevera que en dicho contrato "no se consignaron los linderos, ni generales que comprendieran todos los terrenos de las dehesas de la Hacienda de

"Balsillas", ni los especiales de cada uno de ellos en particular, en la forma como se les enumeró y denominó en el escrito de precontrato".

Agrega el sentenciador que, de otra parte, en este caso "no se llegó a individualizar ni con la ayuda de los elementos de juicio arrimados, cuáles y cuántos eran los 'potreros'; 'vegas' e 'islas' materia de la negociación; porque, unos terrenos se relacionaron por sus nombres en el precontrato, pero no aparecen en el plano de la hacienda; otros están demarcados en el plano pero no se pudieron identificar; y, algunos no aparecen diseñados en el plano, ni se pudieron individualizar sobre el terreno de la hacienda".

3. Como razón fundamental de su anterior aserto, el Tribunal encuentra "varios vacíos e inconformidades entre los terrenos de dehesas prometidos en cambio y al plano de la finca "Balsillas", que sirvió de guía al juzgado *a quo*", vacíos e inconformidades que concreta así:

"A) El plano está titulado como de la 'Hacienda Salento', y se identificaron con él terrenos de la finca 'Balsillas';

"B) El potrero 'La Pista', que se relaciona en el escrito de promesa, no figura en el plano;

"C) El potrero 'El Recreo', no se relacionó en el escrito de promesa de permutación;

"D) En el documento de promesa aparece en lista la 'Vega' llamada 'Las Palmitas', pero en el plano no se encuentra; por lo que supusieron los peritos se refería al terreno demarcado en el plano como 'Las Palmas';

"E) La isla 'El Pleito', prometida en cambio en el documento, no aparece dentro del plano; lo mismo que la 'Isla del Castillo';

"F) 'La Vega' comprada a Santiago Rubiano, que aparece en el escrito de precontrato permutándose, no se pudo identificar por el costado norte, pues los peritos no le hallaron la demarcación;

"G) 'La Isla Dussán' que se relaciona en el precontrato, no se encuentra en el plano ni fue identificada; y

"H) La finca 'Salento' se expresa en el escrito de promesa de permutación, que se encuentra incorporada dentro del plano protocolizado de la Hacienda 'Balsillas' (folio 3, cuaderno número 1), se excluyó de la negociación expresamente, pero tampoco pudo individualizarse ni sobre el plano ni sobre el terreno".

4. Conclusión de todo lo anterior es entonces, para el Tribunal de Neiva, la de que el contrato de promesa de permuta celebrado entre Varón Romero y los cónyuges Ibagón, y contenido en documento por ellos suscrito el 23 de junio de 1976, "es absolutamente nulo, por carecer de parte de los requisitos exigidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887; en particular de lo estipulado en su numeral 4º, al no haberse individualizado en él por sus alindaciones los inmuebles" que el primero prometió enajenar a los segundos.

IV

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados. En la respectiva demanda los recurrentes formulán contra dicho fallo tres cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y qué la Corte procede a estudiarlos y despacharlos en conjunto puesto que dichas censuras vienen edificadas sobre fundamentos sustancialmente similares.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 2º de la Ley 50 de 1936, 31, 32 y 99 del Decreto 960 de 1970, 6 del 1250 de 1970, 950, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del contrato de promesa de permuta, los planos de la Hacienda, los certificados del Registrador de los predios que integran la finca "Balsillas", el dictamen pericial y la inspección judicial.

2. Inicia el recurrente el desenvolvimiento del cargo recordando que, según el documento contentivo del contrato de promesa, la finca "Balsillas" está integrada por un número plural de fundos, cuyos nombres determina la censura; que todos estos bienes fueron entregados "por toda su situación y linderos consignados en el plano de la Hacienda"; que sobre ellos pesaba un gravamen hipotecario por \$ 1.500.000,00; y que habían sido adquiridos por Varón Romero por diferentes compras, "mediante escrituras públicas registradas en la oficina de registro de la ciudad de Neiva".

Y luego de advertir que en el proceso reposan "copias del plano de la Hacienda Salento" y de precisar los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva, allegados a los autos, asevera el recurrente:

"Lo anterior es suficiente para disipar la inquietud del Tribunal..., sobre 'vacíos e inconformidades (sic) entre los terrenos prometidos en cambio y el plano que sirvió de guía al juzgador y a los peritos', en cuanto a que el plano está titulado como de la Hacienda Salento y los terrenos identificados con él son de la finca Balsillas. Es evidente, como aparece en los certificados y escritura mencionados, si que también en el propio plano, que esos potreros, vegas e islas, situados en el municipio de Villavieja (Huila), fracción de Balsillas, se han denominado, a guisa de sus sucesivos propietarios Balsillas y Salento, y que cuando Varón el promitente permutante, adquirió buena parte de ellos, de Froilán Sánchez el 3 de febrero de 1971 (1930 hts., sobre un total de 2.108 que figuran en el plano) los llamó Salento, como se denominó Salento la totalidad, integrada por los potreros que aparecen en el plano de los folios 6 y 98".

De lo cual concluye la censura que si el Tribunal consideró no identificado el inmueble "Balsillas" por el hecho de que los potreros señalados en la promesa fueron identificados con el plano correspondiente a la Hacienda "Salento", en la idea de que ésta es fundo diferente al referido en la promesa, "aquella consideración, como esta idea, serían erradas, como quiera que

delante de los certificados, escritura, plano y dictamen citados resulta evidente que se trata de un mismo bien". Y concreta el error de hecho que denuncia en que el sentenciador no tuvo en cuenta "la integridad del contenido de esas piezas, indicativas de esa unidad e identidad".

3. Refiriéndose a las indeterminaciones que, particularmente en relación con algunos de los potreros integrantes de la finca "Balsillas" dedujo el sentenciador *ad quem*, las censura las califica como manifiestamente erradas. Dice al punto:

A) Que si bien el lote denominado en la promesa como "La Pista" no aparece demarcado en el plano, ello resulta intrascendente si se considera, como no lo hizo el Tribunal, que los peritos lo identificaron y alindaron en su dictamen, quienes para ubicarlo dentro del globo general se basaron en la colaboración de los testigos Miguel Sánchez y Noé Carrillo; y que, de otra parte, el propio juez que practicó la inspección judicial de 3 de noviembre de 1977 también lo identificó y determinó por sus linderos especiales.

Cómo decir entonces, expresa la impugnación, que el citado potrero "La Pista" no está identificado, "a pesar de que lo identificaron el juzgado y los peritos, en pruebas debidamente practicadas, simplemente con el argumento de que ese potrero no figura separada e individualmente en el plano? El plano fue señalado en la promesa —agrega— como referencia adicional a los títulos, como guía, ayuda, y no como medio único para la determinación de los predios, cual lo tomó el Tribunal, quien en esa forma erró de hecho al perder de vista inspección y dictamen...".

B) Que si bien el predio "El Recreo" no se relacionó en el contrato de promesa, esto no es razón para afirmar que no está determinado, puesto que, dice el recurrente, en el plano dicho potrero aparece formando un sólo globo con el denominado "Isla del Pleito", y, además, los certificados del Registrador, por los linderos que en éstos se transcriben, así lo indican también.

Añade el impugnador en este específico punto que el *ad quem* no tuvo en cuenta el plano, ni los documentos citados, ni el

dictamen pericial, ni la inspección judicial, ni los testimonios de Fabriciano Horta y Miguel Angel Sánchez, elementos probatorios todos estos que contribuyen a demostrar que el predio "El Recreo" forma parte de la antigua "Isla del Pleito", y que la aparente dualidad e independencia de ellos 'se funda en el simple hecho de los cambio de cauce del río Magdalena, perfectamente establecidos testimonialmente"

C) Que si en la promesa no figura el predio "Las Palmitas" sino "Las Palmas", estas dos nominaciones corresponden sin embargo al mismo bien, ya que su diferencia en cuanto al diminutivo, por sí sola, no conduce a decir que no hay identificación entre ellos; que en la inspección judicial practicada se encontró a los demandados en posesión de "Las Palmas", bien que se identificó por los peritos.

"Erró, pues, de hecho el Tribunal (asevera el recurrente) al no tener en cuenta diligencia, pericia, documento, posesión, conducta de las partes en el proceso, para el margen de esas pruebas, considerar no identificado el fundo 'Las Palmas' o 'Las Palmitas', como también perdió de vista que, en lo que hace a los potreros 'el Guayabo' y 'El Guayabito', había ocurrido algo análogo".

D) En la discriminación de los yerros de *facto* que enrostra al sentenciador, dice el recurrente que también aquél incurrió en falencia al afirmar que la "Isla del Pleito" no aparece en el plano, puesto que en la lista de potreros que éste trae se lee: "10. Isla del Recreo. Isla del Pleito".

Añade la censura, en relación con el predio "Isla del Castillo", que si bien éste no está en el plano, fue sin embargo identificado en la inspección judicial teniendo en cuenta que, según la promesa, "El plano fue una de las guías, no la única" para la identificación. Que en esas condiciones, "tratándose de no identificar qué está en el plano y qué no, sino de la identidad de los potreros prometidos en permuto por Varón a los Ibagón, es obvio que ésta se logró, y con ello cae por su base el aserto de falta de determinación de los bienes materia del contrato prometido, derivada del

desconocimiento de las inspección judicial y del dictamen citados".

E) Iguales o semejantes observaciones hace la censura a la apreciación que, en punto de identificación de "la vega comprada a Santiago Rubiano" y a la "Isla Dussán", hizo el Tribunal de Neiva.

F) Dice por último la censura que es errado el aserto del *ad quem* consistente en que la finca "Salento", la que según el contrato quedaba excluida de la promesa de permuta, no está identificada. Que en este punto el Tribunal "cayó en un error de apreciación del documento", puesto que, afirma el recurrente, "determinados, identificados singularmente los siete potreros y las siete vegas comprendidos en la promesa y objeto de ella, había alguna necesidad, para considerar determinados los bienes, de identificar a uno que allá se dijo que no entraba en el negocio? Ciertamente no. Y sólo un error en la apreciación de dicha promesa..., puede explicar que por no haberse hecho lo que no era menester para la identificación de los que sí se negociaron, se tenga a éstos como no identificados".

4. Rematando la formulación de este cargo, expresa el censor que aun cuando "a ciencia cierta no se infiere" que el Tribunal hubiera declarado la nulidad de la promesa por no haberse indicado en ella los números, lugares y fechas de los títulos de adquisición y su registro, "tampoco se puede descartar esa posibilidad"; y que entonces, "en la duda", tiene que formular una censura "por error de hecho en la apreciación de la promesa misma y de los certificados del Registrador".

Al respecto recuerda que de acuerdo con el artículo 1518 del Código Civil y la doctrina y la jurisprudencia, no es menester en el contrato definitivo y, "mucho menos en el preparatorio, la determinación preventiva plena de los bienes objeto de aquél; basta su determinabilidad oportuna, siguiendo las pautas que el propio contrato señale"; que en el presente caso el Tribunal "no captó en toda su entidad el contenido de la promesa, según la cual, para la redacción de la minuta o póliza de la permuta prometida habría que ir a las notarías a buscar las escrituras y tomar de

ellas los linderos, o más directamente, acudir a la oficina de registro de Neiva a copiar las inscripciones correspondientes, con todos sus pormenores comenzando, si se quiere, por los linderos".

Cargo segundo

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "*La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 31, 32 y 99 del Decreto 960 de 1970, 6 del Decreto 1250 de 1970, 1740 a 1742 C. C., 2º de la Ley 50 de 1936 y 1746, 950 y 963 y siguientes del C. C., por aplicación indebida y 1518 C. C., por falta de aplicación*", a causa del error de hecho en que el Tribunal habría incurrido al apreciar el documento contentivo del contrato de promesa de permuta.

2. En desarrollo de este cargo el recurrente afirma que en el documento referido, como es patente, se determinó el objeto de la obligación de Varón Romero, "como la transferencia del dominio suyo sobre los potreros y vegas allí nombrados, sitios en el paraje de Balsillas, municipio de Villavieja, con linderos y tradición referidos a las escrituras de adquisición suya de Froilán Sánchez, Santiago Rubiano y los Dussán, inscritas en la oficina de registro de Neiva"; y que, en esas circunstancias, la consideración sobre la suficiencia de la determinabilidad del objeto en el contrato, "de los criterios o pautas allá trazados para la determinación ulterior oportuna de ese objeto, constituye antes que un juicio de valor, un juicio descriptivo o de realidad en relación al documento por medio del cual se celebró el contrato respectivo".

Concretando el yerro de hecho que denuncia, expresa el casacionista que consistió en que el Tribunal no se percató de que en la cláusula primera del contrato se expresaron "los nombres y la ubicación geográfica de los predios, y en la segunda hubo un reenvío a las escrituras de adquisición del derecho sobre ellos y a su registro, para su individualización posterior, con suficiencia para los menesteres de un contrato preliminar o preparatorio del definitivo, para el cual, con operación ele-

mental, realizable a instancia de cualquiera de las partes o inclusive *ex officio* por el juez, caso de requerirse la intervención de éste en ejecución forzada, se habría de lograr la determinación de esos inmuebles, como suele decirse, con ‘*todos sus pelos y señales*’.

Tercer cargo

1. En su planteamiento se denuncia quebranto directo, por interpretación errónea, de los artículos 1502 y 1602 del Código Civil, 89 de la Ley 153 de 1887, 31, 32 y 99 del Decreto 960 de 1970, 6º del Decreto 1250 de 1970, “con relación al 1518 C. C. (1502-3º)”; y de los artículos 950, 963, 1740 a 1742 y 1746 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, estos últimos por aplicación indebida.

2. Iniciando el desarrollo de este cargo, dice el recurrente que la cuestión “consiste en precisar qué es un contrato preparatorio que es, dentro de ese género, un contrato de promesa de contrato, que exige la ley como ‘determinación del objeto’, tanto en los contratos definitivos, como, en especial, en los contratos preparatorios, cuál es el alcance de las normas sobre notariado y registro a propósito de la ‘determinación, de los inmuebles materia de disposición, y delanteriormente, la propia esencia de la autonomía de la voluntad privada: la competencia dispositiva de los particulares y el poder normativo del ordenamiento, y cuál ha de ser, por imperativo político, inquebrantable, la actitud del juez frente a los actos dispositivos de los miembros sociales’”.

Y luego de detenerse, con apoyo en extensas citas de doctrina extranjera, en las cuestiones por él anunciadas, el casacionista asevera que en el derecho universal está consagrado el principio de la autonomía privada, “creadora de figuras y de formas variadas para el avance del proceso de formación del contrato y la firmeza progresiva del convenio de las partes”; que también brota de la doctrina del derecho que los convenios antecedentes al contrato definitivo principal, “llamados, según las distintas nomenclaturas, precontratos, con-

tratos preparatorios, promesas, son cada día más usuales, en muchos indefectibles, habida consideración de la rapidez del tráfico y de la consiguiente necesidad de firmeza y confianza, si que también de los trámites, en especial administrativos, impuestos por la creciente intervención del Estado...”.

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo, expresa el recurrente que aplicados esos patrones a la promesa de contrato, “resulta manifiesto que ésta, por su naturaleza y definición, no puede estar sujeta al mismo rigor que el contrato prometido. Que si se le tratara así, el intérprete y aplicador de las normas estaría contradiciéndola y aboliéndola. La promesa, cada vez más usual, parte precisamente del supuesto ontológico y real de que las partes no quieren, y en la mayoría de los casos, no pueden celebrar aún el contrato definitivo, pero sí quieren asegurar su celebración. Baste pensar en que el contrato preparatorio sirve para comprometerse al principal, que dentro de la gama inmensa de posibilidades vitales puede no ser factible inmediatamente, entre otras razones, porque los interesados no disponen de todos los elementos y datos técnicos y fiscales que la complejidad administrativa y burocrática de la vida actual requiere a propósito. Querría eso decir, por ejemplo, que dos personas que se avienen en torno de la cosa y el precio, pero no tienen a la mano la titulación del inmueble, no podrían asegurar la compraventa si luego, si posible póstumamente, con frustración inútil, sólo una vez en disposición de integrar los títulos?”.

Añade la censura que si la norma legal admite la determinabilidad posterior del objeto, con tal que se sienten las pautas o criterios para ella, por qué se le ha de excluir en una figura que de suyo presupone impreparación y un remanente de precisión, como es la promesa de contrato? Que “El Tribunal pecó de rigorismo, como doctrinantes y jurisprudencias antiguas lo han hecho... yerro hermenéutico consistente en no admitir la determinabilidad de la cosa objeto del contrato prometido en la promesa y en requerir que los inmuebles materia del negocio principal sean espe-

cificados de antemano con la precisión máxima".

4. Estima el impugnador, y así lo asevera, que en lo relativo al ordenamiento sobre notariado y registro, "el Tribunal lo tomó como normas imperativas, de valor superior incluso a los principios morales, con una actitud puramente formal, rigorista, cuando en verdad son normas orientadoras, que encausen la actividad de los notarios, que invitan a una tecnificación de los instrumentos públicos, del registro y del catastro, que han de entenderse en su verdadera función y no cual talanqueras, obstáculos, principios superiores a la normatividad misma, cual si se tratara de tener libros y registros perfectos, armónicos, estéticamente loables, y no de facilitar la noticia sobre el estado de la riqueza inmobiliaria".

Remata el censor la formulación de este cargo expresando que "con el estatuto presente, igual que con el contenido en el Código, las promesas de venta, permutación, dación en pago o de aporte de bienes raíces, son completas con la referencia a los títulos para su alindación y origen, sin que pueda aceptarse el aserto de que los estatutos nuevos constituyeron un retroceso nuevo hacia un formalismo inútil, lesivo y hurticante".

V

Consideraciones de la Corte

1^{a)} Ciertamente que ya han sido muchísimas las oportunidades que se le han brindado a la Corte para discernir la naturaleza jurídica del contrato de promesa, también llamado precontrato o contrato preparatorio. Y en ellas la Corporación ha encontrado ocasiones múltiples para pronunciarse sobre los requisitos que estructuran este convenio antecedente del contrato definitivo, sus caracteres y sus efectos; doctrinas que, por exigirlo el recurso que hoy se considera, es pertinente destacar en su esencia.

Así, aquilatando el contenido y el alcance del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, el cual prescribe, después de derogar el 1611 del Código Civil que en forma absolu-

ta desconocía efectos jurídicos a la promesa de celebrar un contrato, que ésta "no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes" y enumera en seguida los elementos específicos que dicho pacto debe contener para su eficacia jurídica, ha dicho la Corte que la forma negativa que ofrece la redacción de aquel texto legal ha dado origen al concepto de que él consagra una prohibición, o mejor, de que es una norma prohibitiva del contrato de promesa y que sólo excepcionalmente puede celebrarse este pacto mediante el cumplimiento estricto de los requisitos que la misma disposición señala. Lo que da tanto como decir que esta específica convención no tiene eficacia jurídica sino por vía excepcional y que por ello mismo es de derecho estricto.

"No obstante el arraigo que esta concepción tiene en la doctrina y en la jurisprudencia, (ha dicho la Corte), no ha de olvidarse que la forma negativa de un precepto legal no entraña siempre una prohibición y que muchas veces se la emplea con el único objeto de imprimirla a la ley un carácter imperativo o restrictivo. Tal ocurre con el artículo 89 de la Ley 153 citado. Su texto ofrece una combinación de dos proposiciones, una negativa y otra positiva. La positiva autoriza el contrato de promesa, señala sus elementos constitutivos y le atribuye sus efectos jurídicos. La negativa no le reconoce estos efectos sino a la promesa que reúne los requisitos que enuncia la proposición positiva. El precepto no es, pues, prohibitivo, sino simplemente restrictivo de la forma que ha de adoptar esta convención para integrar su estructura y adquirir eficacia jurídica. El giro negativo de la norma no tiene otro alcance que acentuar la exigencia de los requisitos esenciales del contrato para que él se perfeccione y pueda producir efectos entre los prometientes" (Sentencia de junio 19 de 1965. G. J., T. CXI, página 140).

2^{a)} Háse dicho igualmente que el contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, cual es la de asegurar la celebración en el futuro de otro contrato (contrato preparado), cuando los interesados actualmente no quieren o no pueden realizarlo. No es la promesa de celebrar un

contrato, asevera con razón la doctrina universal, un fin en sí misma considerada, sino un medio o un instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto.

Expresa al punto Santos Briz que "El fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del contrato futuro, en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizás más oportuno 'gradu tardiori et premiditando' la conclusión del contrato definitivo, disminuyen la posibilidad de fraudes y engaños" ("Contratación Privada", página 106).

3^{a)}) La apuntada finalidad económica de la promesa de celebrar un contrato, le imprime a esta convención un carácter eminentemente provisional y transitorio. Por cuanto no se trata de un pacto durable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta entonces como de la propia esencia de dicho contrato.

A más del anterior, la promesa ofrece estos otros caracteres: es contrato preparatorio de orden general, porque puede referirse a cualquiera otra convención; es solemne, porque está sujeto en su celebración a formalidades especiales; y es bilateral, porque la obligación de celebrar el contrato prometido es contraída por ambas partes.

Empero, muy a pesar de su carácter provvisorio, la promesa no pierde su categoría de contrato principal, pues subsiste por sí misma sin necesidad de otra convención. En tal virtud es autónomo e independiente y si algo ofrece de excepcional ello obedece al modo imperativo como la ley exige la presencia de todos los elementos que lo configuran, desde luego que esos factores son de la esencia de esta especial convención jurídica, la cual en lo general debe regirse por las normas comunes de los contratos.

4^{a)}) Tomando pues por punto de partida lo establecido en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y fundándose en tal preceptiva, ha dicho la jurisprudencia que la promesa de celebrar un contrato es hoy fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisi-

tos y circunstancias que dicha disposición determina.

Pero ha afirmado 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 complementariamente distintas. La promesa de celebrar 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, como en el presente caso se trata, de la promesa de permutar inmuebles, los prometientes sólo se obligan a otorgar la correspondiente escritura mediante la cual se perfeccione la permutación prometida, dentro del plazo convenido o al cumplimiento de la condición pactada.

Ha dicho la Corte, por ejemplo, que "De la promesa de compraventa 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, sólo 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 promitente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efectos 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" (Sentencia de julio 28 de 1960, G. J., T. XCIII, página 114).

5^{a)}) Consecuente con el carácter eminentemente transitorio del contrato en comentario, el ordinal 3º del precitado artículo 89 dispone que, para su validez, es preciso que la promesa "contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato". Por cuanto, según ya se ha dicho, la promesa es pacto esencial-

mente provisional, y como, de otro lado, las partes no pueden quedar ligadas por ella de manera indefinida, el legislador buscó evitar toda incertidumbre sobre la época en que ha de concertarse el contrato prometido.

El requisito de la fijación de la época se cumple, según lo expresa esa misma norma legal, indicando un plazo o condición determinados.

6^{a)}) Obvia consecuencia de la finalidad de la promesa, que es, se repite, la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente, es la de que la convención futura quede plenamente definida de antemano, pues sólo con tal definición las partes saben a qué se comprometen y se posibilita, por lo mismo, determinar o delimitar los derechos y las obligaciones que para ellas surgen de la promesa celebrada.

De ahí que, según lo preceptúa el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 en su regla 4^a, la validez o eficacia de una promesa de contrato se subordine, entre otros requisitos, a que en ella "se determine de tal suerte el contrato (prometido), que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". Lo cual significa que, en el documento en el cual se plasma la promesa, deben quedar determinados, o por lo menos determinables, los elementos que son esenciales al contrato cuya celebración se promete.

7^{a)}) De conformidad con las disposiciones legales regulativas de la permutación, las cosas que las partes se obligan mutuamente a dar constituyen uno de los elementos esenciales de este contrato. Por consiguiente, cuando el referido elemento falta la permuta no existe como tal, o, por lo menos, degenera en acto jurídico distinto.

Si el objeto de la obligación de cada permutante recae sobre la especie o cuerpo cierto que se obliga a dar a cambio del que él recibe (artículo 1955 Código Civil), tiene que seguirse que la formación de este especial contrato requiere el acuerdo de las partes sobre los citados objetos. De ahí que, según lo pregonó el artículo 1956 ibídem, "el cambio se reputa perfecto por el mero

consentimiento, excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derecho de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato ante la ley, será necesaria escritura pública".

En frente a lo preceptuado por la regla 4^a del artículo 89 de la Ley 153, citada, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado siempre esa disposición legal en el sentido de que, cuando la promesa verse sobre contrato de enajenación de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar en ella por los linderos que los distinguen de cualquiera otro, y cuando se refiera a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por sus alindaciones especiales.

La razón de esta doctrina, que otrora se hacia estribar en el contenido del artículo 2594 del Código Civil, se encuentra hoy en las ordenaciones del Decreto 960 de 1970, según las cuales los inmuebles que sean objeto de enajenación "se identificarán... por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos" (artículo 31). Y es que tratándose de inmuebles no es admisible otra manera o forma de determinarlos legalmente.

8^{a)}) Ello no obstante, para que el objeto del contrato exista y pueda ser conocido por las partes no se requiere que en la promesa esté determinado, sino que es suficiente que pueda serlo posteriormente: en tal supuesto se habla de cosa determinable, determinabilidad que está expresamente autorizada por el artículo 1518 ejusdem, norma que en su segundo inciso hace permisible tener la cantidad como incierta, "con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".

Si, pues, la compraventa y por lo mismo la permutación existen cuando las cosas que se enajanen son determinables (artículo 1518), la Corte ciertamente no encuentra razón valedera para sostener que la promesa de venta o de permuta sea ineficaz cuando las cosas prometidas, sin embargo de no aparecer determinadas en

aquella, si son determinables con las bases que para conocerlas con certeza se establecen en el contrato. De que el ordinal 4º del artículo 89 precitado establezca que la promesa de contrato, para su validez, tiene que determinar el contrato prometido, no puede seguirse necesariamente que se excluya la posibilidad de estipular la enajenación de bienes determinables: la determinación del contrato futuro, cuando de compraventa se trata, no sólo no es incompatible sino que se aviene con la determinabilidad de la cosa que es objeto de la venta prometida.

La determinabilidad del objeto en el contrato de promesa es, por otra parte, criterio admitido por la doctrina universal.

9º) Pero si bien es verdad que para la validez de la promesa es suficiente que el objeto, si no está determinado en ella, sí sea cuando menos determinable ‘con las reglas o datos que el contrato fije’, tal cual lo preceptúa el artículo 1518 citado, es preciso aceptar sin embargo que los elementos de referencia que la convención señale al efecto deben ser suficientes, por sí solos, para determinar el objeto.

Expresan en efecto Planiol y Ripert que “el contrato preliminar en regla contiene la determinación exacta de todos los elementos esenciales del contrato futuro, pero alguno de ellos puede ser apenas determinable, como por ejemplo la cosa o el precio que venga a ser fijado con el corriente en el comercio para la mercancía de que se trata. Con todo, la determinación jamás deberá depender de la exclusiva voluntad de una de las partes, ni aún de ambas. Desde que ellas estén de acuerdo sobre los puntos esenciales, los accesorios serán regulados por los principios del derecho dispositivo y, en último caso, por el juez” (Tratado de Derecho Civil, Tomo VI, número 220).

10) Aplicando los anteriores principios legales y doctrinarios al caso *sub judice*, la Corte tiene que decir que el Tribunal no incurrió en el error *juris in judicando* que la censura le enrostra al través del cargo tercero de la demanda; es decir, que no interpretó erróneamente los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1518 del Código Civil, ni las demás normas legales sustanciales

cuya violación, en tal concepto, denuncia el casacionista. En efecto:

A) No dijo el *ad quem* en parte alguna de su fallo que la promesa de contrato, para su eficacia jurídica, necesite siempre e indefectiblemente que en ella quede determinado de antemano y precisamente el objeto o cosa del contrato prometido; sino que también admite el Tribunal, como se infiere del contexto de su sentencia, la determinabilidad de dicho objeto.

Puesto que si bien es cierto que delanterramente el sentenciador de segundo grado arrancó de la premisa de que en el presente caso la promesa de permutación no trae los linderos generales, ni especiales “de las dehesas de la Hacienda de Balsillas”, no lo es menos que posteriormente observó sin embargo, y en este aserto edificó cardinalmente su decisión anulatoria, que tales terrenos y potreros, prometidos entregar por los linderos “consignados en el plano de la Hacienda”, no pudieron individualizarse o determinarse “ni con la ayuda de los elementos de juicio arrimados”. Dijo en efecto el Tribunal, amparado en el acervo probatorio, que no pudo saberse “cuáles y cuántos eran los ‘potreros’, ‘vegas’ e ‘islas’ materia de la negociación; porque unos terrenos se relacionaron por sus nombres en el precontrato, pero no aparecen en el plano de la Hacienda; otros están demarcados en el plano pero no se pudieron identificar; y, algunos no aparecen diseñados en el plano, ni se pudieron individualizar sobre el terreno de la Hacienda”.

B) Y es evidente que los bienes prometidos en permuta por Varón Romero según el contrato de 23 de junio de 1976, no están determinados por sus alindaciones en el documento contentivo de esa convención, pero ni son determinables cierta e inequívocamente con los elementos de referencia que el pacto trae.

Porque si bien en éste se expresó que los terrenos integrantes de la Hacienda Balsillas serían entregados “por su situación y linderos consignados en los títulos adquisitivos, como también del plano de la Hacienda...”, es lo cierto que dichos planos y títulos, los cuales ni siquiera se identificaron en la promesa, no se adujeron al

proceso para determinar con ellos, que son los únicos elementos de referencia, los terrenos integrantes de la referida Hacienda "Balsillas".

C) No es cierto, pues, que el *ad quem* hubiese desconocido el carácter preparatorio que corresponde al contrato de promesa; ni menos que le haya dado al aquí acordado un tratamiento excesivamente riguroso; tampoco es aceptable afirmar que llegó en su sentencia hasta descartar de plano la posibilidad de que en la promesa el objeto puede ser determinable. Sino que, lo que es cosa bien distinta, luego de aceptar frente al contrato de promesa dichos carácter y posibilidad, concluyó en que los bienes prometidos no pudieron a la postre determinarse con la ayuda de las reglas y datos que el contrato fijó al efecto, que es justa y precisamente lo que en materia exige el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con lo preceptuado por el 1518 del Código Civil.

11) Y si, como lo han dicho concorde mente la doctrina y la jurisprudencia con fundamento en lo preceptuado por el artículo 368 del C. de P. C., para que el error de hecho de lugar a la casación de un fallo es necesario que sea evidente u ostensible, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio; la Corte tiene que decir que los yerros de *facto* que la censura denuncia en los cargo primero y segundo de la demanda no existen, por lo menos con el carácter de manifiesto señalado.

No son pues, a juicio de la Sala, absolutamente contrarias a la evidencia de las pruebas las apreciaciones que de éstas hizo el Tribunal en su fallo, y por consiguiente tales cargos no pueden prosperar. En efecto:

A) Es indiscutible que, muy a pesar de haberse expresado en el documento contentivo de la promesa que los bienes prometidos en permutación por Varón Romero, serían entregados por "su situación y linderos consignados en el plano de la Hacienda Balsillas", para determinarlos se trajeron posteriormente (folios 6 y 98 del cuaderno número 7) los planos que corresponden a la "Hacienda Salento". Y no

es posible, según el diseño y contenido de los planos aducidos, establecer con certeza e inequívocamente identidad plena entre la hacienda referida por la promesa y la que el plano describe.

Para así afirmarlo basta cotejar los nombres de los potreros que figuran en aquélla y los que aparecen en ésta. Están en el plano pero no en la promesa: Salento, Las Palmas, La Esperanza, La Loma, El Pulgo, El Tigre y La Venta. Se relacionan en la promesa pero no figuran en el plano: La Pista, Las Palmitas, El Castillo, La Vega comprada a Santiago Rubiano y La Isla Dussán. En la promesa se alude a 7 potreros y 8 vegas, o sea a 15 fundos como integrantes de la "Hacienda Balsillas"; y el plano describe 17 potreros, integrantes de la unidad en él llamada "Hacienda Salento".

Siendo ello así, como en realidad lo es, no puede establecerse la identidad que pretende el recurrente con los certificados números 2478 y 902 del Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva, en los que se habla de las fincas "Balsillas-La Culebra que integran un solo cuerpo", pues tales fincas no se delimitan allá, ni general ni especialmente. Ni autoriza deducir la pretensa identificación el certificado número 1713 que delimita los predios "El Guayabo y el Guayabito", "La Chispa", "Salento", "Balsillas e Isla del Pleito", de las cuales se dice que "forman un solo cuerpo que en adelante se llamará "Salento", de 1930 hectáreas, desde luego que el plano protocolizado de la Hacienda "Salento" comprende muchos otros predios más, no referidos en tal certificado y con una extensión mucho mayor, o sea de 2.108 hectáreas 1.851 metros cuadrados.

Análoga observación es pertinente hacer con relación a los Certificados números 0049 y 2214, expedidos por el mismo Registrador de Instrumentos Públicos el 10 de enero de 1973 y el 8 de noviembre de 1974, pues en éstos sólo se alude, determinándolos como integrantes de "un solo cuerpo que en adelante se llamará Salento", a los potreros "Salento", "Balsillas" e "Isla del Pleito".

Y si los peritos Alvaro Ramírez Suárez y Luis Eduardo Roa Aguirre, en el comple-

mento, adición o aclaración que el 14 de noviembre de 1977 hicieron a su dictamen inicial (folio 66 del cuaderno número 7), claramente conceptúan que "por información obtenida con vecinos de la región, parte de esta hacienda (aluden a la de Salento) se conoce con el nombre de *Balsillas*"; que en "el plano que nos ocupa no encontramos ninguna anotación que indique el Título Escriturario"; que en el plano que les sirvió "para hacer el recorrido, no se halla determinada claramente la finca *Balsillas*"; que en dicho plano, "ni en convenciones aparece anotación o indicativo alguno que con la simple observación identifique claramente la sección o parte que corresponde a *Balsillas*"; que en él "*no aparece el predio La Pista*"; y que tampoco "*aparecen los derechos comprados en la Isla Dussán*, ni notamos mención alguna al respecto" (subraya la Sala), cómo es posible decir entonces que erró evidentemente el Tribunal al no ver la identidad que se pretende entre lo que la promesa llama "*Hacienda Balsillas*" y el plano "*Hacienda Salento*"?

B) Acepta el casacionista que, como lo dice el Tribunal, el potrero "*La Pista*" que fue incluido en el contrato de promesa no figura sin embargo en el plano. La censura objeta empero la consideración del sentenciador, pues que, dice, no vio el *ad quem* que dicho predio fue identificado y alindado por los peritos y en la inspección judicial.

Es cierto que los expertos ubicaron el referido predio dentro de la finca "*Balsillas*", y que dieron sus linderos en el respectivo dictamen. Pero no lo es menos que antes de referirse a dichas situación y límites expresaron que "Este lote no aparece demarcado en el plano"; y que para determinarlo se basaron "en el concurso de los señores Miguel Sánchez Quesada y Noé Carrillo Rojas", quienes como guías los acompañaron en el recorrido general de la finca. Lo cual significa, ni más ni menos, que para esas ubicación y alindación los peritos se basaron, no en el plano de la "*Hacienda Balsillas*", que era lo pertinente según la promesa, sino en referencias de terceros; es decir, con apoyo en datos

diferentes de los contenidos en el contrato de promesa.

En la inspección judicial (folio 56) el funcionario que la practicó, refiriéndose al potrero "*La Pista*", después de observar que "no figura en el plano pero sí en la promesa", le atribuyó unos linderos que, a más de que no coinciden precisa y cabalmente con los que indican los peritos, los tomó, no propiamente del plano o de las escrituras correspondientes, sino de lo informado por Miguel Sánchez y Noé Carrillo, quienes, "como guías", asesoraron al personal para "recorrer la finca *Balsillas*".

C) Iguales o semejantes observaciones es procedente hacer con relación al predio "*El Recreo*", el cual, si bien fue ubicado y alinderado por los peritos y en la inspección judicial, lo fue con apoyo en lo informado por "los guías" Sánchez y Carrillo y con absoluta prescindencia de las escrituras de adquisición y del plano de la finca, que son los únicos elementos de referencia que para la determinabilidad del bien prometido en permuto se consignaron en ella.

Por lo que, aún en el supuesto de que los potreros denominados en el plano "*Isla El Recreo*" e "*Isla del Pleito*", bajo el número 10, correspondan a uno solo; y que éste sea el mismo que en la promesa de contrato se denomina "*El Pleito*", el error de hecho que en el punto habría cometido el Tribunal resultaría a la poste intrascendente.

D) Expresa la censura que también incurrió en error el *ad quem* al afirmar que la Isla "*El Pleito*" no figura en el plano, aunque sí en la promesa, puesto que basta mirar éste para advertir que en su número 10 aparece "*Isla del Recreo - Isla del Pleito*".

Esta aseveración del casacionista es cierta. Empero, si como en la objeción anterior lo expresé y se le aceptó, las denominaciones "*Isla El Recreo - Isla del Pleito*", corresponden a un solo predio, dónde se ubicaría entonces la vega "*El Pleito*" comprendida en la promesa y que, como lo indican tanto el dictamen pericial y la inspección judicial, y lo acepta la censura, es diferente al Recreo y por ende a la Isla del Pleito? Si se trata pues de dos predios dis-

tintos, es lo cierto que tal duplicidad no aparece ni en la promesa, ni en el plano.

E) Fenómeno contrario ocurre con el potrero denominado "Isla del Castillo", el cual aparece en el plano y también en la promesa, pero en ésta se incluye además, como objeto de permutación "El Castillo". O sea que, según dictamen de los peritos y de la inspección judicial, la "Isla del Castillo" es el mismo fundo llamado "El Castillo", al paso que en la promesa de permuta tales dos denominaciones corresponden a dos lotes diferentes, ambos incluidos como objeto del contrato prometido.

F) Con relación a lo que en la promesa de contrato se denominó como "Vega comprada a Santiago Rubiano" y "Los derechos comprados en la Isla Dussán", que el Tribunal estimó no aparecer en el plano, como evidentemente no aparecen en éste, dice el recurrente que ello nada importa si se considera, como debe considerarse, que tales derechos fueron ubicados y alindados por los peritos.

Mas, cómo llegaron los peritos a tales ubicación y alinderamiento? A dicha inferencia arribaron no con base en el plano protocolizado, ni en las escrituras de adquisición, que son los únicos elementos de referencia que para la determinación de la finca se consignaron en la promesa, sino con apoyo en el dicho de "los guías" Sánchez y Carrillo.

Dicen en efecto los expertos que tales dos informantes "conocedores de la finca desde hace 25 y 10 años respectivamente y vinculados a ella por nexos familiares con dueños anteriores y/o por haber sido empleados durante varios años en la finca, nos mostraron el lote por sus linderos". Y agregan que "Tomando como base esta información y seguros de la honestidad, responsabilidad y conocimientos de los señores antes citados, identificamos el lote en el plano" y así procedieron a indicar sus linderos, observando eso sí que por el costado "Norte no tiene demarcación".

G) En la primera parte de su providencia el Tribunal de Neiva advierte que, según el documento contentivo de la promesa de permutación, el demandante prometió transferir a este título a favor de los

cónyuges entre sí Antonio Ibagón y Haydée de Ibagón, "la finca llamada Balsillas, ubicada en la vereda del mismo nombre, de la comprensión del municipio de Villavieja, correspondiente a este Circuito Judicial"; y que los terrenos integrantes de dicha finca se entregarian "por su situación y linderos consignados en el plano de la misma Hacienda Balsillas" y por los correspondientes títulos de adquisición.

Cotejada esta apreciación del Tribunal con el contenido de la promesa de permuta es imperioso aceptar que hay entre aquéllas y éste la más absoluta congruencia; que el sentenciador apreció, sin alteración alguna, la objetividad que la prueba ostenta y que por consiguiente no incurrió en yerro de hecho alguno. Vio el Tribunal, y por ende apreció en su sentencia, que los estipulantes de la promesa expresaron en ella el nombre general de la finca y las diversas denominaciones de los predios que la integran; su ubicación geográfica; y además el reenvío que se hizo a los planos y a las escrituras de adquisición para determinarla posteriormente. Partiendo de tales presupuestos, que son ciertamente los que indica el contrato de promesa y por ello no hay error de hecho evidente en su apreciación, estimó el sentenciador sin embargo que no fue posible identificar, individualizar o determinar los bienes "ni con la ayuda de los elementos de juicio arrimados".

12) Corolario obligado de todo lo atrás discurrido es, entonces, el de que ninguno de los tres cargos que se han formulado contra la sentencia del Tribunal de Neiva está llamado a prosperar, tal cual lo habrá de declarar la Corte en la parte resolutiva de esta sentencia.

VI

Decisión

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de treinta (30) de octubre de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferi-

da en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo del recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

El proceso de pertenencia es nulo cuando se demanda a personas indeterminadas haciendo, valer el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos obtenido con base en informaciones "amañadas e incompletas" que el interesado —para quien el poseedor inscrito no es desconocido— suministra, a fin de que éste no sea citado al proceso

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

Sentencia elebaroda por el Abogado Asistente doctor Gamboa Alvarez. Despacho: Magistrado Uribe Holguín.

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Edificadora Colombiana Limitada contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 11 de diciembre de 1975, en el proceso de pertenencia que José Ospina Bermúdez, adelantó contra personas indeterminadas.

El recurso

1. En escrito del 10 de Febrero de 1977, Edificadora Colombiana Limitada, compañía comercial constituida por la Escritura N° 2277 del 5 de junio de 1965, de la Notaría Segunda de Medellín y con domicilio en esa ciudad, formuló ante la Corte recurso de revisión contra la sentencia que, en grado de consulta, dictó el Tribunal Superior de Medellín el 11 de octubre de 1975 y que quedó ejecutoriada tres días más tarde de la desfijación del edicto respectivo, o sea el 27 de ese mismo mes y año, mediante la cual se confirmó la de primer grado, dictada por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín el 10 de junio de 1975 en el proceso de pertenencia que José Ospi-

na Bermúdez promovió contra personas indeterminadas, respecto de un inmueble ubicado en esa ciudad.

2. Edificadora Colombiana Limitada dirigió la revisión contra José Ospina Bermúdez, Jorge Iván Posada Monsalve, Jairo Posada Monsalve y Alonso de Jesús Bolívar Ochoa, a fin de que la sentencia revisada se declare inválida con fundamento en las causales primera, sexta y séptima del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

3. Como causales de la revisión, la peticionaria invocó las siguientes:

Primera. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia del Tribunal, documentos que hubieran variado la decisión en ella contenida y que la recurrente no pudo aportar al proceso por obra de la parte contraria, o sea la causal prevista en el numeral 1 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Esta causal la estructura el recurrente en los siguientes hechos:

a). En demanda que se presentó personalmente el 18 de octubre de 1974 ante el Juzgado de reparto de Medellín, José Ospina Bermúdez solicitó que, previos los trámites legales, se le declarara dueño por prescripción extraordinaria de dominio de un inmueble cuyos linderos y ubicación constan tanto en la demanda de pertenencia como en el escrito de revisión;

b). Ospina apoyó su solicitud en los hechos fundamentales de haber tenido pose-

sión real y material del referido inmueble por más de 20 años; haber ejecutado durante todo ese tiempo hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio, como hacer mejoras en el mismo, pagar servicios y explotarlo económicamente; y haber poseído el referido inmueble en forma pacífica, quieta e ininterrumpida, sin reconocer dominio ajeno;

c) Ospina solicitó, como pruebas de los hechos enunciados en su demanda, una inspección judicial, el testimonio de José Suárez, Antonio Parra Salazar, Joaquín Posada Monsalve y Francisco Gutiérrez, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos;

d). La demanda fue repartida al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, que después de exigir el cumplimiento de algunos requisitos previos y una vez que éstos fueron atendidos, la admitió por auto del 29 de octubre de 1974, ordenando el emplazamiento de todas las personas que se creyeran con derecho sobre el respectivo bien, en los términos del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.;

e). Surtido el emplazamiento se designó como curador *ad litem* de las personas indeterminadas al doctor Iván Hoyos Zuluaga, y luego el Juzgado decretó la práctica de las pruebas solicitadas y dispuso tener como tal el certificado de registro acompañado a la demanda;

f). El inmueble sobre el cual versó el proceso de pertenencia forma parte de otro de mayor extensión, situado en el Barrio Santa Mónica, fracción de La América, del Municipio de Medellín, con una cabida aproximada de 27.994 metros cuadrados, comprendido por los siguientes linderos: "Por el Sur, en 177, 90 mts. con una calle angosta, hoy calle 38, que la separa de una propiedad del Municipio de Medellín; por el occidente, en una línea irregular de unos 205 mts. de longitud, con propiedad que fue de Gilberto Sierra y terrenos de la Comunidad del Buen Pastor; por el norte, en 232,00 mts. con propiedad de Francisco Saldarriaga; por el oriente, arranca el lindero en una línea recta hacia el sur y en unos 58,00 mts. linda con la carrera 92; gira luego hacia el occidente y continúa

lindando por el costado sur en una línea quebrada y de unos 150 mts. de longitud, con inmuebles que son o fueron de Enrique Posada, Neftalí Zapata, Salvador Acevedo, José Acevedo, Ignacio Garcés y Antonio Hernández, gira esta línea hacia el sur y continúa lindando por el costado oriental en unos 24,60 mts. con propiedad de Antonio Hernández y con un callejón de 9,00 mts. de ancho; luego gira hacia el oriente y continúa lindando por el costado norte, en unos 21, 35 mts., con este callejón hasta propiedad de Luis Chaverra; luego gira hacia el sur y continúa lindando por el costado oriental, en unos 21,10 metros, con el mismo Luis Chaverra; luego gira hacia el oriente y continúa lindando por el costado norte, en unos 30 mts. con propiedad de Luis Chaverra, Soledad Patiño, G. Tamayo y Antonio González; luego gira hacia el sur y continúa lindando por el costado oriental en unos 18,40 mts. con propiedad de José Jaramillo y Francisco Sierra; gira luego hacia el oriente y continúa lindando por el costado norte en unos 72,30 mts. con propiedad de Francisco Sierra, hasta la carrera 92 en donde gira hacia el sur, y continúa lindando por el oriente en unos 46,30 mts. con la carrera 92 hasta llegar a la calle 38, primer punto del lindero descrito";

g). Edificadora Colombiana Limitada es la actual poseedora inscrita del inmueble en cuestión, por haberlo adquirido de Carlos Ochoa Uribe y su esposa Amparo Mejía de Ochoa, mediante compraventa contenida en la Escritura 2300 de 1973 de la Notaría 8^a de Medellín, registrada el 19 de octubre siguiente bajo el número de matrícula 001-0043452. Ochoa Uribe y su esposa habían adquirido el inmueble descrito, en mayor extensión, por compra a Ramón Giraldo Ceballos según Escritura 1089 de 1959 de la Notaría 2^a de Medellín;

h). Dentro del proceso se recibieron los testimonios solicitados por Ospina, excepto el de José Suárez, y la inspección judicial se practicó el 17 de abril de 1975, pero en ella no fue debidamente identificado el inmueble, como puede observarse con la simple lectura del acta levantada, que dice: "se encuentra determinado por los siguientes linderos: por el Sur, con la calle

38, por el Oriente, Occidente y Norte, manifiesta la parte demandante que linda con Carlos Ochoa, hecho este que el despacho no constató". La razón aludida para no haberse efectuado tal verificación fue la de que se trataba de terrenos deshabitados en ese momento y en donde no se encontraba persona alguna que pudiera informar acerca de los linderos. Y tampoco se recibieron en el curso de la misma diligencia los testimonios de los vecinos del lugar, solicitados por el Curador, no obstante que esa prueba había sido decretada por el Juzgado, cuya actitud carece de justificación puesto que a escasos metros del inmueble y al frente del mismo habitan personas que saben quién era en el momento de la diligencia el propietario y poseedor de todo el inmueble y de la porción de terreno objeto del proceso de pertenencia;

i). El proceso concluyó en su primera instancia con sentencia proferida por el Juzgado el 10 de junio de 1975, declarando a Ospina dueño absoluto del inmueble y ordenando la inscripción del fallo en la Oficina de Registro de Medellín, providencia de la cual conoció la Sala Civil del Tribunal de esa ciudad por vía de consulta, que finalizó con sentencia del 11 de octubre de 1975, confirmatoria en todas sus partes de la del inferior y que quedó ejecutoriada a fines de ese mes. La inscripción del fallo del Juzgado se efectuó el 1º de diciembre de 1975, bajo la Matrícula Inmobiliaria Nº 001-0115992 de la respectiva oficina de registro;

j). Carlos Ochoa Uribe y su esposa Amparo Mejía de Ochoa, durante todo el tiempo en que fueron titulares del dominio sobre el inmueble objeto de la pertenencia y, en general, sobre el inmueble global, ejercieron actos de señores y dueños tales como destinar el inmueble materia de la pertenencia, junto con la casa de habitación en él levantada, para vivienda de Félix Toro Alvarez y su familia, a título de comodato y con el fin de que estos desempeñaran labores de vigilancia, casa que en fue construida en 1950 por el propietario en ese entonces y que a partir de ese año Toro la ocupó en comodato. Posteriormente en Abril de 1964, Ochoa Uribe contrató con

Alberto Medina la siembra y cultivo de tomates en el inmueble de mayor extensión y, en vista de que la casa habitada, junto con el terreno sobre el cual está edificada, era indispensable para utilizarlos como depósito de herramientas, materiales y dormitorio de los celadores del cultivo, solicitó a su ocupante Félix Toro Alvarez la entrega del inmueble, pero como se trataba de una persona de pocos recursos económicos y había realizado algunas mejoras en dicho inmueble, además de haber servido fielmente desde 1950, Ochoa Uribe le ofreció contribuir a la construcción de una casa en el barrio Juan XXIII a la cual pudiera trasladarse con su familia, ofrecimiento que quedó consignado en Acta del 17 de marzo de 1964, suscrita en la inspección 13^a de Policía Municipal por Ochoa Uribe y Félix Toro, éste último en señal de asentimiento;

k). El demandante Ospina Bermúdez no era conocido en el sector hasta el año de 1964, cuando fue contratado por Alberto Medina como trabajador en el cultivo de los tomates en terrenos de propiedad de Carlos Ochoa Uribe y Amparo Mejía de Ochoa. Sólo a partir de ese año como trabajador contratado por Medina, se hizo presente en el inmueble. Al concluir las plantaciones de tomate y en vista de que Ospina no tenía donde residir, hallándose en lamentable estado de pobreza y con numerosa familia y en atención a que existía un cultivo de Yuca por vigilar mientras se cumplía el tiempo de su cosecha, Carlos Ochoa Uribe le entregó a título de comodato el inmueble objeto del proceso de pertenencia encargándolo de vigilar el cultivo aún pendiente, y en el mes de octubre de 1966 se trasladó al inmueble y desde esa fecha recibió pagos de Ochoa Uribe como celador. Además, concurría a las oficinas de éste último a fin de llevarle los dineros obtenidos en la venta de los productos. En enero de 1967 aproximadamente, a causa de que su precario estado continuaba aún y de que una vez recolectada la cosecha de Yuca había quedado sin ocupación, el doctor Ochoa Uribe permitió que Ospina Bermúdez permaneciera residiendo en el inmueble a título de comodato. Ospina Bermúdez siempre reconoció a Ochoa Uribe

legítimo poseedor, expresándole en múltiples oportunidades sus agradecimientos por la benevolencia que había tenido para con él y cuando en 1973 se planteó la negociación con la sociedad recurrente, Ochoa Uribe solicitó a Ospina la entrega del inmueble; éste no se opuso pero pidió un plazo que le fue concedido, a fin de que sus hijos pudieran terminar el semestre escolar. Nuevamente solicitó Ochoa Uribe el inmueble, sin obtener respuesta negativa de Ospina Bermúdez pero sí pidiendo otro plazo, y en 1975 Ochoa Uribe, después de haber enajenado el inmueble y en atención a que no había podido efectuar la entrega material de la porción ocupada por Ospina, lo citó a la inspección de Control de Obras y, en presencia del Inspector, Ospina accedió a la entrega pero pidiendo nuevo plazo, más como no le fuera concedido se negó a firmar el acta correspondiente, lo que a su nombre hizo un testigo.

1). Ospina Bermúdez acompañó a su demanda de declaratoria de pertenencia un informe del Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín, del 16 de septiembre de 1974, informe cuya solicitud dicen: "Yo, José Ospina Bermúdez, mayor de edad, y vecino de Medellín, solicito a Ud. muy comedidamente y a mi costa, certificar quién figura como propietario del siguiente inmueble: así como también quién o quiénes aparecen como titulares de derechos reales inscritos sobre el mismo: 'Un lote de terreno situado en el Barrio Santa Mónica de esta ciudad, de treinta y tres (33 Mts.) metros de frente, por veintiseis (26 Mts.) metros de centro, y que linda: Por el Oriente con propiedad que es o fue de Carlos Ochoa; por el frente queda al sur con la calle treinta y ocho (38); por el norte con propiedad de Carlos Ochoa; y por el occidente también con propiedad que es o fue del señor Ochoa'. Si lo anterior no es posible, igualmente le solicito que así lo certifique, para poder acompañar dicho certificado a la demanda que promoveré en un proceso de pertenencia".

m). A tal solicitud el registrador dio respuesta así: "2º Que el solicitante no aporta para la expedición del certificado en referencia títulos o datos de registro relacionados con el inmueble descrito, razón por

la cual es imposible determinar el historial jurídico de la propiedad. 3º En consecuencia, la Oficina de Registro ignora quién es el titular del derecho de dominio o cualquier otro derecho real sobre el citado inmueble, toda vez que no se dispone del correspondiente índice de inmuebles". Este documento no reúne los requisitos del numeral 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, pues no es un certificado sobre la no existencia de persona alguna que figure como titular de derechos reales sujetos a registro, sino que simplemente expresa que ante la no aportación de datos para la expedición del certificado de que trata dicho artículo, resulta imposible determinar la trayectoria jurídica de la propiedad. No obstante lo anterior, el Juzgado y el Tribunal dieron al documento en mención la categoría de certificado a que se refiere el artículo 413 en cuestión.

n). Si el demandante no hubiera solicitado el certificado en forma tendenciosa, el Juzgado habría tenido conocimiento de que el titular del derecho de dominio era Edificadora Colombiana Ltda., la acción se hubiera dirigido contra dicha compañía como poseedora inscrita y se hubieran pedido desvirtuar los hechos de la demanda aportando, entre otras pruebas, el certificado de propiedad, libertad y tradición a favor de la sociedad, el acta suscrita el 17 de marzo de 1964 en la Inspección 13^a de Policía Municipal, los recibos de pago a José Ospina Bermúdez como celador del inmueble, y el acta levantada en la Inspección de Control de Obras, documentos que habrían variado la decisión contenida en la sentencia y que el recurrente no pudo aportar por obra de la parte demandante, quien a pesar de que tenía cabal conocimiento de la titularidad del inmueble, se abstuvo de convocarlo a aquél.

Segunda: Invoca también el recurrente la causal de que trata el numeral 6 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, o sea haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios.

El recurrente estructura dicha causal en los siguientes hechos:

a). El doctor Heladio Pulgarín Pizarro, apoderado del demandante, solicitó al Juzgado del conocimiento se aceptara como su dependiente y auxiliar en este proceso a Jairo Posada Monsalve, quien intervino en tal carácter en el curso del proceso e inclusive firmó notas de recibo de exhortos y quien es hermano legítimo de Joaquín Posada Monsalve, en cuyo testimonio se fundó el Juzgado para tener por demostrada la posesión de Ospina durante más de 20 años;

b). Además, hoy figuran como poseedores inscritos del inmueble, junto con Ospina Bermúdez, el expresado Jairo Posada Monsalve y Jorge Iván Posada Monsalve, este último también hermano legítimo del gestor y del testigo José Joaquín Posada Monsalve, todo en virtud de ventas que el demandante José Ospina Bermúdez les hizo mediante las Escrituras 553 y 2319 de 1976, ambas de la Notaría 5^a de Medellín;

c). El gestor Jairo Posada Monsalve tenía un interés directo en los resultados del proceso y, conjuntamente con el demandante, aportó como prueba el falso testimonio de su hermano José Joaquín;

d). Además Ospina Bermúdez, que sabía ciertamente quién era el poseedor inscrito del inmueble, se abstuvo de suministrar el correspondiente informe al Registrador de Instrumentos Públicos y en su lugar pidió la certificación en tal forma que al Registrador le resultó imposible determinar el historial jurídico de la propiedad; y

e) Tales hechos constituyen maniobras fraudulentas de la parte demandante, que ocasionaron inmensos perjuicios a la sociedad recurrente.

Tercera: También invoca la causal del numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, o sea estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, siempre que no se hayan saneado la nulidad.

El recurrente fundamenta esta causal en los siguientes hechos:

a). De conformidad con el numeral 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o emplazamiento de las personas que deben ser citadas como parte, aunque sean indeterminadas;

b). Al proceso de pertenencia debía haberse convocado a la poseedora inscrita en el momento en que fue instaurada la acción, es decir a Edificadora Colombiana Limitada, pero el demandante optó por dirigir la acción contra personas indeterminadas, para lo cual solicitó en forma tendenciosa el certificado a que se refiere el numeral 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil; y

c). No habiéndose practicado la notificación o emplazamiento de la poseedora inscrita, el proceso es nulo y se configura la causal de revisión contemplada en el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

El trámite

1. Despues que el recurrente prestó la caución que le fuera señalada y el expediente contentivo del proceso de cuya revisión se trata fue remitido a la Corte, por auto del 29 de septiembre de 1977 se admitió la demanda incoativa del presente recurso extraordinario de revisión, por reunir los requisitos de forma, y se corrió en traslado a los demandados, de los cuales Jairo y Jorge Iván Posada Monsalve fueron notificados personalmente y se hicieron parte en el recurso, y José Ospina Bermúdez y Alfonso de Jesús Bolívar Ochoa fueron emplazados y se les nombró el correspondiente curador *ad litem*.

2. Los demandados Posada Monsalve descorrieron el traslado negando en su mayor parte los hechos aducidos por el recurrente y oponiéndose a la revisión solicitada.

3. Y después de practicada las pruebas que las partes consideraron conveniente invocar a su favor, consistentes en varios documentos, en declaraciones de parte y testimoniales, y en una inspección judicial que practicó esta Sala al inmueble materia de litigio, ha llegado el momento de desatar la revisión impetrada.

Considera la Corte

1. Auncuando se han invocado las causales de revisión 1, 6 y 7, por órden lógico análogo al del recurso de casación, debe estudiarse y decidirse en primer término la 7^a, o sea la que se contrae a vicios de procedimiento, que por demás está llamada a prosperar, siendo inútil comentar o analizar las otras dos causales aducidas.

2. La causal séptima *Con anterioridad al actual Código de Procedimiento Civil, la solicitud de declaratoria de pertenencia se regía por lo establecido por la Ley 120 de 1928, que hacía una distinción: si se trataba de demandar a una persona determinada era indispensable acudir al proceso ordinario; y si de personas indeterminadas contra las cuales debería dirigirse la acción, esto es, cuando no se sabía ciertamente quién era el titular del derecho de dominio a que aspiraba el prescribiente, se debía acudir a un procedimiento distinto en que tales personas indeterminadas se citaban por medio de emplazamientos y publicaciones que la misma ley determinada.*

— Pero ya con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, y tal vez con el ánimo de reducir en lo posible el abuso de citar simplemente a personas indeterminadas, vino a exigirse como requisito indispensable y previo que el prescribiente presentara un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos respectivo en donde se diga que figura como titular de derechos reales sujetos a registro o que no aparece persona alguna como tal, caso en el cual la demanda puede dirigirse contra personas indeterminadas exclusivamente.

3. La experiencia ha demostrado, como la Corte misma ha tenido ocasión de decirlo en procesos de revisión similares al que se está decidiendo, que en muchas ocasiones los eventuales presribientes logran certificados del Registrador de Instrumentos Públicos en los cuales no aparece poseedor inscrito alguno, pero los obtienen con base en dar informaciones incompletas y amañadas a fin de que el registrador esté en dificultad de certificar quién es el poseedor inscrito del inmueble en cuestión, poseedor inscrito que el propio prescribien-

te sí sabe con más o menos certeza, cuál es su nombre y cuáles sus condiciones civiles, vecindario y residencia, pero que por razones obvias no le conviene que sea citado al proceso.

4. La Corte en varias ocasiones ha revisado sentencias de declaratoria de pertenencia por motivos, si no idénticos, sí similares a los que aduce el recurrente en el caso que se estudia.

No deja de ser pertinente lo dicho por esta Sala en muy reciente ocasión y que bien debe transcribirse:

“f). Observa la Corte, como se advierte en la especie de esta *litis*, que se ha vuelto costumbre, reprobable desde todo punto de vista, patrocinar causas de declaración de pertenencia a espaldas de los titulares de derechos reales constituidos sobre el bien materia de usucapión. Con ligereza notoria, los jueces dan por satisfecho el requisito exigido en el punto 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, con tal que se presente certificado del registrador de instrumentos públicos. No acatan que la ley exige, no la presentación de un certificado cualquiera, sino la de uno específico en que se puntualicen ‘las personas que figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro de que no aparece ninguna como tal’. Es decir, el certificado del registrador de instrumentos públicos que, de conformidad con el artículo citado, debe acompañarse a la demanda introductoria del proceso, no es cualquier certificado expedido por ese funcionario, sino uno en que, de manera expresa, se indiquen las personas que, con relación al específico bien cuya declaración de pertenencia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de derechos tales.

“Si el certificado del registrador no llena esos requisitos porque, como sucedió en el caso de esta *litis* y como con frecuencia ocurre en otros procesos, se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón o por otras, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él, ni puede asever-

rarse que nadie figure como titular de derechos tales, entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada.

"De lo anterior resulta que no es lo mismo certificar que se ignora quiénes son titulares de derechos reales principales sobre un inmueble, que certificar que nadie aparece registrado como tal".

"g). Siendo de imperativo cumplimiento el precepto que ordena dirigir la demanda de pertenencia contra quien figure como titular de un derecho real principal sobre el bien objeto de aquella, resulta patente y justo que no puede emplazarse como a persona indeterminada a quien demuestra ser titular del derecho de dominio pleno, pues por la vía de los edictos sólo pueden ser llamadas al proceso las personas inciertas que eventualmente puedan tener derecho o se crean con él sobre el bien que el demandante alega haber ganado por usucapión.

"Lo anterior da pie para sostener con firmeza que el curador *ad litem*, que, llegado el momento, debe nombrarse para que lleve la representación de las personas indeterminadas que fueron emplazadas, no tiene la representación de quien, en los libros de registro de la oficina de instrumentos públicos, aparece como titular de derechos reales principales sobre el bien raíz objeto de la declaración de pertenencia".

"h). Los jueces no pueden tolerar, y menos propiciar, que los actos u omisiones dolosos, culposos o socarrones de los pretensos usucapientes, tornen en letra muerta la exigencia legal de que la demanda, en el caso del artículo 413 citado, debe dirigirse expresamente contra cada una de las personas que, en los libros de la oficina de registro correspondiente, figuran como titulares de derechos reales principales, que tienen que ser exactamente los mismos a que ha de referirse el certificado del registrador, pues este documento no puede ser otra cosa que un fiel trasunto, un reflejo idéntico de lo que en aquellos libros está registrado. Toda maquinación del demandante enderezada a impedir o hacer más difícil que el titular de derechos reales pueda controvertir la demanda y defender su título registrado, debe ser reprobada con

energía, pues el proceso tiene que ser limpia lucha en que las partes pueden litigar en igualdad de condiciones, con lealtad y nobleza, procurando solamente la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho material.

"I) No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho de dominio, contra quien figura en la oficina de registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habría sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte (152-9) y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso (artículo 380-7)". (Sentencia del 30 noviembre de 1976 en la revisión de la pertenencia de Ramón Atehortúa Alzate, aún sin publicar).

La sentencia cuyos principales apartes se acaban de transcribir viene a la medida para el caso que se estudia, como podrá apreciarse del análisis que de este proceso, en sus aspectos probatorio y decisario, se hará a continuación.

El aspecto probatorio

5. Corresponde en orden lógico de la génesis de este fallo de revisión, después que ya se consignaron las pretensiones del recurrente, estudiar en conjunto y con sana crítica, tal como lo manda el Código de Procedimiento Civil, el acervo probatorio que obra en autos.

A ello se procede.

a). En primer término nota la Corte como antecedente de gran significación, que dentro del proceso de declaratoria de pertenencia, al practicarse la inspección judicial de rigor en el terreno litigioso, ni el juez, ni mucho menos la parte interesada, tuvieron preocupación por indagar con los

vecinos y circunstantes sobre todo aquello que pudiera ser de provecho para la decisión del litigio.

Y es más diciente lo anterior si, como aparece de esa misma diligencia, el terreno que Ospina pretendía usucapir se identificó como rodeado por *todos* sus costados, excepto la vía pública, con propiedades de Carlos Ochoa, dato que se consignó en la diligencia y que fácilmente hubiera permitido al funcionario que la practicó indagar por ese único colindante, como era lo indicado, con el fin de establecer inclusive si éste pudiera tener o no interés en la pertenencia de que se estaba tramitando.

Y no deja de ser extraño que si bien en ese proceso de pertenencia el demandante Ospina verificó con *suma facilidad* en el curso de dicha inspección que el terreno que decía estar poseyendo colindaba por tres de sus costados con propiedades de un tal Carlos Ochoa, se hubiera abstenido de indagar, como era el caso, y de comunicar esa situación al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, como al rompe le indicó luego tal diligencia. Por tanto, es fácil concluir que el demandante sabía de antemano, al estar rodeado el predio en litigio por propiedades de Ochoa, que ese mismo Ochoa había sido o era el posible poseedor inscrito de la totalidad del globo de terreno, circunstancia que aún de no ser así, hubiera permitido en últimas en virtud de esas indagaciones, establecer que el poseedor inscrito era otra persona distinta de Ochoa, pero causahabiente de éste. Y en ese último caso, con mayor razón Ospina hubiera podido identificarla y darle al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados respectivo la información veraz y completa para efectos de la expedición del certificado que exige el nuevo Código de Procedimiento Civil, en el cual deben aparecer, los nombres de los poseedores inscritos contra quienes debe dirigirse la declaratoria de pertenencia o que ciertamente no aparece persona alguna inscrita como tal.

Obsérvese, en últimas, en dicha diligencia, que ni el juez ni el interesado en ella procuraron averiguar con los vecinos por el posible poseedor inscrito del terreno así encerrado y demarcado por un único co-

lindante, que coincidentalmente es o era el poseedor inscrito del predio.

b). Pero hay más: las declaraciones testimoniales recibidas en el trámite de la revisión son de enorme elocuencia. Rosmira Echeverri secretaria del doctor Carlos Ochoa durante más de 20 años, relata que conoce a José Ospina Bermúdez desde hace 14 años aproximadamente, en razón de que éste trabajaba con Alberto y Antonio Medina, quienes tenían un cultivo de tomate en tierras de propiedad del doctor Ochoa, que son en menor extensión las que Ospina obtuvo a título de declaratoria de pertenencia. Agrega la testigo que aproximadamente en 1964 Alberto Medina le propuso al doctor Ochoa que le arrendara unos terrenos del barrio de Santa Mónica para hacer un cultivo de tomates y que entre los trabajadores que Medina contrató se encontraba José Ospina, quien ya había trabajado con los Medina en el barrio Rosales..... Además dice que en los terrenos de Belencito o Santa Mónica existía una casita en la cual habitaba Félix Toro, a quien Ochoa le pidió la desocupara con el fin de que pasara a residir en ella Ospina con su familia, en atención a que Ospina tenía muchos hijos, era muy pobre y el doctor Ochoa le guardaba mucha consideración; que los cultivos terminaron a principios de 1967 pero quedaron algunas pequeñas plantaciones de maíz y yuca, por lo cual Ospina se quedó allí vigilándolas y vendiendo sus productos, llevando el dinero correspondiente a la oficina del doctor Ochoa, razón por la cual la testigo conoció a Ospina. Y que después de concluidos los cultivos Ospina le pidió al doctor Ochoa que lo dejara continuar viviendo en la casita mientras encontraba una instalación mejor, a lo cual Ochoa accedió en atención a la situación económica de Ospina; que más tarde el doctor Ochoa vendió esos terrenos a Edificadora Colombiana y le solicitó en varias oportunidades a Ospina que entregara la propiedad con la casa desocupada, a lo cual Ospina le manifestó que una vez los niños terminaran los estudios en los colegios, buscaría otro sitio y así transcurrieron muchos días hasta que el doctor Ochoa le informó que Ospina ha-

bía logrado que dicha casita le fuera adjudicada.

El testigo Guillermo Jaramillo, conductor del vehículo de propiedad del doctor Ochoa Uribe, menciona que conoció a Ospina entre 1963 y 1964 atendiendo un cultivo de tomates; que luego lo vio en 1965 trabajando en Belencito, en donde había una casa vieja, y escuchó una conversación según la cual Ospina le solicitó permiso al doctor Ochoa para vivir en esa casita porque no tenía donde vivir, solicitud a la cual accedió el doctor Ochoa siempre y cuando desocupara la propiedad, pues el doctor Ochoa pensaba vender todo el inmueble.

Ana Rosa Oviedo, vecina del sector, expresa que José Ospina apareció en el lote del doctor Ochoa para cuidarle un siembra de tomates, que vivió en la casita de propiedad del doctor Ochoa pues tenía mucha familia y con el fin de vigilar la plantación; que cuando la testigo se trasladó a vivir al barrio de Santa Mónica aproximadamente en 1963, en la referida casita vivía el señor Félix Toro y que alrededor de dos años más tarde se trasladó allí el señor Ospina; que el barrio no reconocía a Ospina como dueño pues todo el vecindario sabía que el inmueble era del doctor Ochoa, que cuando se dio cuenta de que Ospina vendió la propiedad se formó un escándalo en el barrio por no entender como le habían resultado bien esas negociaciones a Ospina a pesar de que no tenía derecho alguno, pues Ospina sabía perfectamente que el inmueble que ocupaba era de propiedad del doctor Ochoa Uribe.

Felipe Chica declara que el doctor Ochoa arrendó a los Medina unos terrenos para cultivar yuca y tomate, que esos cultivos se prolongaron por 2 ó 3 años, que después de que terminaron, José Ospina, quien había sido contratado como celador, permaneció allí y que presenció cuando Ospina le rogó al doctor Ochoa que le alquilara ese rancho para alojarse con todos sus hijos; que con anterioridad a esta petición la propiedad la había ocupado Félix Toro quien vivía allí cuando el doctor Ochoa compró la finca, que la parte en la cual vivió el señor Ospina era del doctor Carlos Ochoa Uribe, que las personas encargadas de di-

rigir el cultivo de los tomates eran unos señores de apellido Medina, quienes habían contratado a José Ospina como celador de los mismos; que antes de que Ospina ocupara la propiedad vivía allí Félix Toro y que después esa casa quedó vacía unos meses hasta que la ocupó Ospina; que Ospina nunca fue poseedor durante veinte años y que siempre tuvo claro conocimiento de que el doctor Ochoa Uribe era el propietario del inmueble que ocupaba y del globo general de terreno.

Félix Toro declara que ocupó el inmueble objeto del proceso de pertenencia desde el año de 1951, cuando el propietario de ese entonces le facilitó dicha propiedad para que la cuidara y viviera en ella; que cuando desocupó la propiedad se dio cuenta que alguna gente estaba viviendo en ella y arriendo la tierra para realizar unas plantaciones de tomate; que él desocupó la propiedad en 1954 y que a continuación vinieron los cosecheros entre los cuales se encontraba un señor "cojo", que siempre reconoció que la propiedad que ocupaba era del doctor Carlos Ochoa Uribe; y que el vencindario nunca conoció al señor Ospina Bermúdez.

Alberto Medina declara que conoció al doctor Ochoa Uribe, quien le propuso que trabajara en unos cultivos de tomate, que el doctor Ochoa pondría las tierras y los gastos y que partirían las utilidades, propuesta que aceptó y se fue a trabajar en dichos terrenos en el barrio Santa Mónica; que allí había una casita muy pequeña que la ocupaba un señor llamado Félix; que el doctor Ochoa logró que dicho Félix le entregara la casita para ponerla a disposición de Medina, quien le hizo algunas reformas, la arregló y a ella vino a ocuparla José Ospina más o menos a fines de 1964; que como los terrenos no eran muy apropiados para el cultivo no les fue bien y el testigo sólo permaneció en ellos hasta 1968, cuando le entregó al doctor Ochoa los terrenos; que como quedaron algunos cultivos, cercos, herramientas y accesorios de trabajo, y en vista de que Ospina vivía en la casita, el doctor Ochoa y el testigo llegaron a un acuerdo en cuya virtud Ospina, quien era trabajador de Medina, pasó a trabajar con el doctor Ochoa para vigilar

los enseres y cultivos y que, por tanto Ospina se quedó allá; que el testigo le hizo entrega de lo que había y que no volvió a saber nada, hasta que lo llamaron a declarar al proceso.

c). En la inspección judicial que practicó esta Sala fue posible apreciar que el predio materia de la declaratoria de pertenencia está ubicado cerca de casas y otras edificaciones vecinas, algunas de cierta antigüedad y otras más nuevas, todas ellas habitadas y en donde era posible obtener informaciones sobre el predio en cuestión. Varias de esas casas se encuentran a pocos metros del terreno en referencia, y en todo caso a distancia inferior a una cuadra. Esta inspección contradice notoriamente la que se practicó en el proceso de pertenencia seguido contra personas indeterminadas, pues en esta última ningún dato se pudo o se quiso tomar de los testigos o vecinos del citado predio, cuyos linderos por todos sus costados, excepto por la vía pública, el propio demandante y el funcionario que practicó dicha diligencia, establecieron que eran con propiedad de Carlos Ochoa Uribe.

d). Y por último, debe referirse la Corte al interrogatorio de parte que fue solicitado a José Ospina Bermúdez, a quien se le dejó la respectiva boleta de citación para dicha diligencia a una persona que se encontraba en la dirección indicada por el recurrente, la cual dijo que Ospina no se hallaba ahí en el momento, por lo cual la notificación se realizó mediante el aviso previsto al respecto por el Código de Procedimiento Civil (folios 29 a 31 Cuaderno Nº 2) y Ospina no concurrió a la audiencia para absolver el interrogatorio de parte que le había solicitado el recurrente, razón por la cual el Juzgado sentó el acta respectiva y dispuso, también de conformidad con las normas procesales, que a falta de interrogatorio escrito con preguntas asertivas, se tendrían como ciertas en lo pertinente, los hechos relatados en la demanda del recurso de revisión, en cuanto fueran susceptibles de admitir confesión. Sobra decir, sin entrar en mayores detalles, que entre estos hechos y conforme aparece de la descripción de la demanda de revisión que atrás se hizo, están los relativos tanto al carácter de ocu-

pante de Ospina en los terrenos objeto del pleito por permiso que solicitó y obtuvo de Ochoa, como otra serie de circunstancias y maniobras, tales como haber ocultado esa condición y haber callado el nombre del doctor Ochoa para obtener el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que hizo valer en el proceso de declaratoria de pertenencia.

La Corte, al valorar las pruebas anteriores, llega a la convicción indiscutible de que Ospina sí sabía a ciencia cierta que esos terrenos eran de propiedad de Ochoa Uribe, pues por ese motivo no solamente prestó sus servicios en los cultivos de tomate, recogía y vendía sus productos y llevaba el dinero a la oficina de Ochoa y además le pidió permiso para ocupar la casa que antes estuviera ocupada por Félix Toro, permiso que obtuvo, todo lo cual muestra en forma indiscutible que Ospina sabía con precisión que esos terrenos y esa casita eran de propiedad de Carlos Ochoa Uribe y no de personas indeterminadas. Es inexcusable pretender que fuera indeterminada una persona que es su colindante por tres costados, a quien le atiende cultivos varios, recoge los productos y le lleva el dinero resultante de venderlos, y que le pide y obtiene permiso para ocupar una casita y el terreno aledaño. Aquí no cabe indeterminación de clase alguna.

6. En estas condiciones es evidente que el proceso de declaratoria de pertenencia promovido por Ospina no podía haberse seguido únicamente contra personas indeterminadas, porque si Ospina hubiera dado todas las informaciones que bien conocía y a que se ha hecho referencia, al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, o sea si se hubiera mencionado el nombre de Carlos Ochoa Uribe, como dueño actual o preferido del predio en cuestión, el certificado de dicho funcionario no hubiera sido el que se adjuntó a esa declaratoria de pertenencia sino necesariamente hubiera contenido el nombre del actual poseedor inscrito del inmueble en cuestión, pues le hubiera sido fácil establecer que en verdad el doctor Carlos Ochoa Uribe era o había sido poseedor inscrito del inmueble, y la posterior trayectoria jurídica del predio hubiera ubicado fácilmente a Edificadora

Colombiana Ltda., causahabiente a título singular de Carlos Ochoa Uribe, como la actual poseedora inscrita en contra de la cual Ospina hubiera debido dirigir su declaratoria de pertenencia.

No lo hizo Ospina así y por ello no quiso o no pudo aducir al proceso un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos idóneo y apto para poner de presente que no eran personas indeterminadas sino muy determinadas aquéllas contra las cuales ha debido dirigirse también la pretensión de declaratoria de pertenencia, proceso que consecuencialmente, muestra este vicio desde su iniciación.

7. Con apoyo en todo lo anteriormente expuesto, es fácil concluir que el proceso de declaratoria de pertenencia es nulo a partir de su auto admisorio de la demanda inclusiva, y así lo debe declarar esta sentencia de revisión con apoyo en la causal 7^a del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, pues el recurrente, o sea Edificadora Colombiana Limitada, no fue citado, como parte al proceso en mención, no obstante que es de toda evidencia que ha debido figurar allí como poseedora inscrita del predio materia del pleito, si el demandante José Ospina no hubiera ocultado conocer como propietario de dicho predio al doctor Carlos Ochoa Uribe.

8. Por último, al prosperar la causal en comentario es innecesario estudiar y decidir las restantes, que suponen de suyo un proceso válido y desembocarían en una simple sustitución de la sentencia que le puso fin.

Decisión

En virtud 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, revisa la sentencia dictada en el proceso de pertenencia a que se hizo mención, y declara la nulidad de dicho proceso a partir del auto admisorio de la demanda de declaratoria de pertenencia inclusiva.

Las costas del recurso de revisión son a cargo de José Ospina Bermúdez. Tásense.

Cópiese, notifíquese y publíquese.
Cúmplase.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Carlos Holguín Holguín, (Conjuez); Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

CONTRATO DE TRANSACCION

Naturaleza jurídica. Elementos estructurales. La decisión que homologa la transacción no es una sentencia sino un auto interlocutorio. Recurso extraordinario de revisión. Exigencias legales

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Clímaco Pineda Franco, contentiva de recurso extraordinario de revisión.

Antecedentes

I Con fundamento en las causales 6^a y 8^a del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, solicita Clímaco Pineda Franco que con citación de Filiberto Arredondo y la sociedad Clodoveo Rodríguez y Compañía Limitada, se revise e invalide "la providencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 16 de marzo de 1978, que confirmó la providencia dictada el 2 de junio de 1977 por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá", proferida en el proceso ejecutivo de Filiberto Arredondo contra la sociedad antes mencionada.

II De los presupuestos de hecho de la demanda se desprende que la providencia contra la cual se dirige el recurso extraordinario de revisión consiste en el auto de 16 de marzo de 1978, pronunciado por el Tribunal, y mediante el cual este juzgador *ad quem* confirmó el proveido de 2 de junio de 1977, proferido por el *a quo* en el proceso de ejecución adelantado por Fili-

berto Arredondo contra la sociedad Clodoveo Rodríguez Franco y Compañía Ltda., referente a la aceptación de la transacción que celebraron los litigantes.

III A pesar de que el mismo recurrente acepta que el recurso extraordinario de revisión lo formula contra un auto interlocutorio, agrega que procede, porque mediante él se le puso fin al proceso de ejecución ya tantas veces mencionado.

Para resolver se considera

1. Como quiera que el recurso extraordinario que contiene la demanda ha sido dirigido contra el proveido que resuelve aceptar una transacción, es indispensable analizar con prioridad la naturaleza jurídica de ésta y los alcances de la misma en el campo del derecho sustancial y procesal.

2. *El artículo 2469 del Código Civil, que se ocupa de la noción de la transacción, expresa que "es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precavan un litigio eventual". De esta definición, que le ha merecido la crítica de ser incompleta, la doctrina de la Corte tiene sentado que son tres los elementos estructurales de la transacción, a saber: a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6*

de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

3. En el campo de culminación de los procesos, que puede revestir dos formas: normal o anormal, la transacción se levanta como ejemplo de los últimos, pues mediante un acto de autocomposición, las partes, con respaldo en el principio de la soberanía de la voluntad, se hacen justicia sin la intervención de los juzgadores. En este evento, como lo señala la doctrina de la Corte, "la controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se presigue con el proceso y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad, de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin que hacer". (Casación Civil, de 14 de diciembre de 1954, LXXIX, 267).

4. Cuando la transacción ocurre durante el desenvolvimiento del proceso, deberá solicitarse por escrito su reconocimiento, acompañando el documento que la contiene, y el juez la aceptará y declarará terminado el proceso (artículo 340 Código de Procedimiento Civil), mediante una decisión que pertenece a la categoría de los autos. Por consiguiente, en este singular caso de terminación anormal del proceso, la decisión que homologa la transacción no es una sentencia (artículo 302 Código de Procedimiento Civil), sino una decisión de menor jerarquía, o sea, un mero auto que constata la presencia en el litigio de una convención, mediante la cual las partes, por sí mismas, sin participación del fallador, acuerdan terminar el proceso.

5. Ahora bien, participando la transacción de la naturaleza de los contratos, ésta se rige por los principios que dominan los actos jurídicos (artículos 1740, 1741, 1766, 2470, 2476, 2477, 2478, 2480, 2483, 2484 Cód-

digo Civil) y, por tanto, su impugnación no puede lograrse por la vía del recurso extraordinario de revisión, sino por sendero procesal diferente. Y, el proveído o auto que la homologa, tiene también sus propios medios de impugnación (artículos 351 Nº 7, 348 Código de Procedimiento Civil), entre los cuales no está el recurso extraordinario de que se viene hablando (artículo 379).

Conviene aclarar que si bien el ordenamiento preceptúa que "la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia" (artículo 2483 Código Civil), debe entenderse que tal efecto proviene de la convención de transacción y no del proveído que la acepta. Además se insiste en que la atribución del juzgador, al aceptar la transacción, se limita a verificar si las partes son capaces y si el objeto sobre el cual recae es susceptible de dicha convención.

6. Por otra parte, el recurso extraordinario de revisión, que es un medio de impugnación excepcional, va orientado a desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que ampara a las sentencias definitivas, o sea, se busca con él el quiebre de fallos en los cuales se encuentre comprometida seriamente la justicia, el derecho de defensa o el principio de la cosa juzgada. Es, si se quiere, como tiene dicho la doctrina de la Corte, más extraordinario que el de casación, porque mediante él se enjuician las sentencias ejecutoriadas y se enfrenta a la eficacia de la cosa juzgada.

7. Precisamente, por ese carácter extraordinario y tan singular del recurso de revisión, la ley de enjuiciamiento civil lo ha revestido de un conjunto de requisitos, sin los cuales no procede. Entre las exigencias legales se cuentan las siguientes:

a) Que se trate de la revisión de una sentencia ejecutoriada pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores, los jueces de circuito, municipales y de menores y Tribunales de arbitramento (artículos 379 y 674 Código de Procedimiento Civil).

b) Que el recurso se interponga dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando se invoque alguna de las causales consagradas en

los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 379 del Código de Procedimiento Civil. Porque, cuando se alegue la causal prevista en el numeral 7 del artículo mencionado, los dos años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límites máximo de 5 años. En los casos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del mismo artículo, podrá interponerse el recurso dentro de los 6 meses siguientes a la terminación del proceso penal, siempre que ello ocurra en los 3 años posteriores a la ejecutoria de la sentencia cuya revisión se pide. En caso contrario, deberá interponerse antes del vencimiento de dicho término, pero se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando se produzca la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva. Esta suspensión no podrá exceder de dos años (artículo 381 Código Penal).

c) El recurso debe fundarse en alguna o algunas de las nueve causales taxativamente establecidas por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

d) El recurso debe interponerse por medio de demanda, la cual debe contener todas las exigencias formales que señala la ley (artículo 382).

e) El recurso debe dirigirse contra todas las personas que debe intervenir en él, o sea, aquéllas que intervinieron como parte en el proceso en donde se profirió la sentencia de cuya revisión se trata (artículos 382 numeral 2 y 383 inciso 3 Código de Procedimiento Civil).

f) El recurso de revisión debe formularse ante el Tribunal Superior, si se impugnan las sentencias dictadas por los jueces de circuito, de menores o municipales o, ante la Corte, cuando se trate de sentencias cuya revisión no esté atribuida a los Tribunales, como son las sentencias proferidas por éstos y por la Corte (artículos 25 y 26 Código de Procedimiento Civil).

8. Respecto del primer requisito, se tiene que la decisión materia del recurso extraordinario de revisión no puede ser otra diferente de una sentencia, pues no solo ha sido un presupuesto de procedibilidad requerido por el actual estatuto procedural, sino por la legislación anterior, como

quiera que el objetivo del recurso siempre ha sido enjuiciar "sentencias ejecutoriadas", y no toda clase de resoluciones judiciales.

En efecto, tanto las Leyes 105 de 1890 (artículo 396) y 105 de 1931 (artículo 542), como el actual Código de Procedimiento Civil (artículo 379), han coincidido en exigir como presupuesto para la procedencia del recurso que se trate de sentencia ejecutoriada. Este último estatuto dispone que "el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, los Tribunales superiores, los jueces de circuito, municipales y de menores. Se exceptúan las sentencias que dictan los jueces municipales en única instancia".

9. Según el artículo 379 antes transcritto, el recurso de revisión exige, respecto de la decisión judicial a revisar, que reuna estos presupuestos: a) que se trate de sentencia; b) que se encuentre ejecutoriada; c) que haya sido proferida por la Corte, los Tribunales superiores, los jueces de circuito, municipales o de menores; y, d) que no se trate de sentencia de única instancia pronunciada por juez municipal.

Por consiguiente, no pueden ser materia del recurso extraordinario de revisión decisiones judiciales diferentes de las sentencias, como los llamados autos de sustanciación, las resoluciones interlocutorias, ni tampoco pueden serlo los autos de este último limaje con fuerza de sentencia, pues el criterio extraordinario, singular y restringido del recurso que se viene comentando impide una interpretación que permita extenderlo a resoluciones que formalmente no son sentencias sino proveidos de menor jerarquía, como los autos, susceptibles del recurso de reposición y, en este caso de apelación, pero no del extraordinario de revisión.

Entonces, si se hubiere querido establecer el recurso de revisión para atacar otro género de decisiones judiciales distinto de sentencias, lo hubiera expresado así el legislador. Empero, no lo dijo y tampoco puede desprenderse del articulado que tiene que ver con el mencionado medio de impugnación, el cual reitera que procede únicamente contra "sentencias ejecutoriadas"

(artículos 302, 304, 379 a 385 Código de Procedimiento Civil).

10. Como se dejó visto al resumir los antecedentes del recurso aquí formulado, se tiene que mediante él no se impugna una "sentencia ejecutoridad", sino un auto interlocutorio que resuelve aceptar una transacción acordada entre las partes litigantes. En consecuencia, cuando se trata de resoluciones judiciales en frente de las cuales no procede el recurso extraordinario de revisión, dispone la ley que no se debe dar curso a la demanda y así habrá de decidir la Corte.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Ci-

vil, resuelve no darle curso a la demanda contentiva del recurso extraordinario de revisión formulado por Clímaco Pineda Franco contra el auto de 16 de marzo de 1978.

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

Germán Giraldo Zuluaga, (con salvamento de voto); *José María Esguerra Samper*, *Héctor Gómez Uribe*, (con salvamento de voto); *Humberto Murcia Ballén*, *Hernando Morales Molina*, (Conjuez); *Alberto Ospina Botero*, *Ricardo Uribe Holguín*, (con salvamento de voto).

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Estoy de acuerdo con la parte resolutiva del auto anterior.

La providencia en que se reconoce o acepta la transacción que han celebrado las partes litigantes no es sentencia, sino *auto*. Solamente son sentencias "las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión", expresa el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil. El proveido en que se acepta o reconoce una transacción no resuelve sobre las pretensiones de la demanda, ni sobre excepciones de mérito; por lo tanto, está comprendido entre los que define el inciso final del citado artículo 302: "Son autos todas las demás providencias, trámite o interlocutorias".

Cuando las partes transigen, es la transacción la que define las pretensiones y las excepciones, no el auto que la reconoce o acepta, y es aquélla, no éste, lo que pro-

duce el efecto de cosa juzgada en última instancia (artículo 2483 del Código Civil).

No comparto, en cambio, el siguiente pasaje de la parte motiva del auto a que se refiere esta aclaración de voto: "Por consiguiente, no pueden ser materia del recurso extraordinario de revisión decisiones judiciales diferentes de las sentencias, como los llamados autos de sustanciación, las resoluciones interlocutorias, *ni tampoco pueden serlo los autos de este último lujane con fuerza de sentencia* (subrayo)". La Corte ya tiene sentada la doctrina de que las providencias que deciden sobre excepciones que no tengan el carácter de previas son sentencias, aunque tengan la forma de autos. Por consiguiente, contrales providencias son procedentes los recursos extraordinarios de casación y revisión.

Bogotá, D. E., 25 de octubre de 1979.

Ricardo Uribe Holguín; adhiero, Germán Giraldo Zuluaga; adhiero, Héctor Gómez Uribe.

RESOLUCION DE CONTRATO BILATERALES

Antecedentes históricos y fundamentos jurídicos de la acción resolutoria de que goza el contratante diligente contra el contratante incumplido. Este podía deprecar, a su talante, la resolución o el cumplimiento del contrato bilateral. Presupuestos indispensables para la prosperidad de la pretensión resolutoria. En el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones no nace para ninguno de los contratantes ni la acción de resolución ni la de cumplimiento. Rectificación doctrinaria

En tal evento el contrato sólo puede invalidarse por consentimiento mutuo o por causas legales

El mutuo disenso puede ser expreso o tácito; este último se va ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones siempre que su conducta sea inequívocamente indicativa de desestimimiento de la convención

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de abril de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Lucila Borda de Gómez contra Alvaro Ramírez Castaño.

Antecedentes

I Por libelo presentado el 3 de agosto de 1977, pidió la mencionada demandante que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se declare resuelto el contrato de promesa de permuta celebrado el 5 de julio de 1972 entre Lucila Borda de Gómez y Alvaro Ramírez Castaño, por incumplimiento de éste último de las obligaciones de su cargo.

b) Que como consecuencia, se condene al demandado a la restitución de los bienes por él recibidos con motivo del contrato de promesa y, en el evento de que hubieren desaparecido algunos, se disponga pagar su valor.

c) Que "en razón del incumplimiento del demandado, éste ha incurrido en la obligación de pagar como indemnización, la suma de cien mil pesos y por razón de su incumplimiento las cuotas pagadas en desarrollo del contrato deben ser imputadas a cuenta del valor de los arrendamientos de las instalaciones entregadas por la demandante en cumplimiento de la promesa de venta celebrada".

d) Que se condene al demandado al pago de las costas.

II La pretensión descansa en los presupuestos de hecho que a continuación se resumen:

a) El 5 de julio de 1972, en el Municipio de Puerto López, demandante y demandado celebraron un contrato de promesa y en razón de dicha convención el demandado se obligó a permutarle a la demandante el derecho de dominio que aquél "afirmó tener sobre una casa de habitación ubicada en el área urbana de la ciudad de Bogotá, en la calle 25, distinguida en sus puertas de entrada con los números 9-65 y 9-69".

b) Para el otorgamiento "de las escrituras de transferencia del dominio de los bienes comprendidos en el contrato, se fijó el término de ocho meses contados a partir del registro del contrato, es decir, del cinco de julio de 1972".

c) También se pactó que en caso de incumplimiento de cualquiera de los contratantes de las obligaciones de su cargo, el incumplido pagaría a su otro contratante, la suma de cien mil pesos y también se pactó que las cuotas que hubiera recibido la prometiente Lucila Borda "se imputarían al valor de los arrendamientos de las instalaciones por ella entregadas".

d) Que a pesar de que la prometiente permutante Lucila Borda de Gómez ha estado dispuesta a cumplir con sus obligaciones, el demandado no ha cumplido con las suyas, pues el bien raíz por él prometido en permuta no es de su propiedad y por ello "no ha comparecido a la notaría a cumplir" lo de su cargo.

III Enterado el demandado de las pretensiones de la parte demandante, consignó su respuesta en escrito de 29 de septiembre de 1977, en el sentido de atenerse "a lo que consta en el documento que recoge el contrato respectivo", agregando que el plazo para el otorgamiento de la escritura no ha vencido, por lo que termina oponiéndose a las súplicas de la demanda y formulando las excepciones que denominó de "falta de causa" y "petición antes de tiempo".

IV Impulsado en estas condiciones el litigio, la primera instancia terminó con

sentencia de 5 de octubre de 1978, desfavorable a la demandante, pues declaró probada la primera de las excepciones propuestas por el opositor. Apelada que fue esta decisión por la actora, el Tribunal la confirmó con la suya de 3 de abril de este año, contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el sentenciador de segundo grado refiere los antecedentes del litigio y enuncia los requisitos esenciales de la promesa de contrato, sienta las siguientes reflexiones:

a) Que se trata de una promesa de permuta, "consistente en que la demandante promete al demandado unos bienes inmuebles situados en la población de Puerto López, estimados en \$ 600.000.00 y éste le transfiere el inmueble situado en la ciudad de Bogotá estimado en \$ 300.000.00, más en dinero efectivo \$ 300.000.00 los cuales fueron entregados en sus respectivos plazos. Los contratantes se entregaron recíprocamente los inmuebles convenidos de acuerdo con lo pactado".

b) Que según la cláusula cuarta del contrato de promesa de permuta las partes convinieron que las escrituras públicas respectivas se otorgarían en el municipio de Puerto López el 5 de marzo de 1973, o sea, se pactó un plazo "preciso y determinado".

c) Que la realidad procesal pone de presente que "ninguno de los contratantes concurrió a la Notaría de Puerto López el día 5 de marzo de 1973 para extender los títulos escriturarios de los inmuebles según el convenio, luego ambos se encuentran en mora de cumplir lo pactado en tiempo y modo acordados. Ni la demandante acreditó que haya cumplido lo prometido, ni que se haya allanado a cumplirlo, como haberse presentado a la Notaría de Puerto López, haber dejado constancia ante el Notario del objeto de su presencia allí, con los documentos requeridos para el otorgamiento de la escritura al señor Ramírez Castaño, y del hecho de que éste no concurrió a recibirla, y no estando exteriorizada esta voluntad de cumplimiento, obviamente, se

deduce que es infractora del contrato al igual que su demandado".

d) Que según doctrina de la Corte, la acción resolutoria no procede cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones evento en el cual ninguno de ellos se puede considerar en mora. Por consiguiente, si en el presente litigio las partes, con motivo de la convención, quedaron comprometidas al otorgamiento de la Escritura Pública el 5 de marzo de 1973 y el incumplimiento a esta obligación no obedeció a fuerza mayor, caso fortuito o a circunstancias atribuibles al otro contratante, la demandante no está legitimada para solicitar la resolución, ni el cumplimiento de la cláusula especial de señalamiento de perjuicios en la suma de \$ 100.000.00.

La demanda de casación

Contra la sentencia del Tribunal, dos cargos le formula el recurrente, ambos por la causal primera, los cuales serán despechados conjuntamente por su íntima relación.

Cargo primero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, por interpretación errónea.

Luego de aclarar el recurrente que el Tribunal impropriamente habló de "falta de legitimación" en la parte demandante cuando debió hablar mas bien de carecer del derecho sustancial para pedir la resolución del contrato, entra a ocuparse del quebranto que le imputa a la sentencia del Tribunal, y en esta labor sostiene:

"La errónea interpretación consiste en que se deja en 'el aire', como 'un fantasma', el contrato incumplido por ambas partes, pues ninguna puede demandar su resolución ni demandar su cumplimiento, lo cual no es jurídicamente aceptable, pues el derecho positivo debe ser entendido en forma de que se satisfagan los efectos sociales y jurídicos que con él se persiguen, y dejando a las dos partes en tal situación no se cumple esa función."

"Muy distinto es el caso de que el demandante haya incumplido, al paso que el demandado haya cumplido o se haya allanado a cumplir; lo último, en los casos de promesas de contratos, significa que ese demandado haya concurrido en la fecha y a la hora señaladas, a la notaría también indicada, o al lugar que sea cuando no se trate de otorgar escritura pública, y que además haya cumplido todas las obligaciones precedentes a la firma de la escritura o al documento que perfeccione el contrato prometido, antes de dicha concurrencia, y que lleve a la Notaría, si se trata de escritura pública, los paz y salvo prediales cuando se trata de actos que recaigan sobre inmuebles y de renta y patrimonio, que exija la ley. Entonces sí debe negarse la pretensión resolutoria del demandante.

"Pero si ambas partes incumplieron, como ninguna puede imputarle mora a la otra, ninguna también puede oponerse a la 'acción' o mejor dicho a la 'pretensión' resolutoria de la otra.

"La interpretación anterior es la que viene dando la doctrina de la Corte a los artículos 1546 y 1609, a partir del año 1978 cuando tuvo la oportunidad de estudiar el problema del incumplimiento recíproco de las partes de los contratos bilaterales y la excepción *non adimpleti contractus*".

A continuación el recurrente transcribe apartes de la sentencia de la Corte de fecha 29 de noviembre de 1978 y con respaldo en ella concluye que el Tribunal desacertó en la interpretación de los artículos enunciados al comienzo de la censura, lo cual dio lugar a que negara la declaración de resolución del contrato y las demás súplicas.

Cargo segundo

Por éste acúsase la sentencia del Tribunal de infringir en forma directa los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, el primero por falta de aplicación y, el segundo por aplicación indebida.

En el desarrollo del cargo dice que el afirmar el *ad quem* "que no declaraba la resolución del contrato objeto de la demanda, porque tanto el demandante como el demandado habían incumplido, violó el

artículo 1546 del Código Civil, en cuanto dicho texto no distingue entre el caso de que el demandante haya cumplido o haya estado dispuesto a cumplir, mientras que el demandado haya incumplido, y el caso de que también el primero haya incurrido en incumplimiento".

Luego manifiesta el recurrente que al sostener el Tribunal que el incumplimiento del contrato inhabilita a la parte actora para pedir la resolución y con base en el artículo 1609 acoge la excepción del demandado, aplicó indebidamente este precepto, "en cuanto la hizo producir el efecto que no contiene, de impedir el ejercicio de la acción (mejor dicho de la pretensión) resolutoria, por el contratante que también incumplió, porque dicho artículo 1609 se limita a decir que: 'ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos'. Es decir: este texto regula exclusivamente la mora y no es aplicable a la acción resolutoria contenida en el artículo 1546 del mismo código".

Se considera

1. Respecto del cargo primero se observa la falla técnica en que incurre el censor al atacar la sentencia del *ad quem* de quebranto del artículo 1546 del Código Civil, por interpretación errónea, siendo que el Tribunal, al desestimar las súplicas de la demanda de resolución de contrato, no aplicó tal precepto y, por ende, no pudo infringirlo por el concepto que indica la censura, pues en el punto tiene sentado la jurisprudencia de la Corte: "La errónea interpretación, uno de los tres modos como puede ser vulnerada una norma de derecho sustancial, tiene en casación una inteligencia propia que difiere fundamentalmente del sentido que a esa locución se le da en el lenguaje común y también en otros campos del derecho. Interpretar erradamente una norma, para el efecto de fundar en ese hecho un ataque próspero en el terreno de la causal primera de casación, quiere decir que el sentenciador de instancia hizo actuar, para la composición del litigio, la norma que era la idónea para

resolverlo, pero dándole un sentido o un alcance de que la dicha norma carece en realidad, con otras palabras, en casación el quebranto por erróneo entendimiento de precepto de derecho sustancial solo se ofrece cuando dicho precepto es aplicado para decidir el litigio porque, en verdad, es el pertinente, pero el fallador lo aplica dando alcance e inteligencia que no se acomoda a su naturaleza. En este recurso extraordinario, pues, no puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido". (Casación Civil 25 de mayo de 1976).

2. *Recurriendo a los antecedentes históricos de la acción resolutoria como remedio para aniquilar una convención bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes, ésta no se conoció en el antiguo derecho romano. Sin embargo, como quiera que en un comienzo el acreedor cumplido no tenía más derecho que el de exigir el cumplimiento del contrato, ante la desprotección en que se encontraba el vendedor en los contratos de venta, se adquirió el hábito de estipular en él la lex commissoria, pacto que contemplaba la resolución de la venta en caso de falta de pago del precio y operaba de pleno derecho en el evento en que el vendedor quisiera valerse de dicha estipulación.*

No se concebía, pues, la acción resolutoria con los claros perfiles que hoy presenta, o sea, de entenderse o considerarse implícitamente establecida en toda convención bilateral, puesto que requería de la consignación expresa y con aplicación restringida al contrato de compraventa. Con todo, mediante el pacto de lex commissoria, el vendedor, si el comprador no cumplía con la obligación de pagarle el precio, quedaba facultado para demandar la resolución de la venta. De suerte que este mecanismo no actuaba en favor de comprador sino en pro de vendedor, ante el incumplimiento de aquél.

3. *A pesar del antecedente reseñado, todo indica que le correspondió al derecho canónico perfeccionar la acción resolutoria e instituirla con más vastos alcances, puso por una parte la consideró implícita en todo contrato sinalógmático y,*

por la otra, estaba destinada a sancionar la falta al cumplimiento de la obligación jurada y tuvo plena aplicación en la regla siguiente: "En vano se pide que cumpla su palabra o aquél a cuyo respecto no se cumple la fe jurada".

El criterio moral que los canonistas le imprimieron a la acción resolutoria, los llevó a sentar el principio de que la acción la podía hacer valer el contratante cumplido contra el que faltó a la palabra empeñada.

4. Continuando con la huella trazada por los canonistas, se presentan los glosadores y por ese entonces se sostuvo que en las relaciones contractuales sinalagmáticas no podía demandar la resolución o el cumplimiento de lo pactado quien no hubiera ejecutado u ofrecido ejecutar su prestación. Se consideró que el promisor no estaba obligado a respetar el juramento que había prestado de cumplir con todas las obligaciones que corrían de su cargo, si aquél en cuyo beneficio se prestaba a su vez infringía sus compromisos. Por consiguiente, el contratante cumplido o que se hubiese interesado en cumplir no solo gozaba de la prerrogativa de suspender o cesar la ejecución de su obligación, sino que podía alegar la liberación definitiva de todo compromiso, como si el juramento no hubiera existido.

5. Sin alejarse de estos postulados, el antiguo derecho español, en la Partida Quinta, reproducida en el Ordenamiento de Alcalá y en la Recopilación, establecía que la condición resolutoria debía considerarse implícitamente en las convenciones cuando uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

6. Consultando los criterios y principios anteriores, así como la costumbre de pactar la lex commissoria, llevó a los franceses a pensar que la condición resolutoria debía considerársela tácitamente convenida en las convenciones sinalagmáticas, y al efecto el código napoleónico estableció en el artículo 1184 lo siguiente: "La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. En este caso el contrato no se resuelve de plano derecho. La parte a cuyo

respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la elección de forzar a la otra a la ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente, y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias".

El artículo 1184 del Código Civil francés es, entonces, el resultante de todo un proceso histórico, o sea, que la acción resolutoria la tiene el contratante cumplido frente al incumplido, como de manera reiterada y uniforme lo pone de presente la doctrina francesa, la cual se encuentra muy bien resumida en el siguiente pasaje de la obra de "Derecho Civil" de Ripert y Boulanger, que en el punto expresa: "A Quién Corresponde la Acción. La acción de resolución no está abierta mas que a favor de la parte que está dispuesta a cumplir su compromiso o que ya lo haya cumplido. La otra parte no tiene derecho a hacer resolver el contrato... Si la causa es imputable a la culpa de una de las partes, es natural que esa parte sufra la resolución por voluntad de la otra, sin poder demandarla. La parte a la que pertenece la acción de resolución no está reducida a ese solo medio. Tiene la elección de hacer resolver el contrato o de exigir su cumplimiento, suponiendo que la falta del deudor no haya hecho imposible tal cumplimiento (Tomo IV Nºs 536 y 537).

Igual criterio al precedente ha sido el sentado por R. J. Pothier (tratado de las Obligaciones Nº 672), Colin y Capitant (Derecho Civil Tomo III, 741 y 742) y por los Tribunales franceses.

7. La legislación civil francesa, en lo atinente a la acción resolutoria, incidió ampliamente en las codificaciones de los demás países, en donde se mantiene el criterio de que el titular de dicha acción es el contratante cumplido o que ha estado dispuesto a cumplir frente al contratante incumplido. A manera de ejemplo se encuentran Chile (artículo 1469), Venezuela (artículo 1167), Méjico (artículo 1949), Brasil (artículo 1092), Bolivia (artículo 764), Ecuador (artículo 1429), Guatemala (artículo 1457), Uruguay (artículo 1405), España (artículo 1124), Italia (artículo 1453),

Suiza (artículo 107), Grecia (artículo 382), Etiopía (artículo 1771), Polonia (artículo 494), etc.

8. En Colombia, donde se siguió muy de cerca el código napoleónico, igualmente su criterio en materia de acción resolutoria cuando una de las partes contratantes incumple, pues al efecto dispone el artículo 1546 que “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Entonces, desde el punto de vista histórico, no queda duda de que la acción resolutoria la tiene el contratante diligente contra el contratante incumplido. Y no se puede subestimar que una regla auxiliar de interpretación de la ley consiste en determinar su sentido y alcance a través de “la historia fidedigna de su establecimiento” (artículo 27 del Código Civil).

9. Mirando el aspecto controvertido desde otro ángulo, se tiene que cuando los doctrinantes y la jurisprudencia, nacional y extranjera se han dedicado a explicar los fundamentos de la condición resolutoria tácita y su consiguiente acción, así hayan asumido diferentes posiciones, si han tenido como coincidente conclusión afirmar que la acción alternativa que consagra la ley, de resolución o cumplimiento del contrato bilateral, solo se la ofrece al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir con las obligaciones de su cargo.

En efecto, cuando justifican la existencia del artículo 1546 del Código Civil en la equidad, la explican afirmando que si uno de los contratantes incumple con las obligaciones que corren de su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une con el inmueble.

Quienes pretenden encontrar el fundamento en el hecho de ser una sanción, sostienen que la acción resolutoria constituye la merecida sanción que le impone la ley al contratante incumplido.

Los que afirman el fundamento de la condición resolutoria tácita en la voluntad

presunta de las partes, sostienen que el artículo 1546 del Código Civil consagra la intención probable de éstas, en virtud de que es lógico suponer que el contratante incumplido no quiera seguir atado por la convención al otro contratante.

10. Reseñados los antecedentes históricos y los fundamentos de la condición resolutoria tácita, se tiene que con arreglo a lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, cuando en un contrato bilateral una de las partes se halle en mora de cumplir con las obligaciones de su cargo, el otro contratante que ha cumplido con las suyas o que ha estado presto a cumplirlas, tiene la prerrogativa de solicitar, a su arbitrio, cualquiera de estas dos acciones: la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, en uno y otro evento con indemnización de perjuicios. No queda la menor duda que el ofrecimiento alternativo que hace la ley al acreedor de una de las dos acciones enunciadas, solo se lo hace al contratante cumplido, lo cual se infiere desde el propio origen o antecedente histórico de la institución de la condición resolutoria tácita y de la forma como quedó concebido el artículo 1546 del Código Civil, cuyo punto de partida, como se vio, es muy remoto y universal, puesto que históricamente surgió como institución paralela a la lex commissoria del derecho romano.

11. Teniendo en cuenta, no ya el antecedente histórico ni el fundamento jurídico de la condición resolutoria tácita, sino el tenor literal del artículo 1546 del Código Civil, que también es otra regla de hermenéutica de la ley, se tiene que cuando el mencionado precepto dice que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria en caso de no cumplirse “por uno de los contratantes lo pactado”, “podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución, o el cumplimiento del contrato”, son expresiones claras y precisas, de gran contenido, pues mediante ellas se afirma que el incumplimiento de “uno de los contratantes”, le da derecho al “otro contratante”, o sea, el diligente, para deprecar, a su talante, la resolución o el cumplimiento del contrato bilateral. Precisamente, acudiendo la Corte a la interpretación literal del artículo 1546 del Código Ci-

vil, dijo con exquisita claridad, en fallo de 9 de junio de 1971 lo siguiente: "Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria los cuales confirman la tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces 'podrá el otro contratante' (subraya de nuevo), es decir, el que no ha cumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorga o reconocen. Tal caso, al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanándose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas" (T. CXXXVIII, páginas 379 y 380).

Es evidente y cierto que en materia de condición resolutoria tácita el señor Bello consultó y copió tal institución de la legislación civil francesa, pues el artículo 1546 del Código Civil Colombiano no es más que una copia, con mejor redacción, del artículo 1184 del código napoleónico, especialmente, los dos primeros incisos.

12. A pesar de que la acción resolutoria de que trata el artículo 1546 del Código Civil se extiende a todos los contratos bilaterales y, por ende, al contrato de compraventa, respecto de este último se consagró de manera especial en los artículos 1930 y 1882, fundada en el cumplimiento de uno de los contratantes y en el incumplimiento del otro, pues el primero de dichos textos dispone que "si el comprador estuviere constituido en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios". Y el segundo preceptúa que "si el vendedor, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega podrá el comprador a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo

cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro...".

La armonía que existe entre los artículos 1546, 1882 y 1930 del Código Civil, permite concluir que tanto el vendedor como el comprador tienen la acción resolutoria. Porque, el vendedor que no cumple con sus obligaciones, como la de hacer entrega o tradición de la cosa vendida, coloca al comprador en condiciones de desistir del contrato. Igualmente, el comprador constituido en mora de pagar el precio, coloca al vendedor en aptitud de promover la acción resolutoria.

13. Idéntica filosofía inspiró las instituciones afines, como el pacto comisorio, el cual no pasa de ser la estipulación que se consigna en la convención en el sentido de que se resolverá ésta por incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes. Sobre el punto tiene dicho la doctrina de la Corte que "la condición resolutoria que, como se ha dicho, va implícita en el contrato de compraventa por el no pago del precio, puede sin embargo ser objeto de explícito acuerdo entre vendedor y comprador; y si así ocurre se está entonces en presencia de la figura jurídica llamado pacto comisorio, el que, en definitiva, no es otra cosa que la expresa estipulación de resolución del contrato por el no pago del precio en la oportunidad debida". Y más adelante agrega: "Mas, ora se trate de la condición resolutoria tácita, ya del pacto comisorio simple, ya del calificado o de resolución ipso facto, es lo cierto que la procedencia de la acción resolutoria del contrato de compraventa requiere, como presupuesto indispensable, el estado de mora en el comprador en su obligación de pagar el precio" (Casación Civil, 10 de mayo de 1977, aún no publicada).

Con todo, el incumplimiento del comprador de pagar el precio "no priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1930", o sea, la resolución o el cumplimiento (artículo 1936 del Código Civil). De suerte que a pesar de haber pacto comisorio, puede la parte diligente pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato.

14. El reciente Código de Comercio, en lo tocante con el régimen jurídico de los con-

tratos y, especialmente, en materia de acción resolutoria por incumplimiento de uno de los contratantes, siguió por completo el criterio establecido en el artículo 1546 del Código Civil, pues al efecto dispone el artículo 870: "En caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios".

15. Entonces, examinando de conjunto toda la legislación existente en torno a la consagración de la acción resolutoria en los contratos bilaterales, fácilmente se observa que ella se concede al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir frente al incumplido.

16. Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde.

Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfanaamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.

El precepto contentivo de la acción resolutoria (artículo 1546 del Código Civil) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuan-

do se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal, aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que "en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil ...".

Entonces, en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, vale decir, al mismo tiempo, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presto a cumplir en la forma y tiempo debidos y, la otra no, aquella, tiene a su arbitrio la acción de cumplimiento o la de resolución. Si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones. Por tanto, se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás citada que cuando ninguno de los contratantes cumplía cualquiera de ellos podía demandar la resolución. Se insiste que esta hipótesis, o sea, cuando ni la ley ni la convención bilateral señalan orden de ejecución, o en otros términos, cuando las obligaciones reciprocas deben ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguna tiene la acción de resolución o la de cumplimiento.

Sobre el mismo criterio, a título meramente enunciativo, se pueden ver los fallos de 19 de noviembre de 1923, 10 de febrero de 1930, 3 de julio de 1933, 23 de septiembre de 1936, 30 de agosto de 1939, 2 de febrero de 1940, 10 febrero de 1941, 23 de marzo de 1943, 13 de julio de 1943, 27 de febrero de 1946, 13 de junio de 1946, 17 de junio de 1948, 17 de septiembre de 1954, 16 de febrero de 1956, 28 de febrero de 1959, 31 de enero de 1963, 14 de marzo de 1963, 12 de marzo de 1964, 2 de septiembre de 1964, 15

de noviembre de 1964, 22 de noviembre de 1965, 15 de noviembre de 1967, 9 de junio de 1971, 3 de noviembre de 1971, 12 de agosto de 1974, 7 de octubre de 1976, 10 de marzo de 1977, etc.

17. Entonces, cabe preguntar cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetánea o simultáneamente y así no sucedió?

Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan "mutuo disenso", "resciliación" o "distracto contractual", es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula".

18. La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda forma sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la reciproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las

partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual.

En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y reciproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de desistimiento mutuo del contrato.

Precisamente, la doctrina de la Corte, al considerar que el incumplimiento reciproco y simultáneo de los contratantes con sus obligaciones, trae como consecuencia la disolución por mutuo disenso tácito, sentó como fundamento el hecho de que "las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta; de ahí, por lo que es preciso darle a la reciproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de la desistencia tácita" (Casación Civil 23 de septiembre de 1974, CXLVIII, 246).

19. Regresando a lo preceptuado por el artículo 1602 del Código Civil, se tiene que todo contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causas legales, de lo cual se desprende que los contratos pueden disolverse de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por los motivos previstos en la ley.

Vista la primera forma, o sea, por acuerdo de las partes o mutuo disenso, la segunda, vale decir, por causas legales, se da por ejemplo, cuando ocurre alguna de aquellas eventualidades que establece la ley como fenómenos de disolución del contrato, entre los cuales está la resolución. Esta se produce ante el cumplimiento de la con-

dición resolutoria tácita que se encuentra implícita en los contratos bilaterales, esto es, cuando uno de los contratantes no cumple lo pactado.

Entonces, según lo que se acaba de expresar, no se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que la primera se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (artículo 1546 Código Civil) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (artículo 1602 Código Civil).

Sobre la diferencia existente entre consentimiento mutuo y resolución, como fenómenos de aniquilamiento del contrato, dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1966:

"Como lo enseña el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de donde resulta que los contratos pueden extinguirse o quedar sin efecto de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por motivos previstos por la ley.

"Si la voluntad de los interesados crea el contrato, esa misma voluntad puede dejarlo sin efectos. Concurriendo todos aquéllos que intervinieron en la formación del acto jurídico, éste puede ser extinguido por mutuo acuerdo porque, por regla general, las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen.

"Esta forma de disolución de los contratos constituye, según la doctrina, uno de los casos del fenómeno llamado resiliación —o mutuo disenso—, que consiste en el anonamiento del convenio por el mutuo consenso de las partes. Cuando un contrato ha sido dejado sin efecto por este medio, se dice entonces que ha sido resiliado.

"La otra forma de extinción de los contratos es por causas legales. Entre estas se cuenta la resolución, que es el efecto que produce el evento de una condición resolutoria, cuando por uno de los contratantes no se cumple lo pactado.

"En la resolución se anuncia el contrato no ya por voluntad de las partes, como en la resiliación —o mutuo disenso—, sino

por un motivo legal; la resiliación y la resolución se diferencian, pues, en cuanto a sus causas, que son distintas para uno y para otro caso". (Tomo CXVII, 327).

De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resiliación o mutuo disenso, es impropio hablar de resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones de su cargo y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto. Por demás, la resolución originada en la condición resolutoria tácita la regula el artículo 1546 del Código Civil y el mutuo disenso el artículo 1602 ibidem.

20. Ahora bien, no siempre que ocurra el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución del contrato por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa de desistimiento de la convención, lo cual no se da cuando una de las partes, a pesar del incumplimiento original de una de sus obligaciones, continúa ejecutando oportunamente las demás, en la medida que se vuelvan exigibles, y la parte contraria acepta tal ejecución.

La jurisprudencia de la Corte, en este preciso punto, es la de que "para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que el comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato ..." (Casación Civil 20 de septiembre de 1978, aún no publicada).

21. En la especie de esta *litis*, la realidad procesal pone de manifiesto lo siguiente: a) que ambas partes incumplieron con la obligación simultánea de elevar a escritura

pública el contrato de promesa de permuta; b) que con posterioridad al anterior incumplimiento, la parte demandada cumplió con las otras obligaciones de su cargo, o sea, pagó a la demandante, en las oportunidades acordadas, las sumas de dinero que corrían de su cargo; c) que la conducta asumida por el demandado no puede tomarse como una clara manifestación de desistencia del contrato.

22. Viene de todo lo dicho que el Tribunal, al no despachar favorablemente las súplicas de la demanda, no quebrantó las normas indicadas en la censura, circunstancia por la cual los cargos no prosperan.

Resolución

En armonía con 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 3 de abril de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Lucila Borda de Gómez contra Alvaro Ramírez Castaño.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín, (con salvamento de voto).

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con razones que expresaré lo más sintéticamente que me sea posible, voy a explicar por qué considero un desacuerdo de la Sala haberse apartado en esta Sentencia de la doctrina que prohijó en la del 29 de noviembre de 1978.

Se procuró, en una y otra, resolver el problema de los contratos bilaterales estancados, problema que creaba la antigua doctrina de que, cuando ambas partes contratantes incumplen, ninguna puede pedir la resolución ni el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. En la sentencia del 29 de noviembre de 1978 se llegó a la conclusión de que, si las obligaciones son de cumplimiento sucesivo, el contratante que incumpla después puede ejercitarse cualquiera de las acciones que confiere el artículo 1546 del Código Civil, y si son de cumplimiento simultáneo, cualquiera de los contratantes puede también ejercitarse una de esas acciones, siempre que el demandado no pueda demostrar que él incumplió **PORQUE** el demandante también lo hizo. En la sentencia de la cual me aparto se sostiene que las acciones que confiere el artículo 1546 no pueden ser ejercitadas sino por el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir, y el problema del estancamiento del contrato trata de resolverse mediante el criterio de que, cuando ambas partes incumplen y pueda inferirse que desean prescindir del contrato, hay un mutuo disenso que le pone fin.

No comarto esta revivida tesis, y encuentro que no sirva de solución a los contratos estancados. Véase por qué:

1. La simulación, la nulidad y la resolución no producen efectos por la mera concurrencia de los hechos que las generan. Tienen que ser judicialmente declaradas, esto es, decretadas en sentencia. Así se desprende claramente de los artículos

1766, 1746 y 1546 del Código, respectivamente. En cambio, el mutuo disenso tiene por si sola la plenitud de sus efectos jurídicos, sin necesidad de ser judicialmente reconocido (artículo 1602 *ibidem*). Por lo tanto, en los casos de simulación, nulidad y resolución es la sentencia la que aniquila el contrato, en tanto que en el de mutuo disenso es este mismo, no la sentencia que lo reconoce, lo que deshace aquél.

2. Ahora bien: el mutuo disenso de un contrato solemne, como es el contrato de promesa que dio lugar a este proceso, debe tener la misma solemnidad del contrato del cual se desiste de común acuerdo. En materia de contratos solemnes no cabe mutuo disenso tácito o implícito, de hecho o derivado de los hechos. Así como es imposible desistir, por simples hechos que permitan inferir el consentimiento, de una compraventa o permuto de bien inmueble, o de una hipoteca, así también lo es extinguir, por actitudes o conductas de las partes, un contrato de promesa, que es solemne por documento privado. En Derecho las cosas se deshacen como se han hecho. El mutuo disenso de un contrato solemne, acordado tácitamente por virtud de determinados hechos que permitirían inferirlo, es acto inexistente o absolutamente nulo (artículos 1760 y 1741 del Código). El caso de la sociedad de hecho es excepción que confirma la regla.

3. En el terreno civil y en el comercial, todo acto bilateral (como lo es el mutuo disenso) se forma por el sistema de la oferta y la aceptación. Si se estimara que la demanda de aniquilamiento de un contrato bilateral constituye oferta de mutuo disenso, y que la aceptación por parte del demandado, bien en su respuesta a la demanda o bien en el libelo de reconvenCIÓN, forma el mutuo disenso propuesto por el

demandante, tales manifestaciones de voluntad solamente tendrían la eficacia de un acuerdo si el demandante se hubiera limitado a expresar su voluntad de que el contrato se extinga y el demandado hubiera aceptado esa propuesta pura y simplemente. Mas tal cosa no ocurre en la práctica. No hay que perder de vista que el contrato esté estancado por incumplimiento de las obligaciones de ambas partes, situación que impide, según la sentencia de que me aparto, ejercitar las acciones que otorga el artículo 1546. Qué ganan demandante y demandado manifestando su acuerdo de que el contrato desaparezca? De hecho no estaría produciendo efecto alguno, ni podría producirlo. La demanda de aniquilamiento del contrato carece pues de sentido si el demandante no pide, además, que el demandado le restituye lo que recibió en cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por aquél y le pague también una indemnización de perjuicios. Y muy difícilmente se encontrará en la práctica demandado que acepte desistir del contrato en estas condiciones. Por el contrario: pedirá éste que tales restituciones e indemnización se hagan a favor suyo, no del otro.

La aceptación de la oferta implica que el destinatario de esta adhiera a todos y cada uno de los elementos del negocio jurídico que se le propone, en forma tal que si expresa aceptar con cualquiera modificación de la oferta, así sea meramente accidental o secundaria, no se forma negocio jurídico: hay una nueva oferta o propuesta que el primitivo proponente puede aceptar o rechazar a su vez (artículo 855 del Código de Comercio) y que seguramente será rechazada por el demandante en el caso que examino.

4. Tampoco me parece cierto que el recíproco incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato bilateral signifique, salvo casos de excepción que en la sentencia que objeto se indican, recíproca voluntad de que el contrato desaparezca. Frecuentemente las obligaciones se incumplen por negligencia, descuido o imprudencia,

sin que de tales fenómenos pueda inferirse la intención de prescindir del contrato, el cual, a pesar del incumplimiento culposo, puede ser útil para el contratante incumplidor, quien podrá preferir pagar una indemnización pero conservar el derecho el pago de las obligaciones del otro contratante.

5. Estimo, además, que de la conducta ilícita de incumplir un contrato no puede derivarse válidamente un mutuo disenso. Nadie puede quitarse la carga de un contrato que no le conviene incumpliendo las obligaciones que éste le impone, como nadie pueda tampoco librarse de él cometiendo hechos de violencia o de fraude. En derecho, los hechos ilícitos no son jurídicamente eficaces. Producen efectos que quien los ha cometido no buscó, a diferencia del acto jurídico, que sí es eficaz a los ojos de la ley.

6. Finalmente, en los casos de estancamiento del contrato bilateral por reciproco incumplimiento de las obligaciones de las partes ninguna de éstas pide en la práctica, al formular su demanda, que el contrato se declare extinguido por mutuo disenso. Lo que invariablemente piden es la resolución del contrato, con las restituciones e indemnización consiguientes, todo ello con apoyo en el artículo 1546 del Código. La facultad que tiene el juez de interpretar la demanda no llega hasta el extremo de entender que donde se pide resolución del contrato por incumplimiento, lo que se solicita es "resiliación" por mutuo disenso. Se trata de dos pretensiones radicalmente distintas: por una, se pide unilateralmente que el contrato se resuelva con restituciones a indemnización para el demandante; por la otra, que por acuerdo bilateral entre las partes el contrato se declare extinguido, sin mutuas indemnizaciones.

En mi sentir, el problema ha quedado nuevamente sin solución.

Bogotá, D. E., 5 de noviembre de 1979

Ricardo Uribe Holguín.

DESVALORIZACION POR EL DETERIORO MONETARIO

Daño emergente. Lucro cesante. Condena en abstracto, forma de liquidarse. Incumplimiento de una obligación. Pago teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre diecinueve de mil novecientos setenta y nueve.

Sentencia de Reemplazo elaborada por el Abogado Asistente doctor Ernesto Gamboa Alvarez en el proceso ordinario de Urbanizadora Cadis Limitada contra el Municipio de Ibagué. (Negocio al Despacho del doctor Héctor Gómez Uribe).

Como ya quedó debidamente practicada la prueba de oficio que la Corte consideró necesaria y conveniente para luego dictar la sentencia de reemplazo que corresponde en virtud del fallo de casación del 9 de julio del presente año, proferido en el negocio de la referencia y que casó el de segunda instancia del Tribunal Superior de Ibagué, se proceda a pronunciar el de reemplazo en cuestión, para lo cual, a más de las consideraciones que en él se harán, en gracia de la brevedad deben darse por reproducidas en lo pertinente las motivaciones de la sentencia de casación que le antecede.

Consideraciones

1. No existe reparo en cuanto a los presupuestos procesales, por lo cual es procedente dictar sentencia de mérito.

2. Vale recordar y transcribir, para un mejor entendimiento y desarrollo de esta sentencia de reemplazo, las decisiones que fueron tomadas en primera y en segunda instancia, que en su orden dicen así:

a) El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué resolvió el 15 de mayo de

1976 lo que sigue: “1º Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la acción de rescisión por lesión enorme.

“2º Negar las pretensiones formuladas en la demanda de reconvenCIÓN.

“3º Declarar resuelto por incumplimiento del Municipio, el contrato de transacción celebrado entre las partes mediante documento privado calendado el 11 de mayo de 1962 protocolizado mediante Escritura Pública N° 559 de 16 de mayo de 1962, Notaría Primera de Ibagué.

“4º Declarar resuelto por incumplimiento del Municipio, el contrato de transacción contenido en la Escritura Pública N° 543 del 11 de mayo de 1962 de la misma Notaría.

“5º Declarar resuelto por la misma causal el contrato de obra o urbanización celebrado entre las mismas partes mediante documento privado suscrito el 28 de agosto de 1956 e inscrito en el protocolo por Escritura N° 555 de 13 de junio de 1967 de la Notaría Primera de Ibagué.

“6º Declarar resuelto por incumplimiento del contrato por parte del municipio, la compraventa celebrada entre las partes y que consta en la Escritura N° 998 de agosto de 1956 de la Notaría Primera de esta Ciudad.

“7º Por declararse resuelto el contrato de transacción queda sin efectos de cosa juzgada lo decidido por el Juzgado Tercero Civil de este Circuito al aceptar dicho acuerdo.

“8º El municipio de Ibagué es responsable por el incumplimiento de los contratos y en consecuencia debe pagar a la

parte demandante, Urbanizadora Cadis Limitada hoy 'Inversiones Yanhure y Edefan Limitada', a título de indemnización compensatoria los perjuicios causados con su incumplimiento consistente en el daño emergente y el lucro cesante.

"9º El municipio debe restituir a la empresa demandante dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de este fallo la suma de trescientos veinte mil pesos (\$ 320.000,00) que ésta dio como parte del precio más los intereses del seis por ciento (6%) anual desde que se hizo el respectivo pago hasta cuando se verifique totalmente el reintegro.

"10. Comunicar mediante oficio a la notaría y a la oficina de Registro respectivos.

"11. Para la determinación del '*quantum*' a pagar por lucro cesante sígase el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil teniendo en cuenta las bases que se han dado en la motivación de este fallo".

b) Es pertinente reproducir el punto 5º de las motivaciones del juzgado, que guarda íntima relación con las bases para liquidar la condena en abstracto y que dice: "b) Lucro cesante- Consiste en la utilidad que la actora habría podido percibir por la construcción de la obra encomendada por el mismo vendedor, el Municipio de Ibagué, efectuada dentro de los términos del contrato y los Acuerdos en el capítulo anterior mencionado y especialmente:

"1. Inversión de un millón de pesos (\$ 1.000.000,00) en construcción de casas de tipo residencial durante un término de diez años a partir de 1963 hasta el año de 1972 inclusive, invirtiendo, en interpretación y desarrollo del contrato la mencionada suma en partes iguales durante dichos diez años.

"2. Sacar el número de metros cuadrados de terreno que ha podido construir la Empresa durante un daño con inversión de pesos como promedio y la ganacia obtenida con la venta del terreno y casas construidas durante el respectivo año, dando por supuesto que cada año iba vendiendo las casas que iba construyendo.

"3º Del valor total que en promedio arroje el terreno construido debe restarse

el valor de las obras a que el municipio se comprometió.

"4. Debe incluirse en esta liquidación del lucro cesante los intereses legales del seis por ciento (6%) anual de la ganacia o utilidad líquida de cada uno de los años, desde cuando se verificó la venta, hasta cuando se realice el pago.

"5. El valor total a pagar por este concepto de lucro cesante deberá ser proporcional al porcentaje pagado del precio total acordado por las partes para la compraventa.

"6. En todo caso se tendrá en cuenta lo dicho en la parte considerativa de esta sentencia".

c) Luego, el Tribunal Superior de Ibagué se pronunció el 26 de octubre de 1976: así: "1º Reformar la sentencia de primera instancia en el sentido de que, para la determinación de la cuantía líquida del lucro cesante, mediante el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, no se tendrá en cuenta, para descontar de su monto total, la proporción al porcentaje del precio pagado, a que se alude en el numeral 5º de la parte motiva final del fallo de primera instancia.

"2º En todo lo demás, CONFIRMA la sentencia materia de la presente apelación.

"3º No es el caso de hacer condenación en costas".

3. Y sea de recordar que la Corte casó la sentencia del Tribunal únicamente en cuanto prosperó el cargo quinto de la demanda de casación del demandante recurrente, y que rechazó todos los demás cargos de las partes, relacionados con aspectos diferentes y autónomos del que fue objeto del que sí prosperó.

En este particular quiere ahora la Corte hacer referencia, en la medida necesaria, a los considerandos que le sirvieron para acoger el cargo en cuestión y que estructuraron el fallo de casación en cuya virtud se está pronunciando esta sentencia de reemplazo.

4. Con este bien entendido es fácil comprender que las decisiones de declarar resueltas por incumplimiento del municipio de Ibagué los contratos de venta y de transacción y de ejecución de obras a que se

refiere la demanda de instancia, celebrados con Urbanizadora Cadis Limitada y, consecuencialmente proferir condena en contra del demandado, para obligarlo a resarcir al demandante de los perjuicios por todo el daño emergente que a éste le causó, según se vio al despachar el referido quinto cargo, cobran todo su vigor. Y las demás resoluciones de la sentencia impugnada, que a su vez había acogido en gran parte la del inferior conforme aparece de las anteriores transcripciones, deberán ser reproducidas en lo pertinente por cuanto no fueron atacadas, o si lo fueron el ataque no prosperó, conforme se analizó al despachar el recurso extraordinario.

5. Dentro del cómputo del daño emergente que debe resarcir el demandado a la demandante, y al tener en cuenta el factor de la desvalorización monetaria experimentada por las sumas de \$ 125.000.00, \$ 62.500.00, \$ 62.500.00 y \$ 70.000.00 que entregó al demandado el 28 de agosto de 1956, el 28 de agosto de 1957, el 28 de agosto de 1959 y al 18 de diciembre de 1962 respectivamente, computada dicha desvalorización desde esas épocas hasta cuando quedó establecida mediante la prueba de oficio ordenada por la Corte, es de notar que para el 25 de agosto de 1975, fecha en la cual apareció comprobada esa desvalorización en el expediente, ascendía a \$ 2'018.734.42 según dictamen pericial y certificado anexo, del 22 de septiembre y del 28 de agosto de 1975 que obran a folios 44 a 68 del cuaderno Nº 3.

Esta cifra no incluye los \$ 320.000.00 que el demandado recibió de la demandante como parte del precio de la compraventa cuya resolución se ha decretado.

Y del 25 de agosto de 1975 hasta la fecha en la cual se ordenó y se practicó la prueba oficiosa decretada por la Corte, aparece según la certificación del Banco de la República contenida en oficio SGJ-10269 del 8 de agosto de 1979 (folios 101 a 102 del Cuaderno Nº 7), que del 25 de agosto de 1975 a junio de 1979, fecha para la cual se dictó el fallo de casación, la desvalorización o pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano fue del orden del 56%, o sea que, de conformidad con las consideraciones de dicho certificado, un peso (\$ 1.00)

en junio de 1979 equivale a cincuenta y seis centavos (\$ 0.56) en agosto de 1975.

6. No sobra mencionar que es casi imposible señalar el factor exacto de desvalorización de la moneda cuando se trata de computarlo en función del pago de una suma de dinero decretado en una sentencia, pues aunque en algunas ocasiones se ha sostenido que el factor de la desvalorización debe referirse al momento en que se presentó la demanda o en que se traba la relación jurídico-procesal, ello no es equitativo dado que en el transcurso del litigio, en veces demorado y susceptible de entorpecerse por obra de alguna de las partes, tal factor sigue sufriendo variaciones hasta el punto que una cifra en la cual ya se hubiera computado ese ingrediente al iniciar la demanda, viene a ser irrisoria o inequitativa al terminarse el pleito varios años después.

De ahí que la Corte considere aceptable, el que pueda computarse la desvalorización para la fecha más próxima a la del pago, o sea en la última etapa procesal para allegar pruebas, que en esta ocasión lo ha sido inmediatamente antes de proferirse la sentencia de reemplazo.

Y valga observar, aunque por lo general no es lo que sucede, que bien podría darse el caso inverso o sea el de la valorización monetaria y que, de pretender partir de un punto fijo como lo es la presentación de la demanda o la notificación de su auto admisorio, para ahí encadenar la valorización o desvalorización existentes en ese momento, se podrían cometer graves injusticias cuando ya viniera más tarde a dictarse la sentencia, siendo así que en el intervalo los índices respectivos, posiblemente y con características de hecho notorio, con seguridad sufrirán perturbante variación.

7. Al aplicar a la cifra por desvalorización que existía el 25 de agosto de 1975 el porcentaje del 56% desde esa fecha hasta junio de 1979, o sea al tener en cuenta que un peso de 1979 equivale a cincuenta y seis centavos de 1975, la operación aritmética arroja una desvalorización adicional de \$ 1.837.577.06, que agregada a la desvaloración inicial da un total de desvaloración o daño emergente experimenta

tado por el comprador demandante, y que debe resarcirle el vendedor demandado, en cuantía de \$ 3.856.311.46.

Es de advertir, como ya se dijo, que esta cifra representa únicamente la desvalorización por el deterioro monetario experimentado desde cuando las varias partidas del precio fueron entregados al vendedor incumplido, deterioro computado hasta junio de 1979.

8. Además el vendedor incumplido deberá restituir al demandante la suma de \$ 320.000.00, no a título de indemnización de perjuicios sino de prestación mutua resultante de la resolución del contrato de compraventa, o sea de simple devolución de lo recibido en virtud de un contrato que se declaró resuelto, cifra que no contiene agregado alguno por concepto de perjuicios, pero sí, conforme lo establece la ley y quedó incólume al ataque en casación del recurrente-demandado, debe devolverse con sus frutos, o sea con intereses a la tasa legal del 6% anual desde la fecha en que recibió tales cantidades dicho demandado hasta cuando verifique el pago.

9. Al continuar con las motivaciones de la sentencia de reemplazo en este proceso, corresponde resolver lo relativo a la condena por lucro cesante, que Juzgado y Tribunal hicieron en abstracto, para lo cual debe tenerse en cuenta que los cargos que contra dicha determinación formuló el demandante-recurrente, en orden a que tal condena abstracta se convirtiera en concreta, no prosperaron por uno u otro motivo y, en consecuencia, la Corte no puede en esta sentencia de reemplazo transformar en concreta una condena que quedó incólume pero con carácter de abstracta, después de haberse surtido precisamente sobre ese tema y en forma infructuosa el recurso extraordinario de casación.

Sin embargo es de notar que tanto las sentencias de instancia como la misma de casación, al tratar el tema de la condena en abstracto y especialmente de cómo puede llegarse a su liquidación a través del procedimiento pertinente que al efecto señala el Código de Procedimiento Civil, sirven para dejar aclaradas en lo posible como lo ordena dicho código, las bases conforme a las cuales debe liquidarse tal con-

dena, pues entiende la Corte, especialmente al cumplir su misión de dictar sentencias de reemplazo una vez que ha casado el fallo impugnado, que es no solo de conveniencia general y particular sino inclusive un deber procesal en orden a la cumplida satisfacción de los derechos sustanciales de las partes y en guarda de la debida economía del trámite, precisar al máximo y en todo lo posible las resoluciones y condenas que le corresponda decretar, con el fin de lograr la efectividad de los derechos confiados a la justicia y la mayor seguridad para quienes hayan sido parte en los procesos.

10. Con estas referencias que la Corte no juzga ociosas, es conveniente recordar que la resolución decretada por la justicia en este proceso abarca no solo, como a primera vista pudiera parecer, el contrato de compraventa que Cadis Limitada celebró con el Municipio de Ibagué, sino también el simultáneo contrato para la construcción de obras de urbanización y los posteriores contratos relativos a ese negocio, incluyendo el de transacción que ante un juez de Ibagué convinieron en su época las partes.

Y también, conforme lo acreditan los autos, es indispensable tener de presente que el Municipio de Ibagué tenía plena conciencia de que la firma compradora adquiría el inmueble en cuestión para desarrollar allí precisamente un negocio de urbanización, cuyas obras preliminares correrían en parte a cargo del mismo Municipio y en mayor parte a cargo de la Urbanizadora. Y que asimismo la compradora se obligó a desarrollar la urbanización en un determinado plazo, con inversiones dentro de él también estipuladas en una suma no menor de un millón de pesos.

11. Es obvio, con verdad de cosa juzgada, que el incumplimiento del Municipio en la entrega de los terrenos vendidos y en la ejecución de las obras de urbanismo a su cargo, fue causa determinante de las pretensiones de la compañía urbanizadora para lograr la resolución de los contratos de venta, de ejecución de obras y de transacción.

Y también lo es que la compañía, como su nombre lo indica al público y como aparece de su objeto social registrado en la

Cámara de Comercio de Ibagué, tiene por objeto social principal el consistente en desarrollar negocios de urbanización.

De ahí que, conforme se predicó a espacio en las sentencias de instancia y también con no tanta profundidad, por no haber sido el caso, en la de casación, el lucro cesante que debe indemnizar el municipio incumplido es el que corresponda a la ganancia o utilidad que el negocio no solo de compra del inmueble sino de su posterior urbanización y venta, habría de reportarle a la compañía demandante.

12. Sobre el particular obra en el expediente un detenido y ponderado dictamen pericial de dos expertos en la materia, que, acudiendo a un sinnúmero de factores, se traduce en una liquidación año por año de las utilidades que el negocio de urbanización habría de reportarle en este caso a la compañía demandante.

Los peritos convinieron en hacer este cálculo con base en que las obras y ventas respectivas se efectuarían en el curso de 8 años contados a partir de la fecha estimada en que las obras iniciales de la urbanización estarían terminadas, y en su estimación llegaron a establecer la utilidad que la demandante habría de recibir al cabo de cada una de esas anualidades.

Este cálculo en principio parace correc-tamente realizado pues, si se compara con el que puede hacerse mediante otros factores que las mismas leyes y sus reglamentos prescriben para establecer la utilidad en los negocios de urbanización, como consta en las normas oficiales que al efecto se aplican por la División de Impuestos Nacionales (Decreto 2375 de 1974), permite en principio concluir que las cifras dadas por los peritos merecen acogida.

Al efecto y por vía de ejemplo, si se analiza un negocio de urbanización, para concluir si produce utilidad o no, y en caso afirmativo cuánto es ésta, en forma sencilla y fácil se puede hacer el cálculo correspondiente comparando el costo de la urbanización, o sea de los terrenos y de las obras, con los precios de venta reales y estimados, consistiendo la utilidad en la diferencia que exista entre los precios de venta y los costos, si aquellos fueren su-

periores a éstos, o arrojando perdida en caso contrario.

Tan sencillo enunciado admite la variante que podría aplicarse al caso de autos, y que trae el peritaje, consistente en que los costos no sean fijos desde un comienzo, y que a la vez los precios de venta tampoco sean unitariamente iguales, especialmente cuando se trata del desarrollo de urbanizaciones a mediano o largo plazo.

En estas condiciones el cálculo tampoco es difícil, pues en síntesis equivale a establecer o estimar para cada año el costo de lo que en ese mismo año se venda. La diferencia entre la venta y el costo será la utilidad de dicho año, si aquella fuere mayor que éste.

Y posteriormente para cada uno de los subsiguientes se reajustará el costo, bien sea por aumentos reales o por desvalorización monetaria, (caso éste en que la desvalorización disminuirá las utilidades, se nota) y simultáneamente el precio de venta se elevará en la medida en que se considere adecuado, pues de mantenerse inalterable dicho precio y dada la progresión en que aumentan los costos de esta clase de negocios, irremediablemente se produciría una pérdida.

Así, la fijación real de los costos para cada año y la correlativa de los precios de venta, mostrarán por comparación el verdadero resultado del negocio.

13. Las bases que se acaba de exponer, además de las contenidas en las sentencias de instancia, que atrás se transcribieron, son suficientes para indicar en qué forma debe liquidarse la condena en abstracto que por indemnización del *lucro cesante* se ha pronunciado en este negocio, y que corre a cargo del demandado y a favor de la demandante, siendo de notar que tal vez lo mismo se quiso expresar, o sea “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación” y que se trata “de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato” (Artículos 1614 y 1616 del Código Civil), en las motivaciones de la sentencia del juzgado, modificadas tangencialmente por el fallo del Tribunal, conforme ya transcribió.

14. En conclusión, las bases que aparecen en las decisiones de instancia, combinadas con las que se acaban de exponer por vía aclarativa en ésta de reemplazo, serán las que deben tenerse en cuenta para liquidar en su oportunidad por el trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil dicha condena en abstracto, no sin notar que conforme a lo resuelto por Juzgado y Tribunal, y que en el punto quedó incólume al específico ataque en casación del demandado-recurrente, el cálculo o el resultado del cálculo de las utilidades en cada anualidad a favor de la compañía demandante debe aparejar a su favor un interés del 6% anual desde el vencimiento de cada anualidad hasta cuando el pago se verifique, conforme resultó del despacho del tercer cargo de la demanda de casación del demandado-recurrente.

Resolución:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, profiere en este proceso su sentencia de reemplazo consecuencial a haber casado la de segunda instancia del Tribunal de Ibagué y RESUELVE en su lugar:

Primero. Confírmanse los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10 de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, con la aclaración para el ordinal 9º, de que el Municipio de Ibagué recibió la suma de \$ 320.000.00 así:

\$ 125.000.00 el 28 de agosto de 1956;
62.500.00 el 28 de agosto de 1957;
62.500.00 el 28 de agosto de 1959;
70.000.00 el 18 de diciembre de 1962.

\$ 320.000.00.

Los intereses sobre estas sumas, al 6% anual, se computarán desde las fechas en que respectivamente fueron entregadas hasta cuando su pago se verifique.

Segundo: El Municipio demandado deberá pagar a la sociedad demandante, como daño emergente por concepto de la desvalorización monetaria experimentada por la citada suma de \$ 320.000.00, la cantidad de tres millones ochocientos cincuenta y seis mil trescientos once pesos con cuarenta y seis centavos (3'856.311.46).

Tercero. Confírmase el numeral 11 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, con la siguiente modificación; para la determinación de la cuantía líquida del lucro censante, mediante el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, no se tendrá en cuenta, para descontar de su monto total, la proporción al porcentaje del precio pagado, a que se alude en el numeral 5 de la parte motiva final del fallo de primera instancia.. Y ordénase que para la liquidación de tal condena en abstracto, deberán tenerse en cuenta, además de las motivaciones de las sentencias de instancia, también lo de las sentencias de casación y de la presente de reemplazo dictadas por la Corte.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso de casación (artículo 392 del Código de Procedimiento Civil).

Cópíese, notifíquese, y publíquese conjuntamente con la sentencia de casación y devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

S I M U L A C I O N

En el fenómeno de la simulación, no existen dos operaciones, una pública y otra privada, sino "una entidad negocial única". Sociedad conyugal. Régimen de bienes

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

Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Como quiera que, por sentencia del primero de agosto último, se casó la que había proferido en este proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, la Corte quedó colocada en posición de juzgador de segunda instancia y debe proceder a dictar el fallo de segundo grado que ha de reemplazar al que fue aniquilado en virtud de la prosperidad del recurso de casación interpuesto y sustentado por la parte demandante. A ello procede enseguida.

I

El litigio

1. Ana Francisca Agudelo de Mejía demandó a su marido Conrado Mejía Barreneche y a Mariela Restrepo Villa para que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que es simulada la compraventa contenida en la Escritura número 96 pasada ante el Notario 29 de Fredonia el 8 de febrero de 1978 y que, consecuencialmente, los inmuebles, objeto de ese contrato, deben volver, con sus frutos, al haber de la sociedad conyugal Mejía-Agudelo, disuelta por sentencia

judicial y en estado de liquidación, con sanción para el marido, por su fraude, consistente en la pérdida de sus gananciales en esos bienes y obligación de restituir su valor doblado.

Con posterioridad se acumularon a este proceso los que la demandante había promovido contra Adolfo Posada Trujillo, Gerardo Colorado y Fanny del Socorro Velásquez Restrepo.

2. Como estribo de sus pretensiones, Ana Francisca manifestó que contrajo matrimonio católico con Conrado Mejía Barreneche, unión en la cual procrearon una hija; que, desde hace varios años, Conrado las abandonó y hoy hace vida marital con Mariela Restrepo Villa de quien tiene dos hijos; que, habiendo sabido que Ana Francisca iba a proponer demanda de separación de cuerpos, Conrado, de manera precipitada, corrió a enajenar ficticiamente los bienes sociales que figuraban en cabeza suya, para sustraerlos, de esta manera, a la partición de bienes que en su momento había que llevar a cabo, pues por el hecho del matrimonio se había formado sociedad de bienes entre los cónyuges; que entre las enajenaciones hechas se cuentan: a) la venta que por la Escritura 96 antes citada hizo a Mariela Restrepo Villa de un lote de terreno con la casa de habitación y los seis locales en él construidos y de un edificio de tres pisos y el terreno que lo sustente, contrato en que el precio se fijó por debajo del avalúo catastral que resulta ser inferior al precio comercial; b) la venta

que, por Escritura 101 del 11 de mayo del mismo año, hizo a Adolfo Posada Trujillo de un edificio de dos plantas, conformado por una casa de habitación y locales comerciales, en que el precio se fijó por debajo del avalúo catastral que es inferior en mucho al precio comercial; c) la venta que, por Escritura 104 del 15 de marzo del mismo año hizo a Gerardo Colorado de un edificio de dos pisos, con dos casas de habitación en cada planta, cuyo precio se fijó por debajo del avalúo catastral que es mucho menor que el valor comercial; y d) la venta que, por Escritura Nº 108 del 15 de marzo del mismo año, hizo a Fanny del Socorro Velásquez Restrepo de un derecho sobre un lote de terreno con la casa de habitación en él levantada, cuyo precio quedó por debajo del avalúo catastral y de su justo valor comercial; que las enajenaciones apuntadas, hechas a testaferros, tienden exclusivamente a menoscabar el monto del derecho a ganancias que tiene la demandante; que es irrisorio el precio de las distintas ventas; que Conrado Mejía después de hechas las enajenaciones dichas, siguió comportándose como propietario pleno de los inmuebles vendidos, ya que continuó recogiendo sus frutos.

3. Con oposición de los demandados se adelantó la primera instancia que culminó, después de haberse practicado las pruebas que los contendientes pidieron, con fallo adicionado luego, en que se decidió:

"^{1º} Declarase que los contratos de comapraventa celebrados por el señor Conrado Mejía Barreneche, en favor de María Mariela Restrepo Villa, Fanny del Socorro Velásquez Restrepo, Adolfo Posada Trujillo y Gerardo Colorado, constituidos mediante las Escrituras números 96 de 8 de marzo de 1975; 108 de 15 de marzo de 1975; 101 de 11 de marzo de 1975; y 104 de 13 de marzo de 1975 respectivamente, son simulados de simulación absoluta, por las razones dadas en el cuerpo de esta providencia.

"^{2º} Como consecuencia de la anterior declaración, todos los bienes inmuebles relacionados en todos y cada uno de los documentos indicados en el acápite anterior, pertenecen a la sociedad conyugal formada por los esposos Conrado Mejía Barre-

neche y Ana Francisca Agudelo, la cual fue disuelta por decisión judicial y en consecuencia entrarán a formar parte del haber patrimonial y tenerlo en cuenta al momento de liquidar la citada sociedad.

"^{3º} No se condenará al pago de los perjuicios de que trata la petición quinta del libelo demandatorio, en razón de que no fueron demostrados en el curso del proceso.

"^{4º} No se accederá a la restitución de los frutos civiles y naturales producidos por los bienes inmuebles durante el curso del proceso, en virtud de que éstos deben dilucidarse en la respectiva liquidación de la sociedad conyugal disuelta.

"^{5º} Condénase en costas a la parte demandada, en un ochenta por ciento (80%), por no haber prosperado todas las pretensiones de la demanda, las cuales serán a favor de la parte demandante.

"^{6º} Una vez ejecutoriada esta providencia, librese los oficios correspondientes, para el señor Notario Segundo de esta cabecera y la oficina de Registro de II PB., Seccional de Fredonia, comunicándoles esta determinación, a objeto de que procedan a la cancelación de los documentos constituidos mediante las Escrituras números 96 de 8 de marzo de 1975; 108 de 15 de marzo de 1975; 101 de 11 de marzo de 1975 y 104 de 13 de marzo de 1975 y el registro de los mismos...".

Esta sentencia fue adicionada luego por la de 21 de octubre de 1977, en la que se dispuso absolver al cónyuge Conrado Mejía Barreneche de perder la porción conyugal (sic) que le pueda corresponder en los bienes descritos y de la obligación de restituir a la demandante su valor doblado.

Ambas partes apelaron de lo resuelto por el Juez *a quo*. La Corte, en virtud de lo arriba dicho, procede a desatar el doble recurso de apelación, previas las consideraciones que enseguida se exponen.

4. Como tanto la demanda introductoria de este proceso, como las con que se iniciaron los autos que a éste fueron acumulados, llenan los requisitos de ley exigidos para las de su clase, síguese que está satisfecho el presupuesto procesal de demanda en forma; y como la competencia para conocer la tuvo en primera instancia

el Juez civil del circuito y la tiene ahora la Corte que actúa como Tribunal de segunda instancia, queda satisfecho este otro presupuesto. Finalmente, siendo todas las partes contendientes individuos de la especie humana y, además, mayores de edad que han actuado a través de apoderados judiciales idóneos, sigue que también quedaron satisfechos los presupuestos procesales de capacidad para ser parte y para comparecer al proceso.

5. La pretensión del demandante en todas las demandas acumuladas, no es otra que la de simulación absoluta de los contratos que Conrado Mejía Barreneche dijo celebrar con cada uno de los demandados por medio de las escrituras puntualizadas atrás.

6. No obstante que la cónyuge Ana Francisca Agudelo de Mejía no fue parte en los mencionados contratos de compraventa, en virtud de que para cuando éstos fueron celebrados era la esposa del vendedor y que cuando demandó la simulación ya había presentado demanda de separación de bienes contra su marido, es claro que aquélla está legitimada para atacar los actos o contratos que Conrado Mejía Barreneche, su esposo, hubiera ejecutado o celebrado en perjuicio del derecho que la ley le da a participar en los gananciales, así no estuviera vigente la sociedad conyugal para entonces. La potestad concedida por la Ley 28 de 1932 para que, mientras no se haya disuelto la sociedad conyugal, cada consorte pueda disponer libremente de los bienes sociales que están radicados en su cabeza, no es tan amplia que por esa vía pueda uno arrasar con el derecho que el otro tiene a gananciales.

7. Negocio simulado, según la clásica definición de Francisco Ferrara, es el que tiene apariencia contraria a la realidad, ora porque es distinto de como aparece, ora porque en verdad no existe. La simulación, pues, es de dos clases: relativa, cuando el verdadero querer de los contratantes, cuando el real acuerdo de voluntades se oculta a los terceros a quienes se muestra uno diferente, que no es el realmente querido por las partes; y la simulación es absoluta, cuando se declara existir contrato entre quienes nada han consentido. Así, en

el evento de que los simuladores esconden bajo la apariencia de compraventa, contrato que es de donación o cuando declaran vender a Juan ocultando que el verdadero comprador es Pedro, o cuando declaran que el precio es uno siendo realmente mayor o menor, etc., realizan simulación relativa. Pero cuando se declara haberse celebrado contrato de compraventa no habiéndose celebrado convención alguna, entonces la simulación es absoluta. En la simulación relativa se oculta la verdad, en la absoluta se aparenta una que no existe; en aquella se disimula, en ésta se simula.

Conviene precisar, rectificando el criterio expuesto por el Juez a quo, que hace más de una década la Corte abandonó la tesis dualista de la simulación que veía en este fenómeno la celebración de dos actos jurídicos: uno público, desprovisto por las mismas partes de obligatoriedad entre ellas, y otro privado que contenía el verdadero querer de las partes y que las vinculaba realmente, regulando entre ellas las relaciones jurídicas nacidas del mismo y que, por consiguiente, desnudada de efectos, para las partes, el acto público, aparente u ostensible. Con fundamento en los artículos 1502 y 1518 del Código Civil que en los negocios jurídicos, dan primacía a la intención de las partes cuando difiere de la declaración hecha por las mismas, se ha sostenido que en el fenómeno de la simulación, no existen dos operaciones, una pública y otra privada, sino "una entidad negocial única"; no hay allí un doble contrato, sino uno mero, pero los simulantes convienen en hacer dos declaraciones, una, la aparente o pública, que se exterioriza erga omnes, y otra, la privada, que contiene la verdadera intención de las partes y que es la que ha de regir sus relaciones jurídicas.

8. En el caso *sub judice*, como luego se demostrará al hacer el análisis de la prueba, aparece que Conrado Mejía Barreneche, quien hacía muchos años estaba separado de facto de su legítima mujer, el filtrarse la noticia de que éste había iniciado gestiones para demandarlo en proceso de separación de cuerpos para obtener la disolución de la sociedad conyugal

que, por el hecho del matrimonio, existía entre ellos, realizó en corto tiempo y con personas de su confianza actos de enajenación de inmuebles que por haber sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, en el evento de disolverse la sociedad podían ser materia de partición entre los cónyuges. Simuló, entonces, vender varias fincas, no obstante que no tuvo intención de transferir el dominio ni, por parte de los compradores, hubo propósito de adquirirlo. Todos fueron actos simulados absolutamente, pues la declaración pública iba dirigida a crear entre los asociados la falsa imagen de un negocio jurídico nunca ajustado realmente.

9. Acreditado aparece que Conrado Mejía y Ana Francisca Agudelo celebraron matrimonio católico el 31 de enero de 1944 (Véase certificado notarial del folio 38 del cuaderno de la Corte) y que el 3 de abril de 1975 se presentó por la cónyuge demanda de separación de cuerpos contra Conrado, libelo que fue admitido por auto del 7 del mismo mes (folios 98 a 101 del cuaderno 6º). Está demostrado también con las copias de las respectivas escrituras (folio 1 del cuaderno 1º, folio 1 del cuaderno 3; folio 2 del cuaderno 4º, y folio 1 del cuaderno 2º) que Conrado Mejía, ante el notario del círculo de Fredonia, vendió los días 8, 11, 13 y 15 de marzo de 1975, varios inmuebles que había adquirido durante el matrimonio, así: a María Mariela Restrepo los predios números 3535 y 4249; a Adolfo Posada Trujillo el número 1086; a Gerardo Colorado los números 3217 y 3710, y, finalmente, a Fanny del Socorro Velásquez Restrepo el número 2506; del mismo modo brota que a estos predios, respectivamente, se les fijó el siguiente precio de venta, tienen uno catastral y fueron evaluados así:

No. del predio	Precio de venta	Valor catastral	Avalúo comercial
3535	\$ 50.000	\$ 75.000	\$ 370.000
4249	\$ 100.000	\$ 120.000	\$ 650.000
1686		\$ 200.000	\$ 320.000
3217	\$ 35.000	\$ 38.821	\$ 160.000
3710	\$ 35.000	\$ 44.000	\$ 280.000
2506	\$ 40.000	\$ 113.468	\$ 287.500

Tal se deduce de la confrontación del dictamen pericial que obra a folios 163 a 165 del cuaderno 6, ampliado luego en escrito que se ve a los folios 181 a 183, con los respectivos títulos de enajenación en los que también figura el valor catastral.

Está acreditado igualmente con declaraciones de testigos y con prueba de confesión, que los supuestos compradores son: Mariela Restrepo Villa, desde hace años la amante de Conrado Mejía, con quien tiene descendencia natural; Adolfo Posada y Gerardo Colorado, amigos de plena confianza de Conrado, lo mismo que Fanny Velásquez; de la misma manera se acreditó que todas estas personas son de escasos recursos económicos, que no podían normalmente desembolsar sumas como las que, en las escrituras de compraventa, se dicen que pagaron de contado. (Véanse declaraciones de Oliverio Betancur, conductor al servicio de Conrado Mejía, al folio 4 del cuaderno 6, Inés Garzón Ríos al folio 10 del mismo cuaderno, Luis María Londoño Patiño folio 21, Julio Zuluaga, cuya declaración se ve al folio 6 vto.; Juan Bautista Sánchez folio 12 y véanse también los interrogatorios de parte absueltos por Conrado Mejía, Mariela Restrepo y Adolfo Posada).

Prueba plena existe de que, no obstante haberse llevado ante notario el cúmulo de enajenaciones memoradas, y de que el precio de las distintas compraventas se dijeron haberse pagado de contado, el aparente vendedor, sobre los inmuebles que vendió, siguió ejecutando los mismos actos de aprovechamiento que ejecutaba antes de la enajenación, pues continuó arrendándolos, percibiendo sus frutos civiles, y no sólo ello, sino que, contra toda lógica, continuó sufragando los gastos que demandaban sus reparaciones. Los presuntos compradores, con excepción de Mariela

Restrepo, amante de Conrado, continuaron desentendidos de la administración y goce de esos bienes como si nunca los hubieran adquirido. ((Véanse las declaraciones de Julio Zuluaga, Inés Garzón, Enrique Londoño (folio 87 del cuaderno 60), Benigno Jiménez, folio 87 vto., del mismo cuaderno, Otilia Hernández (folio 165 v.) y Carmen Rosa de Colorado, esposa del demandado Giraldo Colorado, (folio 168 a 170).

Finalmente surge otro indicio de fuerza probatoria excepcional: en todos los contratos impugnados por simulación, el único vendedor es Conrado Mejía. No obstante esta circunstancia, cada uno de los cuatro compradores dio poder al mismo abogado elegido por aquél para defenderlo, a pesar de que habían pagado de contado el precio de las compras y ninguno le denunció el pleito, demostrando de otro lado una pasividad incompatible con el comportamiento que normalmente debe demostrar quien ve en peligro todo su activo matrimonial.

Todo conduce, pues, a la demostración de que los distintos actos de enajenación celebrados por medio de las escrituras públicas puntualizadas arriba, lo fueron únicamente en apariencia, para crear en el público la falsa imagen de unos contratos de compraventa, para eludir de esa manera las consecuencias que podrían aparejarse a Mejía Barreneche un decreto de separación de cuerpos y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal. El aparente vendedor ningún negocio jurídico celebró con los presuntos compradores. Estos y aquél se coludieron para dar la apariencia de que entre ellos se habían ajustado los contratos de compraventa aquí combatidos, y así lo declararon públicamente, revistiendo sus manifestaciones de las solemnidades propias de la Escritura Pública para hacer más atendible la simulación. Pero en el fondo ningún negocio jurídico celebraron, pues la farsa iba encaminada solamente a que esos bienes no entraran como cosas partibles al liquidarse la sociedad conyugal. Para la Corte, como para el juez de instancia, está plenamente demostrada la simulación absoluta de los actos atacados y así ha de decla-

rarse confirmado la sentencia de primera instancia.

No se podrá acceder, no obstante la mala fe con que obró Conrado Mejía Barreneche, a sancionarlo con la pena que fulmina el artículo 1824 del Código Civil para el cónyuge que dolosamente hubiere distraído alguna cosa de la sociedad, pues esta norma no puede interpretarse con amplitud, sino en forma restrictiva por su naturaleza punitiva. La Corte pues, confirma su criterio de que la sanción no es aplicable cuando los actos simulados de enajenación fueron ejecutados por quien para entonces tenía la facultad de disponer de los bienes y para cuando por no haberse demandado aún la separación de bienes, la sociedad conyugal tenía plena existencia y no había sido disuelta. (Artículo 1824 del Código Civil).

En cambio, será modificada la resolución del *a quo* sobre frutos, porque si, como consecuencia de la declaración de simulación, debe condenarse a los demandados a restituir los bienes a la sociedad conyugal ya disuelta, los frutos producidos por estos bienes a partir de la ejecutoria del decreto judicial de separación pertenecen a dicha sociedad y no puede el cónyuge, así el título de propiedad estuviera en su cabeza, disponer de los frutos civiles ni naturales. Y como no se probaron otros perjuicios, habrá de confirmarse lo resuelto sobre el punto en el aparte 3º de la sentencia del *a quo*.

10. *La sociedad de bienes que se crea entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, se prolonga, sin excepciones, hasta cuando, por ocurrir cualquiera de las causales indicadas en el artículo 1820 del Código Civil, la sociedad se disuelve. Su existencia, pues, no se ve menoscabada porque los consortes se separan de hecho o porque alguno o ambos contraigan nuevas nupcias a pesar de la existencia del vínculo anterior. Esa primera sociedad, que es la única, seguirá acrecentándose, mientras no se disuelva, con las contribuciones a que se refiere el artículo 1781 ibidem, pues la ley para ello no distingue si los casados viven o no en armonía y si, incumpliendo sus deberes se han separado de hecho, o si, quebrantando abiertamente la ley colombiana,*

biana que rechaza tanto la poligamia como la poliandría, han celebrado nuevas nupcias, así estas se realicen en el exterior.

Como se dijo en la sentencia de 1º de pasado: "La consideración acogida por el Tribunal, relativa a que el derecho de gananciales se funda en la ayuda mutua que se deben los cónyuges, y que, por tanto, el casado que incumple sus deberes de tal no tiene derecho a que se tomen como sociales los bienes adquiridos onerosamente por su consorte durante el estado de separación de hecho o de incumplimiento, carece de soporte legal. Patrocinar tesis tal llevaría, a contrario sensu, a sostener que si los cónyuges están legalmente separados de bienes y luego se reconcilian privadamente y hacen vida de hogar, cada uno, no obstante estar disuelta la sociedad y contra el expreso mandato del artículo 16 del Decreto 2820 de 1974, tendría parte en las ganancias que resulten de la administración del otro.

"Todo depende del régimen de bienes que escojan los esposos. Si por no otorgar éstas cavitulaciones matrimoniales, quedan sometidos al régimen legal de sociedad, entonces sus reglas serían las aplicables y no otras, puesto que, de otro modo, resultaría que, sin haberse disuelto la sociedad, podrían aplicarse las normas que presiden el estado de separación de bienes, incompatible con aquéllas desde todo punto de vista.

"Si Conrado Mejía Barreneche, por omisión imputable a él de manera exclusiva, no hizo las gestiones judiciales necesarias para alcanzar el decreto de separación, ya de cuerpos, ya de bienes, que traería aprehendida la disolución de la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, había formado con su legítima mujer, y, por el contrario, prefirió seguir bajo el régimen de sociedad, no puede lícitamente ahora, sin quebrantar frontalmente el principio *nemo auditur propiam turpitudinem alegans*, replicar que no pueden considerarse como sociales los inmuebles que adquirió a título oneroso durante la separación de *facto*. Su proceder al margen de la ley, su desentendimiento de las normas jurídicas, no puede ser ahora fuente

de derecho contra mandatos expresos del legislador. Si hubiera propuesto oportunamente la respectiva demanda que trajera como efecto de su acogimiento la disolución de la sociedad conyugal, entonces los bienes adquiridos durante el estado de separación judicialmente decretada serían propios de él y no sociales. Pero como no procedió así, la sociedad conyugal siguió vigente y acrecentando su haber con todas las adquisiciones que onerosamente se hicieron por cualquiera de los cónyuges.

"Finalmente, conviene precisar que el derecho a los gananciales no surge del esfuerzo común de los consortes, sino de su calidad de tales, así alguno no haya realizado gestión alguna benéfica para el logro de las ganancias".

Por las razones dichas, no prosperan las excepciones formuladas por los demandados.

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,

CONFIRMA la sentencia del 14 de octubre de 1977, proferida por el Juzgado promiscuo del Circuito de Fredonia, adicionada por la de 21 de los mismos mes y año, con excepción de lo resuelto bajo el punto 4º), que se revoca para condenar al demandado Conrado Mejía Barreneche al pago de los frutos civiles y naturales que los inmuebles que han de restituirse produjeron o hubieran podido producir, desde el día 14 de noviembre de 1975 hasta la fecha de la restitución al haber social.

Condénase a los demandados a pagar también, pero en su totalidad, las costas de la segunda instancia.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Distinto trámite de las excepciones según que éstas sean previas o de fondo.
Manifiesta carencia de fundamento legal del recurso

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a dictar fallo sobre el recurso de revisión propuesto por Francisco Rodríguez.

Antecedentes

Ante el Juez 16 Civil del Circuito de Bogotá, en demanda que fue admitida por auto del 21 de julio de 1975, Francisco Rodríguez Rueda, en su calidad de comprador de las fincas rurales llamadas "La Esperanza", "El Triunfo" o "Paso Hondo" y "El Tunal y Cerezo" demandó que el tradiente de las mismas, Abraham Rodríguez, fuera obligado a hacerle la entrega material de esos fondos rústicos.

La primera instancia terminó con sentencia en que fue acogida la pretensión del adquirente Rodríguez; pero apelada esta decisión por el demandado, el Tribunal la revocó y, en su lugar, declaró probada la excepción de simulación que entendió se había propuesto en el escrito de contestación a la demanda, cuando se alegó allí que la entrega no se había efectuado porque no existió venta real del demandado al demandante, lo que se acreditó con escritura privada que suscribió el comprador.

El recurso extraordinario

El comprador, demandante vencido en el proceso abreviado de entrega del inmueble por el tradiente al adquirente, en demanda que fue admitida por la Corte mediante auto del 27 de julio último, propuso el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de segunda instancia que en aquel proceso dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de mayo del año pasado.

El recurrente se apoya en la causal octava del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, pues afirma existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

Como fundamentos fácticos alegó que, en su calidad de demandante en el proceso de entrega, se le corrió traslado de la excepción de "carencia de causa para iniciar la acción o falta de legitimación en la causa" que expresamente había propuesto el demandado. Pero como no se le corrió traslado de la simulación que halló probada el Tribunal, a pesar de que no fue explícitamente propuesta en la contestación a la demanda, con ello se violó claramente su derecho de defensa, pues no se le brindó oportunidad para pedir pruebas que contrarrestaren esa excepción y que con ello se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el artículo 152-5 del Código de Procedimiento Civil.

Admitida la demanda de revisión, en el escrito en que la parte demandada le dio

contestación, afirma que en verdad el vendedor no hizo entrega de lo vendido al comprador "porque se trataba de una escritura ficticia, de las comunmente denominadas de confianza"; que no se violó el derecho de defensa del recurrente, pues en el proceso de entrega se le corrió traslado del escrito de excepciones, sobre el que guardó silencio, absteniéndose de pedir pruebas, desde luego que no hizo uso de tal derecho.

Ninguna de las partes solicitó la práctica de pruebas diferentes a las que ya se habían producido en el proceso abreviado de entrega, por lo cual no se decretó término probatorio.

De las partes, solo el comprador recurrente hizo uso del derecho de alegar. En su alegación torna a exponer los argumentos esbozados en la demanda de revisión.

Para resolver se considera

1. Distinto tratamiento ha dado la ley para la formulación y trámite de las excepciones, según sean éstas previas o de fondo. De otro lado, el legislador ha hecho en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil el catálogo de las únicas ocho excepciones previas que reconoce, en tanto que del sin número de las de fondo, sólo ha calificado y denominado aisladamente algunas; así, en el artículo citado permite que se formulen como previas las de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad, y en el artículo 306 *ibidem* exige que sean alegadas expresamente las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

Las excepciones previas deben formularse por separado, en escrito distinto del que contiene la respuesta a la demanda; se tramitan como incidente y se fallan en el auto que decide éste, es decir previamente a la sentencia. No obstante, si las excepciones previas se formulan por el demandado en el proceso de revisión que regula el título 18, capítulo 6º del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil, en-

tonces no han de proponerse en escrito separado, sino en el mismo en que se contesta la demanda y sobre éllas no hay previo pronunciamiento, sino que, rituado el recurso de revisión, se fallan en la sentencia que decide este recurso extraordinario (artículo 383, inciso 5º del Código de Procedimiento Civil).

Las de fondo, salvo las de este linaje que pueden proponerse como previas, siempre, sin excepción, han de formularse por el demandado en el escrito de respuesta a la demanda, indicando los hechos en que las sustenta. En este caso, y desde luego que podrían alegarse hechos respecto de los cuáles no habría tenido el demandante la oportunidad de contradecirlos, el escrito en que se formulen las excepciones de fondo debe mantenerse en la secretaría por cinco días a disposición del demandante, como lo preceptúa el artículo 399 *ibidem*, para que pida pruebas sobre los acontecimientos en que se hacen descansar esas excepciones.

2. Pero es más, si el juez encuentra probada excepción que no fue propuesta, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que siempre deben ser alegadas por el demandado, debe reconocerla oficiosamente en la sentencia, así en el escrito de contestación a la demanda no se hayan formulado excepciones (artículo 306 *ibidem*). También y con más razón ha de reconocer la excepción probada, cuando el demandado la propuso con nombre diferente al que le correspondería.

Lo importante no es el nombre con que se bautice la excepción de fondo, sino la relación de los hechos en que se apoya. Algo más, hoy frente a los poderes oficiosos del Juez necesario se hace afirmar que lo fundamental, en verdad, no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, en virtud de que, al tenor de lo dispuesto en el Art. 306 precitado, si el Juez encuentra probados los hechos que la constituyen, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia. Actualmente el concepto privatista del proceso ha cedido ante los nuevos rumbos del derecho procesal que

busca la realización de la justicia fundándose en una verdad verdadera y no meramente formal.

3. Descendiendo al caso litigado se tiene que en el escrito de respuesta a la demanda formulada por el comprador para que se ordenara la entrega de los inmuebles comprados, se alegó expresa y ahincadamente que "no existió venta real de Abraham Rodríguez a Francisco Rodríguez Rueda, en la Escritura Nº 5592"; que "dicha escritura fue un acto de confianza del presunto vendedor a Francisco Rodríguez sin el ánimo de enajenar, sin pago del precio y, desde luego, sin la entrega de los bienes en ella estipulados"; que los contratantes aparentes suscribieron simultáneamente el otorgamiento de la escritura de venta, al documento privado en que se declara "la inexistencia de la venta y se explica por qué razón se hizo la escritura, no otra diferente de poner a salvo los bienes de Abraham Rodríguez amenazados por una acción" judicial. Y para que se tuviese como prueba del acto simulado, se presentó fotocopia de la escritura privada dicha. Al terminar el escrito de respuesta, la parte demandada dijo: "Desde ahora manifiesto que propongo la excepción perentoria, consistente en la carencia de causa para iniciar esta acción, pues he dejado demostrado al contestar esta demanda, cómo la escritura pública cuya copia fue presentada con la demanda, si bien, en el sentido formal se puede llamar escritura, en su contenido no es más que la expresión de confianza depositada por el señor Abraham Rodríguez R., en quien era su amigo".

Una vez contestada la demanda, el Juzgado, sin que ello fuera necesario, dictó auto de cumplirse en que dispuso: "Como se han propuesto excepciones que no tienen el carácter de previas, se dispone que se mantenga (sic) en secretaría por el término de cinco días a disposición de la parte actora". Y a continuación se ve la nota secretarial de que el escrito de excepciones quedó a disposición de la contraparte desde el 18 de febrero de 1976. El 2 de marzo siguiente se entró el expediente al despacho del Juez con nota de que el término del

traslado había vencido. El demandante no solicitó contrapruebas.

Adelantando el trámite posterior del proceso sin reparo alguno de la parte hoy recurrente, una vez vencido el ciclo probatorio dentro del cual se practicó una prueba, el Juzgado del conocimiento, mediante auto del 15 de noviembre de 1976 y por considerar de vital importancia la práctica de algunas pruebas de las peticiones y no aducidas, señaló oficiosamente nueva audiencia para llevar a efecto "el reconocimiento del contenido y firma del documento visto el folio 3 del cuaderno 2º (es decir la contra-escritura privada) y a la vez interrogatorio de parte que absolverá el señor Francisco Rodríguez Rueda".

Despréndase de lo anterior, de una parte, que el comprador recurrente dejó pasar en silencio el término de cinco días durante el cual se le dio traslado del escrito en que el vendedor demandado se opuso a la demanda de entrega y formuló excepciones basadas en que la Escritura Pública de compraventa contenía un contrato fingido, de confianza, que las partes nunca quisieron realizar. El comprador, pudiendo pedirlas en el término del traslado no solicitó las pruebas que a su juicio pudieran desvirtuar la afirmación de su opositor y demostrar la veracidad del contrato solemne a que se refiere la Escritura Pública Nº 5592 del 20 de octubre de 1972. Por este aspecto no existe violación del derecho de defensa, pues una cosa es que por actos del Juez se omita la oportunidad para pedir pruebas, y otra muy distinta que por voluntad o descuido de la misma parte, ésta deje pasar el término respectivo sin pedirlas. Además, el hecho de que se haya calificado como "carencia de causa" la excepción que debió denominarse de simulación, es hecho intrascendente, que no alcanza a herir el derecho de defensa del opositor y que no comporta deslealtad del excepcionante, pues los hechos en que la excepción se funda fueron clara y repetidamente expuestos desde un principio.

De otro lado se observa que el juez, a tono con los nuevos fines del proceso que

está hoy desligado del estrecho marco de los meros intereses privados de las partes, decretó oficiosamente las pruebas que luego sirvieron al Tribunal para declarar probada la excepción de simulación, auto contra el que el recurrente no opuso resistencia alguna. Desde este segundo punto de vista tampoco se advierte cómo hubiera podido quebrantarse el derecho de defensa del comprador.

4. Estando demostrada a plenitud la simulación absoluta del contrato de compraventa que contiene la citada escritura 5592, pues con la contraescritura privada que coetáneamente a la escritura de venta, suscribieron los supuestos contratantes y que reconoció el aparente comprador, quedó sin fuerza vinculante entre ellos lo que publicamente dijeron haber acordado; el juzgador, obrando acompasadamente con lo que dispone el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, tenía el deber de reconocer la excepción de simulación y, además, por haber comparecido al proceso todos los que fueron parte en ese acto simulado, declarar que la compraventa ajustada entre Abraham y Francisco Rodríguez era simulada absolutamente, por lo cual debía ordenarse la cancelación de esa escritura y de su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

Viene de lo expuesto que no está acreditada la causal de revisión alegada por el recurrente, motivo que lleva a desecharla.

Por ser manifiesta la carencia de fundamento legal del recurso se deberá aplicar el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 72 y 74 *ibidem*.

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,

Declara infundado el presente recurso de revisión y condena solidariamente al recurrente y a su apoderado al pago de costas y perjuicios para lo cual se hará efectiva la caución prestada en cuanto a la parte recurrente. Comuníquese a la compañía aseguradora.

Cópíese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

ADICION DE VOTO

Comparto íntegramente las razones de la sentencia para declarar infundado el recurso de revisión pero considero que existe otra que habría bastado para llegar a la misma conclusión.

La causal 8^a de revisión consiste esencialmente en que la nulidad sea originada en la *sentencia* misma contra la cual se interpone el recurso extraordinario, al contrario de lo que ocurre con la causal quinta de casación que tiene como fundamento una nulidad del *proceso* de las que enumera el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que no se hubiere saneado.

Pues bien, todos los argumentos que esgrime el recurrente se refieren exclusivamente a esta última clase de nulidad y no por asomo tocan con la sentencia objeto de la revisión.

Estoy también totalmente de acuerdo con la condena solidaria en costas y perjuicios al recurrente y a su apoderado, pues hay sobradas razones que la justifican.

José María Esguerra Samper

Fecha *ut supra*.

ACCION REIVINDICATORIA

Actividad del juez en el proceso. Limitaciones. Error juris in judicando. Error facti in judicando. Sistemas de casación. El objeto de estudio en casación. Concepto del medio nuevo en el recurso de casación

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre seis de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de mayo de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario instaurado por Jaime Pineda Latorre y otra contra Antonio Usma Salazar y otro.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 5 de abril de 1978, presentado en el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, el citado Jaime Pineda Latorre y María Doralice Valencia de Pineda demandaron a Fabio Valencia Arias y a Antonio Usma Salazar, en procura de que, previa la tramitación propia del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) que los demandantes son los únicos dueños del predio rural denominado "El Convenio", ubicado en la vereda de Guaimaral del Municipio de Santa Rosa de Cabal y comprendido dentro de los especiales linderos que la demanda consigna;

b) que, consecuencialmente, se condene a los demandados a restituir a los demandantes, seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, la citada finca;

c) que los mismos demandados, como poseedores de mala fe que son, están obligados a pagar a los demandantes el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el fundo durante todo el tiempo que lo han ocupado, o sea desde el 15 de agosto de 1977, y no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

d) que por ser los demandados poseedores de mala fe, los demandantes no están obligados a pagarles el valor de las mejoras y expensas realizadas en esa finca; y

e) que se condene a los demandados igualmente al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) que mediante las Escrituras Públicas números 733 y 1203 de 25 de julio de 1975 y 11 de octubre de 1977, otorgadas ambas en la Notaría 3^a del Círculo de Manizales e inscritas en el Registro de allí, Doralice Valencia de Pineda y Jaime Pineda Latorre, por compras que hicieron en su orden a Ricaurte Patiño Vanegas y Salomón Loaiza Giraldo y a Marlene Valencia de Núñez, son los dueños, en común y proindiviso, de la citada finca rural denominada "El Convenio", ubicada en el paraje Guaimaral de la jurisdicción municipal de Santa Rosa de Cabal, de una extensión aproximada de 31 hectáreas "y que linda generalmente así: Por el oriente, con propiedad de Pedro Díaz; por el Occidente, con propiedad de los Trujillo, por el Sur, con la quebrada de La Es-

trella; y por el Norte, con Pedro Díaz y los Trujillos”;

b) que Patiño Vanegas y Salomón Loaiza, quienes inicialmente enajenaron la finca a Doralice y Marlene Valencia, habían adquirido el dominio de ese bien por compra que hicieron a Margarita Giraldo de Valencia y contenida en Escritura Nº 291 de 2 de marzo de 1975 de la Notaría de Santa Rosa, y que esta tradente, por su parte, había adquirido esa propiedad por permuta celebrada con Manuel Salvador Salazar en diciembre de 1972, según Escritura Nº 1406 otorgada en esa misma notaría.

c) que hay plena identidad en la especificación y linderos del inmueble que pretenden reivindicar los demandantes y el que describen las escrituras públicas antecitadas, cuyos registros, salvo los correspondientes a las de los reivindicantes, se hallan cancelados;

d) que los actores se hallan ahora privados de la posesión material del fundo, pues éste se encuentra en poder de Fabio Valencia Arias y Antonio Usma Salazar por razón de un contrato de promesa de compraventa que éstos celebraron con los demandantes el 13 de agosto de 1977, para otorgar la escritura respectiva el 31 de octubre siguiente, lo que finalmente no pudo realizarse por el incumplimiento de los demandados;

e) que para pagar la suma de \$ 550.000,00, acordada como precio del inmueble prometido en venta, los promitentes compradores entregaron a los promitentes vendedores, el día de la firma de la promesa, un cheque por valor de \$ 25.000,00 “que salió sin fondos”; que se obligaron a entregar, treinta días después, \$ 200.000,00, “y el día que se otorgara la escritura entregaban el resto, o por lo menos la casi totalidad de la suma, por la cual se celebró el contrato”. Pero que “Todo ello fue incumplido por los promitentes compradores, sacando las evasivas de que esperaban un dinero de la venta de unas fincas en Aguadas....”; y que después “de muchas evasivas y despistes, en el mes de enero entregaron una mínima suma de dinero, en com-

paración con el contrato celebrado, comprometiéndose solucionar el resto en el mismo mes de enero, para poder elevar a escritura pública el contrato celebrado”;

f) agregan los demandantes que los promitentes compradores no pudieron finalmente “cumplir con ninguna otra obligación, y es así como dichos demandados no han pagado capital, ni intereses, ni participan en frutos a los vendedores, mientras que éstos tienen que pagar mensualmente por el solo concepto de intereses una suma superior a los \$ 7.000,00, con lo cual están perjudicados enormemente”;

g) que en vista de dicho incumplimiento los demandantes procedieron a solicitar “la entrega de dicha finca, con el fin de abrirle venta por otro lado, pues necesitaban era el dinero, prometiendo el señor Fabio Valencia, que por él no había ningún inconveniente, que bien la podían vender, pues que al fin y al cabo él no tenía ningún título sobre la misma, y además la debían casi toda”; y

h) que entonces los demandantes, como poseedores inscritos de la finca, “procedieron a hacer venta de la misma, lo que llevaron a cabo, pero cuando fueron a hacer entrega de la misma, fueron recibidos con violencia por los demandados” quienes, para no restituirla a sus verdaderos dueños, “recurrieron al truco de formalizar un contrato de aparcería con el señor Alberto Galvez, quien en la actualidad trabaja en dicha finca en calidad de tal”.

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas de los demandantes; en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la celebración del contrato de promesa de compraventa, los cuales sí aceptaron como ciertos, negaron los demás.

En ese mismo escrito expresaron los demandados, y en tales asertos han edificado cardinalmente su defensa, que ajustaron con sus demandantes un contrato de promesa de compraventa de la referida finca “El Convenio”, contrato que plasmaron por escrito “con el lleno de los requisitos indicados en el artículo 89 de la Ley 153 de de 1887”; que con causa en dicho pacto la

citada finca les fue materialmente entregada desde entonces, y que han abonado como parte del precio la suma de \$ 175.000. 00; que sobre el fundo pesan gravámenes hipotecarios, constituidos por los prometientes vendedores, por la suma total de \$ 346.000.00; que hasta hoy no se ha otorgado la escritura mediante la cual se perfeccione el contrato prometido, "por cuanto los promitentes vendedores han puesto trabas al asunto, pues lo que ellos pretenden es vender por otra parte la finca, ya que como se encuentra mejorada el precio actual es muy superior a los quinientos cincuenta mil pesos del valor inicial"; y que ellos, los demandados, desde el momento mismo en que ocuparon el inmueble, han hecho sobre él diversas y muy variadas mejoras "que son sumamente valiosas".

En esa misma oportunidad propusieron, como excepciones de mérito, las que denominaron "carencia de acción" y "petición de modo indebido", las que fundan, en su orden, en las afirmaciones de que la demanda no tiene razón por que los demandados "Están poseyendo la finca en virtud de un contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA...."; y en que "los demandantes han equivocado el proceso a seguir por cuanto aquí no cabe la vía ordinaria reivindicatoria".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 26 de octubre de 1978, mediante la cual, después de rechazar las excepciones propuestas, hizo la declaración de dominio solicitada en la demanda; condenó en consecuencia a los demandados a restituir el inmueble reivindicando, junto con los frutos naturales y civiles producidos a partir de la contestación de la demanda, pues los consideró como poseedores de buena fe; y condenó a los demandantes al pago de las expensas necesarias y mejoras, prestación ésta para cuya garantía reconoció a favor de los demandados el derecho de retención.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por los demandados contra la sentencia del Juzgado de Santa Rosa de Cabal, el proce-

so subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el que, después de haber rituado la instancia, profirió su sentencia de 11 de mayo de 1978, mediante la cual revocó "en todas sus partes" la apelada, y en su lugar declaró probada "la excepción de carencia de derecho por parte de los demandantes para reivindicar", e impuso a éstos las costas causadas en las dos instancias.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, el Tribunal de Pereira emprende las consideraciones para proferir sentencia de mérito.

Y al efecto, delanteramente observa que, según la demanda, el demandante Jaime Pineda Latorre, en su propio nombre y como mandatario de Doralice Valencia de Pineda, prometió en venta a los demandados Usma Salazar y Fabio Valencia, "el mismo bien" que aquéllos pretenden reivindicar al través de este proceso.

2. Y después de encontrar que el citado Pineda Laforre "estaba plenamente legitimado" para suscribir la promesa de compraventa, ajustada entre demandantes y demandados el 13 de agosto de 1977, pasa el sentenciador *ad quem* a transcribir algunas cláusulas y compendiar otras, del documento contentivo de dicho pacto.

Con apoyo en la prueba documental referida, asevera el Tribunal que la posesión que los demandados tienen sobre el fundo "El convenio" deriva, entonces, de ese contrato de promesa de compraventa; que se trata pues de una posesión "perfectamente legítima"; y que los causantes de la misma, "mientras lo sean, carecen de derecho para desconocerla; son quizás los más obligados a respetarla".

En apoyo de su conclusión el *ad quem* cita el contenido de los artículos 1505 y 1602 del Código Civil, que consagran, en su orden, la teoría general de la representación y la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados.

3. Considera en seguida el juzgador de segundo grado que mientras exista el contrato de promesa referido, no le es lícito a las partes desconocerlo unilateralmente.

Rematando sus consideraciones, dice el Tribunal: "... Si en ejecución del aludido contrato de promesa de venta, el prometiente vendedor entregó el inmueble objeto del mismo a los actuales poseedores, la posesión, considerada en sí misma, resulta invulnerable". Dice, en otros términos, que los demandantes carecen del derecho que aquí reclaman en reivindicación, "en virtud de la ley contractual sancionada por los mismos en la forma inicialmente reseñada".

De todo lo cual concluye que la sentencia apelada "se debe revocar, declarando probada, en su lugar, la excepción de carencia de derecho a reivindicar por parte de los demandantes".

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los demandantes. En la demanda respectiva y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan contra el fallo de segundo grado dos cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en conjunto por cuanto sus fundamentos son sustancialmente similares.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de ser indirectamente violatorio, por aplicación indebida, del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, "en la parte del mismo en que se admite por excepción la validez y eficacia de la promesa de contrato" y del artículo 1602 del Código Civil; y por falta de aplicación, de la primera parte del primero de aquel precepto, "que consagra la regla general de que la promesa de contrato no produce efecto alguno", así como también de los textos 946, 950, 952, 961, 963 y 964 del Código Civil, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido

el sentenciador en la apreciación del documento contentivo del contrato de promesa de compraventa.

2. En desarrollo del cargo el casacionista, después de recordar la argumentación principal de la sentencia por él impugnada, asevera que es incuestionablemente, entonces, "que para el Tribunal las pretensiones reivindicatorias de los actores están interferidas por el contrato de promesa de compraventa que ellos celebraron con los demandados, en ejecución parcial del cual éstos recibieron de los primeros el inmueble prometido, objeto a la vez de la reivindicación aquí pretendida. Lo cual significa, indiscutiblemente (añade la censura), que a juicio del Tribunal la promesa de contrato en referencia es jurídicamente perfecta y se acomoda justamente a la disciplina legal que sobre esa especie de actos tiene establecida la ley".

Pasa en seguida el impugnador a analizar el contenido del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuanto determina los requisitos que son necesarios para que la promesa de contrato pueda considerarse como fuente jurídica de obligaciones; se detiene especialmente en el estudio de la regla 4^a de dicha norma, o sea en la exigencia de que el contrato prometido debe quedar determinado de tal suerte en la promesa, "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". Y añade que según dicha regla, "que es la que aquí interesa", para que la promesa produzca efectos se exige "que el contrato específico que los prometientes se obligan a celebrar quede descrito en la promesa en forma completa y cabal, tanto en lo que respecta a los elementos que la ley exige para que se dé la figura del contrato de venta, como a los elementos accidentales que adicionalmente las partes hayan querido o quieran introducirle".

Explanando su tesis, asevera el casacionista que lo anterior quiere decir y significa, que es preciso que "dentro de la promesa aparezca configurado el contrato prometido tal cual los prometientes quieren que se celebre, con todos sus elementos y modalidades e integrado a plenitud, de modo que en ningún sentido pueda decirse que algo que conforme al mismo contrato

de promesa debía aparecer allí contemplado y previsto, haya quedado huérfano de la reglamentación consensual de las partes prometientes"; que mucho menos se atiende el referido precepto legal en los supuestos en que las partes "no simplemente omiten la regulación debida, sino que estipulan en la propia promesa que el momento de celebrarse el contrato prometido convendrán lo que haya de hacerse en relación con la forma de cumplir el respectivo deudor determinadas obligaciones que nacerán para él del contrato prometido"; que en todo caso, "sea que se omite la regulación, sea que se convenga en diferirla para el momento de la celebración del contrato, tanto en uno como en otro caso, pero más cómodamente en el segundo que en el primero, habrá que decir que el contrato prometido no se ajusta a la regla 4^a del artículo 89 de la Ley 153, y que por lo tanto la promesa de celebrarlo ningún efecto produce"; y que eso es perfectamente lógico, "porque no es posible, a más de que es jurídicamente absurdo, que se obliga a una persona a ponerse de acuerdo con otra en la definición de condiciones llamadas a integrar o complementar un contrato que se ha de celebrar entre ambas".

3. Observa entonces la censura, aplicando al caso *sub lite* la exigencia legal anterior, que el contrato de promesa de compraventa ajustado entre demandantes y demandados, y que el Tribunal de Pereira "consideró como ajustado a las prescripciones del artículo 89 de la Ley 153 de 1887", no tiene validez ni eficacia jurídicas porque es patente y manifiesto que no cumple el 4^o de los requisitos exigidos por dicho precepto legal, ya que en su cláusula 3^a, que continúa lo que venía diciendo en la segunda, se expresa que "Con estos últimos CIEN MIL PESOS (\$ 100.000.00) se completan a cuenta de la compraventa LA SUMA DE DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 200.000.00), se aclara que el día de la firma de la escritura pública se convendrá la fecha de pago y forma de la misma, del excedente para completar el valor de la venta o sean la suma de \$ 550.000.00".

Afirma pues la impugnación que en la promesa de compraventa aquí aducida, como salta a la vista de su simple lectura,

"no sólo está implícita la estipulación de que parte del precio habría de pagarse de futuro en relación con el contrato de venta mismo, lo que demandaba de suyo indicar desde la propia promesa, cómo y cuándo se iba a cancelar su valor, sino que, haciendo más ostensible y protuberante el defecto que por ese motivo vició de ineffectuacía dicha promesa, expresamente reza que los prometientes defirieron a momento posterior el acordarse acerca del plazo y la forma de tal pago". No hay lugar a hesitación alguna, asevera el casacionista, que en tales circunstancias "la promesa examinada no satisface las exigencias que para su efectuacía reclama la regla 4^a del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y que por lo tanto ella cae bajo el ámbito normativo del inciso primero de ese mismo artículo, que consagra la regla general de que la promesa de contrato no produce obligación alguna".

4. Concretando los yerros de facto que le endilga a la sentencia, afirma la censura que ellos consistieron en que el Tribunal "perdió de vista, o no se percató de la estipulación contenida en la cláusula cuarta del contrato de promesa, es decir, en que no vio que conforme a la citada cláusula el pago del saldo del precio de la venta prometida sería a plazo, y que no se definió allí cuál sería ese plazo, como era obligación hacerlo"; y en que, de otro lado, pasó inadvertido el hecho "de que fue conscientemente como las partes crearon esa laguna contractual, al haber pactado que en momento posterior se llenaría el vacío así producido".

Y añade el casacionista que erró manifiestamente el *ad quem* "al no situar esa promesa bajo la preceptiva de la regla general consignada en el artículo 1^o" comentado, para en consecuencia negarle todo efecto, y correlativamente al someterla al régimen excepcional a la citada regla general, contenido en el resto de esa misma disposición, suponiendo para ello, equivocadamente, que la promesa reúne todos los requisitos allí señalados, y que por lo tanto es eficaz, generó obligaciones, y se erige en tal virtud en obstáculo insalvable para la prosperidad de la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda".

5. Estima por último el impugnador, de otra parte, que la promesa de compraventa fue erróneamente apreciada por el Tribunal, ya que éste no vio que en ella no se precisó "en cuál Notaría habría de otorgarse la escritura pública de la venta prometida"; y que de acuerdo con jurisprudencia reciente de la Corte, en aplicación de la Regla 4^a del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es preciso que la promesa, para efectos de la determinación del contrato prometido, de que allí se trata, indique la notaría en que haya de otorgarse la escritura de venta, si ésta ha de versar sobre inmuebles.

Segundo cargo

1. Por éste se acusa la sentencia de infringir directamente, por aplicación indebida, los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, "en la parte del mismo en que se admite, por excepción, la validez y eficacia de las promesas de contrato" y el 1602 del Código Civil; y por falta de aplicación, el inciso 1º del citado artículo 89, que contiene "la regla general de que la promesa de contrato no produce efectos", así como también los textos 946, 950, 952, 961, 963, y 964 de la misma codificación.

2. En desenvolvimiento de la censura, luégo de hacer notar que este segundo cargo "es repetición del primero, con la diferencia de que él supone que el Tribunal violó las normas sustanciales indicadas en forma directa, no como resultado o consecuencia de errores de hecho", el casacionista expresa que no obstante que una estipulación como la contenida en la cláusula 3^a del contrato de promesa, "implica que no existe acuerdo en la fecha de la promesa en torno a condiciones del contrato prometido que las partes quieran someter a su parecer, para que no se apliquen las regulaciones supletorias; y que por lo mismo en esas circunstancias no puede decirse que el contrato prometido haya quedado previsto y regulado de antemano en todos sus elementos, esto es, completo y determinado en el grado en que lo exige el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; no obstante ello, se repite, el sentenciador de segunda instancia consideró lo contrario, estimó en

consecuencia que esas circunstancias no hacían indeterminado el contrato prometido, y por esa causa arribó a la conclusión final de que, por ajustarse también a las demás exigencias de ese mismo precepto, la promesa en mención era válida y eficaz y creó una situación posesoria de origen contractual en favor de los demandados, oponible a la reivindicación pedida".

Estima pues la censura, y así lo asevera, que al considerar el Tribunal de Pereira satisfecho el requisito de la regla 4^a del precitado artículo 89, relativamente al contrato de promesa de compraventa aquí aportado, y al atribuirle en consecuencia eficacia, incurrió en error jurídico "pues la propia regla 4^a aludida lleva en su seno el límite de su alcance, que consiste exclusivamente en que, tratándose de enajenación de inmuebles, lo único susceptible de faltar es la observancia de las formalidades legales para que el contrato prometido quede perfeccionado, es decir, la escritura pública"; que otra cosa que falte, "ya sea de las que impone la ley, ya porque aparezca claro el propósito de las partes de regularla ellas mismas, como aquí sucede, hace incompleto el contrato prometido y con ello ineficaz la promesa de celebrarlo".

3. Puntualizando las violaciones de ley que denuncia, dice el censor que debido al error jurídico comentado el sentenciador *ad quem* "le dio aplicación indebida a la excepción de validez de la promesa de contrato contemplada en la segunda parte del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, a la vez que dejó de aplicar la regla general del inciso primero de esa misma disposición, conforme a la cual la promesa de contrato no produce obligaciones"; que por la misma causa quebrantó además, también por aplicación indebida, el artículo 1602 del Código Civil, "porque si la promesa de autos no produjo efectos, no puede predicarse respecto a ella que constituye la ley para las partes"; y que si no hay lugar a considerar la posesión de los demandados "como resultados de un contrato eficaz", no podía la sentencia dejar de aplicar al caso los artículos 946, 950, 952, 961, 963 y 964, "máxime cuando los supuestos de la acción reivindicatoria están patentes en los autos".

IV

Consideraciones de la Corte

1^{a)} *La realización del derecho objetivo, que es en suma el fin esencial de la jurisdicción, la cumple el Estado, en cada caso, con la sentencia, que ordinariamente se profiere como culminación del proceso que surge del poder jurídico de acción que se ejerce con la demanda.*

Según los principios generales del procedimiento civil, cuando una persona quiere hacer valer ante un juez un derecho suyo, no puede limitarse a someterle su pretensión a fin de que éste decida si ella se concilia con las normas de derecho objetivo, sino que es preciso, además, que le exponga o le refiera los hechos constitutivos de su propia pretensión y le proporcione la prueba de que ellos realmente han ocurrido.

Y así resulta que la preparación o formación del material de decisión implica para el juez el deber de concretar su actividad, aunque con distinto grado de extensión, en la determinación y declaración, de una parte, de los supuestos de hecho sobre los cuales juzga; y de otra, de las normas jurídicas que debe aplicar, como procedimiento lógico y necesario para proveer en torno a la pretensión deducida por el demandante y a la excepción propuesta por el demandado, o sea sobre los extremos que estructuran la relación jurídico-procesal. Lo que da tanto como afirmar que el juzgador, al proferir su sentencia, debe resolver sobre dos cuestiones que, si bien están íntimamente relacionadas entre sí, son sin embargo diferentes: la *quaestio facti*, que se contrae a saber si los hechos expuestos por las partes son verdaderos; y la *quaestio juris*, que se traduce en decidir si existe una voluntad abstracta del legislador que atribuya a esos hechos concretos los efectos jurídicos que el demandante o el demandado pretenden.

2^{a)} Impónese recordar, de otro lado, que, como efecto propio de la constitución de la relación procesal, la actividad del juez se halla claramente limitada en las cuestiones de hecho: tiene que encuadrarla precisa-

mente dentro de los elementos fácticos invocados como fundamento de la pretensión y de la excepción, sin que pueda por tanto modificarlos sustancialmente. Y que no ocurre ni puede suceder lo mismo en relación con las cuestiones de derecho, desde luego que cualquiera limitación al respecto, es decir en la declaración y determinación de las normas jurídicas sustanciales, resultaría ostensiblemente contraria a la función jurisdiccional, que, como ya está dicho, tiene por finalidad esencial la realización de los derechos objetivos.

Hablando de la actividad del juez en el proceso, expresa Manuel de la Plaza que una vez constituida la relación jurídico-procesal no le es dado "al juez determinar o seleccionar los hechos, ni mucho menos establecer otros, aunque le parezcan relevantes para decidir la cuestión planteada; ha de atenerse precisamente a lo alegado, porque lo que no está en los actos de las partes no está en el mundo"; y que, por consiguiente, los Tribunales "deben dictar sus fallos justa allegata et probata" (Derecho Procesal Civil, página 317, Volumen I - Tercera edición).

Y luego, al estudiar la estructura de la sentencia, añade el maestro español que "el juez ha de establecer una premisa legal, lo que supone, por un lado, la afirmación de que la norma existe, y la aseveración, por otro, de que tiene un determinado contenido; y aun cuando en este punto la doctrina ofrezca dos posiciones extremas, siendo la más avanzada aquella que atribuye al organismo jurisdiccional un poder de creación, ni aún en los sistemas menos propicios a la ampliación de los poderes judiciales, se discute la tesis de que el juez pueda escoger con libertad de criterio la norma aplicable (*da mihi factum dabo tibi jus*), siempre que no altere la congruencia de la sentencia con los pedimentos que en la demanda se dedujeron" (obra citada, página 549).

3^{a)} La sentencia, como actividad humana que es, está sujeta a quedar afectada por los desaciertos en que el juez incurra al discernir, ora la *quaestio facti* o ya la *quaestio juris*: así los unos como los otros tipifican lo que la doctrina viene llamando errores in judicando, que, por encarnar en

ambos casos una sentencia injusta, pueden en principio corregirse mediante el ejercicio del derecho de impugnación.

En los casos en que el juez, sin consideración a la prueba de los hechos, desacierta al precisar la existencia, validez o alcance del precepto legal sustancial, y por ello su sentencia no resulta secundum jus, incurre en error juris in judicando o violación directa de la ley; cuando, en cambio, el vicio de actividad mental deriva, por vía de consecuencia, de la apreciación equivocada o de falta de apreciación de las pruebas relativas a los supuestos de hecho de la cuestión en litigio, se presenta la violación indirecta, o el error facti in judicando en sus dos especies de error de hecho y error de derecho.

4^{a)}) Como es sabido, en los países cuyas legislaciones consagran el sistema de casación puro, este recurso extraordinario se establece para entender en él tan solo de las cuestiones de derecho, a tal punto que el examen de los hechos queda total y absolutamente eliminado de su esfera jurídica. A la luz de dicho sistema, la actividad unificadora de la jurisprudencia la cumple la casación, pero con total prescindencia de la apreciación que de la cuestión fáctica hayan hecho los sentenciadores de instancia.

Otros sistemas positivos advirtieron la necesidad de abrir el campo de la casación, aunque excepcionalmente, para el examen de los hechos: se dice en ellos que si el juez parte de premisas falsas con relación a la cuestión fáctica, y ese yerro es la causa determinante de la trasgresión del derecho sustancial, la casación no puede cumplir a cabalidad sus fines de nomofilaquia y de unidad interpretativa de la jurisprudencia. Establecióse entonces el sistema ecléctico, que es el que campea en Colombia, en el cual se autoriza en el recurso de casación, si bien limitadamente, el examen de las cuestiones de hecho.

“Si bien el examen de los hechos —ha dicho en efecto la Corte— está, en principio, excluido del ámbito de la casación, a éstos puede sin embargo referirse el recurso, cuando la errada apreciación que de ellos haga el Tribunal al través del estudio de las pruebas es el medio que lo conduce

a la violación de la ley sustancial” (Auto de 9 de agosto de 1974, dictado en el proceso de Campo Elias Mora contra Freddy Fernández, no publicado aún en la Gaceta Judicial).

5^{a)}) No obstante ser indiscutible el anterior postulado, es preciso recordar empero que como la casación es un recurso contra la sentencia de instancia, que implica, por parte de la Corte Suprema, una revisión de la actividad in procedendo, o de la actividad in judicando desplegada por el juzgador de instancia, frente a las precisas pretensiones del demandante y a las excepciones del reo y de los hechos determinados en que se apoyan las unas y las otras, dicho recurso extraordinario no puede rebasar los límites en que tal fallador la ejercitó; se violaría esta obvia restricción y se distorsionaría la naturaleza propia del recurso referido si en él se resolviesen cuestiones distintas de las que, por determinación voluntaria de las partes, constituyeron el único y preciso thema decidendum sometido a la jurisdicción en las instancias del proceso.

Si el objeto de estudio en casación es la sentencia como thema decisum, resulta exótico no se acompasa con la finalidad de este recurso deducir en él nuevas pretensiones, o las mismas aducidas inicialmente pero apoyadas en hechos diferentes; tal proceder, que sería inadmisible aún en instancia cuando se plantea después de constituida válidamente la relación procesal, se torna mucho más rechazable en casación por lo absolutamente extemporáneo.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho, desde vieja data, que es improcedente formular cargos en casación con apoyo en cuestiones o medios nuevos; o sea, en aspectos fácticos que por no haberse planteado ni alegado en ninguna de las instancias del proceso, fueron desconocidos por el sentenciador, y que, por consiguiente, sólo buscan que el litigio se solucione mediante el estudio por la Corte Suprema de extremos absolutamente distintos a los que fueron base y fundamento de la demanda y su contestación.

6^{a)}) Precisando el concepto de medio nuevo en el recurso de casación, ha dicho la Corte:

"Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, los demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados ni alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario. Un planteamiento legal o una alegación de determinada situación jurídica, no son un mero razonamiento o argumento emplazado en favor de una tesis, teoría o sistema, espacio en el cual —como se vio antes— no hay límites que demarquen la investigación. Mas un planteamiento que, según se ha visto, no puede confundirse con las razones de puro derecho ni con los medios de orden público, se refiere directa o indirectamente a los hechos. Quien invoca un medio nuevo no modifica sus pretensiones, sino que trata de alcanzar el mismo resultado buscado con la demanda, pero por una vía distinta. Funda su pretensión en una relación de derecho que había descuidado hacer valer en las instancias del juicio. Esa misma finalidad jurídica, basada en una relación de derecho no alegada en las instancias, es lo que puede calificarse de medio nuevo. Esto no implica que no se puedan aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter puramente jurídico, que no se mezcle ningún elemento de hecho, lo que vale decir que los medios mixtos en que se mezclan elementos de hecho y de derecho no son aceptados en casación" (LXXXIII, 78).

Entre otras razones, para desechar los medios nuevos en casación se ha invocado la necesidad de garantizar la lealtad procesal. Dice la Corte, en efecto, que este recurso extraordinario, "va dirigido contra el fallo, en cuanto ha desatado una controversia teniendo en cuenta los elementos aducidos y los hechos invocados en ella y no elementos ni hechos ajenos al litigio, y por lo tanto desconocidos del juez. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta

entonces ignoradas" (LXXXIII, 76).

7º) En el caso de este proceso, si se consideran como tienen que considerarse todo su recorrido en las dos instancias y la definida posición que las partes asumieron en ellas, para cotejar estas dos circunstancias con los argumentos o razonamientos en que hoy fundan los recurrentes los dos cargos que formulan contra la sentencia del Tribunal de Pereira y que ellos combaten en casación, fuerza es aceptar que en ésta aducen medios cuya novedad es indiscutible por lo inequívoca, desde luego que con ellos cambian brusca y tardíamente la postura que otrora asumieron en apoyo de sus súplicas, alterando así ostensiblemente los extremos en que desde su inicio quisieron y lograron que la relación jurídica se trataba.

En efecto. Los aquí recurrentes, como se infiere del petitum y de la causa petendi que con claridad meridiana determinaron precisamente en la demanda inicial del proceso, dedujeron su pretensión reivindicatoria del inmueble "El Convenio" alegando que los demandados lo poseen desde agosto de 1977, como efecto de un contrato de promesa de compraventa que éstos celebraron con aquéllos; que en ejecución parcial de dicho pacto se les entregó desde entonces la tenencia del bien por los promitentes vendedores a los prometientes compradores; que éstos, también en cumplimiento de las obligaciones que para ellos generó la convención, entregaron a aquéllos parte del precio convenido; y que finalmente, muy a pesar de las prórrogas del plazo que mutuamente las partes consintieron, el contrato prometido no pudo perfeccionarse porque los promitentes compradores "no pudieron cumplir con ninguna otra obligación".

Es decir, que ya desde su demanda inicial los demandantes se ampararon en la eficacia del contrato de promesa ajustado el 13 de agosto de 1977; ni en dicho escrito ni en alegato posterior alguno formulado en las instancias invocaron, ni dejaron entrever siquiera, la presunta invalidez jurídica de la promesa que hoy pregonan como fundamento de las censuras que hacen el fallo del Tribunal. Apoyándose en el contrato de promesa, el cual entonces estima-

ron eficaz, y ubicando en él el origen de la posesión de los demandados, sin que por ende suplicaran en forma alguna la declaración judicial de ineeficacia de ese acto jurídico, dedujeron su pretensión restitutoria de la finca prometida en venta, porque "dichos señores no pudieron cumplir con ninguna otra obligación".

Por su parte los demandados, al contestar la demanda y en todas sus alegaciones posteriores, también han pregonado la eficacia jurídica de la promesa de compraventa, en lo cual coinciden con los demandantes; discreparon de éstos sin embargo en que la escritura que perfeccione el contrato prometido no se ha otorgado, no por culpa imputable a ellos, sino "por cuanto los promitentes vendedores han puesto trabas al asunto, pues lo que ellos pretenden es vender por otra parte la finca".

Tales súplica y réplica constituyeron pues los extremos sobre los cuales se trabó válidamente la relación jurídico-procesal, dentro de cuyo panorama no apareció, entonces ni después, la cuestión atinente a la nulidad de la promesa de compraventa, que apenas hoy se alega como tema en casación. Consiguientemente el juez de primer grado, en sentencia que fue consentida por los demandantes al no impugnarla, sobre la cardinal consideración de que la promesa de venta goza de eficacia jurídica decretó la reivindicación suplicada.

Tampoco se adujo por alguna de las partes en la segunda instancia del proceso controversia relativa a la nulidad de la promesa de compraventa; por ello quizás el juez de segundo grado, por cuanto no tuvo ante sus ojos planteamiento semejante, omitió todo pronunciamiento al respecto. Estimó, eso sí, que mientras la promesa se halle vigente, hasta tanto no se resuelva por alguna causa legal o por el consentimiento mutuo, dicho pacto vincula a los contratantes y no autoriza la reivindicación del inmueble que en virtud de él los prometientes vendedores entregaron a los prometientes compradores.

8^{a)}) Haciendo tabla rasa de la muy clara y definida posición jurídica asumida por ellos en las dos instancias del proceso, pretenden hoy los demandantes, en este restringidísimo campo de la casación, que se

declare, sin oportunidad para que los demandantes ejerçiten el derecho de defensa en punto a esta específica cuestión, la nulidad del referido contrato de promesa de compraventa, para que, una vez reconocida esa presunta ineeficacia jurídica, se quiebre el fallo recurrido extraordinariamente y se dicte sentencia estimativa de la pretensión reivindicatoria.

Es decir, que los demandantes están buscando en casación la prosperidad de lo por ellos pretendido inicialmente, pero con base en hechos que no solamente no alegaron en las instancias sino que implican una evidente alteración de la causa pendiente, lo que, como ya está dicho, por cambiar los extremos en que la relación se planteó, constituye medio nuevo, cuya consideración y análisis, por ello mismo, están vedados en este recurso extraordinario.

Ni por asomo podría la Corte, como Tribunal de Casación, por implicar tal procedimiento el absoluto desconocimiento de toda garantía de juzgamiento, reconocer la ineeficacia legal de un acto jurídico y dictar los consecuenciales pronunciamientos, en los supuestos en que, como aquí ocurre, esa cuestión ni remotamente se debatió en las instancias, sencillamente porque jamás se planteó en ellas.

9^{a)}) No son necesarios, ciertamente, mañares razonamientos para concluir afirmando que la cuestión que hoy se presenta a la Corte a través de los dos cargos que aquí se estudian, dista y en mucho de tipificar un argumento puramente jurídico esgrimido en defensa de una tesis, sino que, contrariamente, ella encarna un aspecto estrictamente de hecho, no invocado, se repite, expresa ni implícitamente en las instancias como el límite que, por voluntad de las partes, demarcó la actividad judicial cuando que es objeto de censura en casación. Quien para reivindicar califica a su demandado como poseedor con causa en un contrato de promesa que estima eficaz, y luego en el recurso de casación invoca la nulidad de ese pacto, no está evidentemente haciendo un planteamiento jurídico estricto sensu, sino alegando tardíamente una cuestión fáctica nueva, que no quiso o no pudo hacer valer en las instancias.

Y no se diga que la anterior conclusión carece de aceptación frente al cargo segundo que el casacionista le hace a la sentencia, en el cual la censura se formula por la vía directa, pues aun cuando ciertamente se acude a ésta para deducir el error jurídico denunciado, no lo es menos que al ataque se monta sobre la única consideración de que el Tribunal de Pereira estimó que la promesa de compraventa sí reune todos los requisitos que, para su eficacia, exige el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuando, a juicio del censor, dicho contrato no cumple cabalmente con tales presupuestos, discrepancia que pone de manifiesto que no se trataría de violación directa sino de la indirecta de la ley sustancial.

Se rechazan, pues, los dos cargos.

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 once (11) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo de los recurrentes.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

Disposiciones que reglan esta institución. Prescripción ordinaria y extraordinaria. Poseedor regular. Posesión regular no interrumpida. Suma de posesiones, requisitos. De la buena o mala fe en materia posesoria

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Os-pina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación formulado por las partes contra la sentencia de 11 de octubre de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Gustavo Bergstrom de la Torre contra la sociedad Ganadería La Primavera Ltda.

Antecedentes

I Mediante libelo presentado el 17 de abril de 1976, solicitó el mencionado Bergstrom, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín, que se hiciesen las declaraciones siguientes:

a) Que por haberlo adquirido por el modo de la prescripción ordinaria o, en subsidio extraordinaria, le pertenece el predio rural denominado "El Tigre", ubicado en el paraje de Bajo Camoa, Municipio de San Martín, distinguido por los siguientes linderos: "Partiendo de la estación A por una cerca de alambre, así: A-B N 79º.30' E y 88.00 mts.; BC 65º.30' E y 369.00 mts.; C D N. 470.40' E y 369.50 mts.; D E N. 61º.00' E y 221 mts.; E F N. 45º 15' E y 249.00 mts. colindando hasta ese punto con posesiones de César Bedoya. La Estación F. está situada en la márgen derecha del caño Camoa, sigue colindando con el mencionado

caño Camoa aguas arriba hasta encontrar otra cerca de alambre (Estación G.), en una extensión de 1850.00 metros, la estación G también localizada sobre la orilla del caño Camoa, sigue colindando con predios de José Luciano Muñoz, con cerca de alambre al medio así: G-H 27º.25' G y 229 mts.; H I E. 75º. 15' W y 90.50 mts.; I 9 71º. 55' W y 111.00 mts.; 9-10 S. 75º 45' W y 100.00 mts.; 10-11 S. 74º.55'W y 74.30 mts.; 11-JN. 75º.00'E y 185 mts. De ahí en adelante colinda con predios de Luis Soto, cerca de alambre de por medio así: J K S 17º.30 W y 572.00 mts. y N L 23º 25' W y 115.00 mts. la estación L se encuentra sobre la márgen izquierda del caño El arroyo, continúa lindero colindando con posesiones de César Bedoya así: Desde la estación L, hasta hasta la estación M. por la orilla izquierda del caño El Arroyo, aguas abajo en una longitud de 170 mts. la estación 'M' está localizada sobre la orilla izquierda del mencionado caño; sigue una cerca de alambre así: M-NS 400.55' W y 360.00 mts. N-08. 740.40' E y 228.50 mts.; y O-AN-350.50 E y 66.50 mts. Esta alinderación es la establecida en la Resolución N° 536 del Ministerio de Agricultura".

b) Que se ordene la inscripción de la sentencia.

II Como hechos fundamentales en los que el demandante apoya la pretensión, relaciona los que a continuación se comprendian:

a) Que a partir del mes de julio de 1973, por haber adquirido por compra de la sociedad demandada a través de Manuel Sarmiento Díaz, el demandante entró en,

posesión del predio antes descrito, posesión que se ha venido "ejercitando en forma plena, pacífica y absoluta" y de buena fe.

b) Que con anterioridad a la posesión del demandante, "la sociedad Ganadería La Primavera Ltda. era la persona que tenía la posesión del inmueble ... Dicha sociedad ejerció la posesión material desde el mes de agosto de 1960 hasta cuando hizo entrega" del predio a Gustavo Bergstrom.

c) "Con anterioridad a la sociedad ganadería La Primavera ejercieron posesión material sobre el mismo inmueble Gonzalo Durán Santos, Vicente Alberto Bayer Hoyos y Pedro Alejandro Díaz, en su orden, habiéndose tramitado dicha posesión del último al primero por ventas sucesivas hasta llegar al poder de la sociedad Ganadería La Primavera Ltda., que fue su última poseedora".

d) Que las personas antes mencionadas ejecutaron actos de posesión material, tales como el cerramiento de potreros, construcción de edificaciones y mejoras, conservación de caminos, explotación del predio con ganados, etc.

e) "Las posesiones de que se ha venido hablando, sumadas entre sí, exceden los veinte años continuos e ininterrumpidos establecidos por la ley como requisito indispensable para la eficacia de la adquisición del dominio por el modo de la prescripción extraordinaria".

f) Que a pesar de que el demandante ha cancelado la totalidad del precio a la demandada, estipulado en el contrato de compraventa con ésta celebrado, la última "se ha abstenido de otorgarle la correspondiente escritura pública para transferirle - al actor - el dominio pleno y absoluto".

g) "Las posesiones sobre el predio denominado 'El Tigre', al cual se refiere la presente demanda, no han sido interrumpidas ni civil ni naturalmente, y han sido ejercitadas de manera pública, pacífica y tranquila, sin violencia ni clandestinidad, por las personas precedentemente indicadas quienes han ejercido su señorío mediante una permanente, continua y adecuada explotación económica del suelo, consistente, entre otros hechos ostensibles, en la erección y mantenimiento de cerramientos, he-

chura y limpieza de potreros, cría y ceba de ganados, construcción de abrevaderos, saladeros, corrales y demás instalaciones que demanda el ejercicio de la actividad ganadera, todo ello por un período de tiempo superior a los veinte años".

III La sociedad demandada, una vez enterada de la pretensión del demandante, fuera de responder el libelo en el sentido de negar unos hechos y de oponerse a las súplicas, por escrito separado formuló demanda de reconvenCIÓN en la cual solicita que se hagan los pronunciamientos siguientes:

a) Que le pertenece el bien raíz de que trata la demanda;

b) Que se condene al demandado Gustavo Bergstrom a restituirle el mencionado predio, junto con el valor de los frutos naturales y civiles producidos o que hubiere podido producir, a partir del 2 de agosto de 1973 hasta que se verifique la entrega.

c) Que para efecto de las prestaciones mutuas se considere al demandado como poseedor de mala fe.

d) Que se disponga el registro de la sentencia y se condene en costas al demandado.

IV Expone la sociedad reconviniente como hechos de la pretensión los que seguidamente se resumen:

a) Por Escritura Pública número 771 de 12 de marzo de 1959 de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad de comercio denominada "Ganadería La Primavera Limitada" y en ella se estableció "que quien lleve la representación tiene por funciones, entre otras, autorizar con su firma los actos o contratos en que la sociedad tenga que intervenir, habiéndosele prohibido al gerente, sin previa autorización de la junta de socios, la adquisición o enajenación de bienes raíces".

b) La sociedad "Ganadería La Primavera Limitada" es dueña de la finca denominada El Tigre, por haberla adquirido a título de compraventa de Gonzalo Durán Santos según Escritura Pública Nº 3.442 de 13 de agosto de 1960 de la Notaría 7º del Círculo de Bogotá, quien a su vez la adquirió, a igual título, de Vicente Alberto Bayer Hoyos, según Escritura Pública 996 de 25 de julio de 1960, y este último por ad-

judicación que le hizo la Nación según Resolución número 536 de 7 de junio de 1960.

c) La sociedad "Ganadería La Primavera Limitada" conserva su señorío sobre la finca "El tigre", pues ni la ha vendido, ni la ha prometido en venta. Con todo, la sociedad se encuentra privada de la posesión de la finca, por cuanto en la actualidad la posee Gustavo Bergstrom desde el 2 de agosto de 1973, de mala fe, pues carece de título.

V Enterado el contrademandado de las pretensiones de la sociedad contrademandante, respondió en el sentido de desconocer unos hechos y de admitir otros, para finalizar con oposición a lo pedido.

VI Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 6 de febrero de 1978, mediante la cual despachó favorablemente las súplicas de la demanda principal y desfavorablemente las del libelo de reconvenCIÓN, lo que dio lugar a que la sociedad Ganadería La Primavera Limitada interpusieron contra dicha decisión el recurso de alzada, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 11 de octubre de 1978, por el cual se resolvió el litigio así:

"Revocar en todas sus partes la sentencia de primera instancia y en su lugar dispone:

"^{1º} Niéganse las súplicas de la demanda instaurada por Gustavo Bergstrom contra la Sociedad 'Ganadería La Primavera Ltda.'

"^{2º} Decárase que la Sociedad 'Ganadería La Primavera Ltda.' es titular del derecho de dominio sobre el predio rural denominado 'El Tigre', ubicado en jurisdicción del municipio de San Martín y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Partiendo de la estación 'A' por una cerca de alambre así: A-9 N. 79°.30'E. y 88.00 mts.; 5-C S. 65° 30'E y 369.00 mts.; C-D N. 47°.40'E y 369.50 mts.; D- E N. 51°.00'E y 221 mts.; E.F.N. 45° 15'E y 249.00 mts., colindando hasta este punto con posesiones que son o fueron de César Bedoya. La estación F está situada en la margen derecha del caño Camoa, sigue colindando con el mencionado caño Camoa, aguas arriba hasta encontrar una cerca de alambre (es-

tación B), es una extensión de 1.850.00 mts, la estación 6 también localizada sobre la orilla del caño Camoa, sigue colindando con predios de José Luciano Muñoz, con cerca de alambre al medio así: G-H S. 27°25' G y 229 mts.; H-I E. 75°.15' W y 90-50 mts.; I-9-6 719 55' W y 111.00 mts; 9-10-S. 79°45' W y 100.00 mts.; 10-11 S. 74°55' W y 74.30 mts.; 11-J N. 75°.00'E y 186 mts. De aquí en adelante colinda con predios que son o fueron de Luis Soto, cerca de alambre de por medio así: J-K. 8 17°30'W y 572.00 mts. y K-L S. 23°. 25'W y 115 mts. La estación L se encuentra sobre la márgen izquierda del caño El Arroyo, continúa lindero colindando con posesiones que son o fueron de César Bedoya, así: Desde la estación L, hasta la estación M., por la orilla izquierda del caño El Arroyo, aguas abajo en una longitud de 1.170 mts., la estación 'M' está localizada sobre la orilla izquierda del mencionado caño; sigue una cerca de alambre así: M-N S. 40°.55'W y 360 mts.; N-D S.74° 40'E y 228.50 mts.; y C-A-N 369.50'E y 66.50 mts."

"^{3º} En consecuencia, el señor Gustavo Bergstrom restituirá el inmueble a la Sociedad 'Ganadería La Primavera Ltda.'

"^{4º} Condénase al demandado Gustavo Bergstrom a pagar en favor de la Sociedad demandante la suma de \$ 12.000.00 mensuales, a partir de la fecha de contestación de la demanda de reivindicación, y hasta cuando se verifique la entrega material del inmueble, por concepto de frutos.

"^{5º} El demandado Gustavo Bergstrom tiene derecho a que le sean abonadas las expensas necesarias en la conservación del inmueble, así como las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda, que se tasaran por el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"^{6º} Inscríbase esta sentencia en el correspondiente registro.

"^{7º} Costas del proceso, en ambas instancias, a cargo del señor Gustavo Bergstrom".

VII Inconformes las partes con la decisión precedente, en la debida oportunidad interpusieron el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada

Referido los antecedentes del litigio y los medios de convicción aportados por las partes, se ocupa el Tribunal en primer lugar de la protección de adquisición por usurcación en la modalidad de ordinaria y extraordinaria.

Refiriéndose a la primera, sienta a continuación estas apreciaciones:

"Sus requisitos son: a) adquisición de una posesión de buena fe y duración de ella por diez años, tratándose de inmuebles; b) transmisión formal de la propiedad.

"El requisito de la buena fe en la adquisición de una posesión, es la convicción de que el tradente o causante es titular del derecho de propiedad que se pretende adquirir, pues solo así puede tenerse la conciencia de adquirir el dominio por medios legítimos (artículo 768 Código Civil). Si se adquiere por tradición, la buena fe implica la creencia de que el tradente es propietario; y si se adquiere por derecho hereditario, la buena fe es la convicción de que el dominio pertenecía al de cuius.

"El requisito de la transmisión formal de la propiedad o justo título se deriva de la exigencia del artículo 2528 del Código Civil, que establece que para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular, la que, según el artículo 764, es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe.

"La adquisición de una posesión en nombre propio, mediante justo título, indica que se obtuvo mediante uno de los modos que el Código señala como idóneos para adquirir la propiedad y pueden ser: la tradición, la accesión,".

"La exigencia legal de justo título indica que este debe existir por lo menos en apariencia. Por tal motivo los títulos falsificados, los meramente putativos y los que emanan de mandatarios o representantes legales, sin serlo, constituyen títulos inexistentes. (Artículo 786 del Código Civil). En resumen, el adquirente debe saber, con más o menos certeza, que la propiedad que pretende adquirir realmente existe en el tradente o causante y por tal motivo ha de entenderse que todo título que tenga por objeto la transmisión de la propiedad es

justo cuando ha sido legalmente autorizado, según su clase, y reviste las solemnidades exigidas para su validez. Por ende, el único defecto del justo título no puede ser otro que el de emanar de un *non dominus*; pero en lo demás, debe ser tan perfecto como se requiere que sea el modo o el título que sirve para adquirir realmente la propiedad.

"De otra parte debe recordarse que los títulos adquisitivos de la propiedad de inmuebles son solemnes y han de constar en una escritura pública o en una sentencia de adjudicación y, además, han de inscribirse en el registro de instrumentos públicos. En consecuencia, la posesión regular de un inmueble debe estar amparada con un título formalizado en la forma anotada y por tal motivo, la prescripción ordinaria de inmuebles solo está al alcance de los poseedores de buena fe que han adquirido el inmueble mediante una escritura pública o mediante sentencia de una partición u otro título análogo, y debidamente inscrito en el registro".

Ocupándose el Tribunal de la prescripción adquisitiva extraordinaria, sostiene lo siguiente:

"Los requisitos de la prescripción extraordinaria se reducen a dos: la posesión y el transcurso del tiempo.

"El simple hecho de poseer sirve de fundamento a esta prescripción, pues no se exige buena fe, ni título idóneo de transferencia de la propiedad. Toda posesión irregular de un inmueble engendra propiedad solo por prescripción extraordinaria. La posesión puede haberse adquirido de buena fe, pero puede faltar el justo título; o puede existir el justo título y haberse adquirido de mala fe. En estos dos casos, como cuando faltan ambos elementos, se está en presencia de una posesión irregular. (Artículo 764 y 770 Código Civil).

"El tiempo requerido para la prescripción extraordinaria del dominio es de veinte años. (Artículo 2532 del Código Civil y artículo 1 de la Ley 50 de 1936).

"La posesión de una cosa, para que conduzca a la propiedad por prescripción ordinaria o extraordinaria, requiere: 1º) que se posea en nombre propio o como titular de un derecho real; 2º) que se ejerza sobre

cosas susceptibles de apropiación privada y 3º) que se trate de actos posesorios de explotación continua.

"Se trata de la verdadera posesión, la material, que se manifiesta mediante actos positivos efectuados sobre el bien con ánimo de señor y dueño, consagrados especialmente en los artículos 762 y 881 del Código Civil. Es a esta clase de posesión que hacen referencia los artículos 2528 y 2512, o sea, la que publica el señorío del hombre sobre las cosas, por medio de actos positivos, inequívocos. Y, es que quien pretende adquirir la propiedad por usucapición debe acreditar no solo la adquisición de la posesión sino también que ella se ha conservado mediante una explotación, continua, desde luego que la prescripción adquisitiva se fundamenta en la negligencia de poseer, por una parte, y, por otra, en la actividad posesoria que otro ejerce".

Más adelante se ocupa el fallador *ad quem* de la institución de la suma de posesiones y la comunicabilidad de las calidades y vicios, y en el punto dice lo siguiente: "Así, si es necesario agregar una o más posesiones a la actual, y ésta es irregular, no puede alegarse sino la usucapición extraordinaria, aunque todas las posesiones anteriores sean regulares; si la actual es regular y cualquiera de las anteriores que se agreguen es irregular, igualmente, no puede invocarse sino la prescripción extraordinaria y solo si todas las posesiones —actual y anteriores— son regulares, se puede invocar prescripción ordinaria".

A continuación entra el Tribunal a confrontar las consideraciones precedentes con los medios de convicción y de este cotejo saca estas conclusiones: a) Que demandada la prescripción adquisitiva ordinaria, el prescribiente Bergstrom no aportó el justo título que exige la ley, que en tratándose de inmuebles y de ser traslaticio el alegado, no podía ser otro que la escritura pública; b) Que "es hecho fehacientemente demostrado en el proceso y expresamente aceptado por la parte demandada que el señor Bergstrom está en posesión del predio materia de la *litis* desde el año de 1973, pero, ningún título escriturario se ha allegado a los autos, y menos aún con el carácter de justo, en favor del actor. Por

el contrario, su ostensible ausencia se predica ya en la demanda en cuyo hecho 7º se afirmó claramente que al actor no le ha sido otorgada escritura pública.

"En estas condiciones, faltando un requisito esencial para la configuración de la prescripción adquisitiva ordinaria, resulta innecesario analizar los demás elementos constitutivos de ella".

c) Que en torno a la usucapición extraordinaria, también suplicada por el demandante principal, éste pretende sumar a su propia posesión la de sus antecesores. Mas no puede concebirse la adición de posesiones, según la ley, "si no media prueba del traspaso efectuado por el antecesor".

d) Que "la parte actora ha pretendido derivar su derecho a sumar la posesión ejercida por la sociedad demandada, de la entrega que se le hizo sobre el predio 'El Tigre', en virtud de un contrato de promesa celebrado por Manuel Sarmiento quien, para el acto, se dijo representante del señor Darío Sarmiento. Este hecho lo corrobora el testimonio de Manuel Sarmiento quien presentó además y en el curso de su declaración copia del aludido documento. No obstante, debé tenerse en cuenta que conforme está acreditado mediante certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos, la propiedad del bien por el cual se litiga la tiene en la actualidad la sociedad 'Ganadería La Primavera Ltda.' quien la adquirió por compra efectuada a través de la Escritura Nº 3.442 de agosto 13 de 1960 y registrada el mismo año. De otra parte,

es precisamente esta sociedad la que la parte actora señala como poseedor inmediatamente anterior, en clara expresión contenida en el hecho 3º del escrito de demanda. Pero, no se trajo prueba al proceso para determinar que por acto voluntario de la sociedad, expresado por representante con facultad e intención de comprometerla aquella hubiera entregado la posesión de 'El Tigre' a su actual poseedor. Y es que armonizando y aún complementando el testimonio de Manuel Sarmiento con la copia del documento que presentó en la audiencia, y aún admitiendo que efectivamente don Manuel estuviera facultado para actuar como mandatario de Darío Sarmiento, lo cierto es que éste es persona

distinta de la sociedad 'Ganadería La Primavera' y por ende los actos ejecutados por un mandatario personal suyo solo a él podrían comprometer, más no a terceras personas, así ellas tengan vinculaciones con el presunto mandante. Entonces, si diciéndose mandatario de Darío Sarmiento, Manuel Sarmiento se comprometió con Gustavo Bergstrom a vender el predio 'El Tigre' e invocando esta misma calidad ordenó a Darío Ospina que entregara la finca al actor lo que efectivamente se realizó, concluye la Sala que para que el demandante pudiera sumar a su posesión la de su antecesor tendría que haber alegado y demostrado que por lapso de tiempo determinado el poseedor anterior había sido su presunto causante, o sea Darío Sarmiento, ya que a fin de cuentas solo de éste podría derivar su derecho. Sin embargo, como ya se anotó es la propia demanda la que rechaza esta posibilidad, como que en ningún momento señaló a don Darío Sarmiento como trasmisiente sino que expresamente señaló a 'Ganadería La Primavera Ltda.' persona de quien no dan cuenta los autos que hubiera celebrado ningún tipo de acuerdo con el actual poseedor, menos aún uno suficiente para acreditar el vínculo jurídico que sirviera de puente al demandante para considerarse su sucesor.

"En estas condiciones el señor Bergstrom no puede sumar a su posesión la ejercida por la persona a quien demanda como titular del derecho de dominio que ahora pretende desconocer en virtud de prescripción, pues, frente a la verdadera dueña, es claro que su posesión es completamente independiente y aislada y, por ende, para los efectos de cómputo de tiempo de prescripción solo puede tomarse en su favor el tiempo corrido desde julio de 1973, obviamente insuficiente para la usucapión extraordinaria".

Enseguida se ocupa el fallador de segundo grado de la pretensión consignada en la demanda de reconvenCIÓN y después de enunciar los presupuestos que estructuran la acción reivindicatoria, afirma que el dominio aparece acreditado con la Escritura Pública número 3.442 de 13 de agosto de 1960, de la Notaría 7^a de Bogotá, y los

restantes elementos, o sea, la singularidad, identidad del bien y la posesión en el demandado, se ponen de presente con prueba de confesión contenida en la demanda principal y en la contestación al libelo de reconvenCIÓN.

Por último entra el Tribunal a ocuparse de las prestaciones mutuas y una vez que sienta algunas pautas legales, agrega que para este efecto es importante determinar si el poseedor vencido se encuentra en el predio de buena o mala fe.

En este punto dice a continuación el Tribunal:

"Aunque en materia de inmuebles la falta de título es una situación irregular que puede desvirtuar la anterior presunción; ello no quiere decir que el título deba ser siempre traslaticio de dominio. Lo cierto es que la abundante prueba testimonial recaudada en este proceso da cuenta en forma clara de la causa y circunstancias por las cuales al señor Bergstrom entró en posesión de la finca materia de la *litis*, de manera que no fue oculta o clandestina sino a través de actos de entrega realizados con las personas que administraban el predio. Sobre este punto son claros los testimonios de Jorge Sarmiento del Castillo, Manuel Sarmiento y Darío Ospina Garzón. A más de ello, advierte la Sala que el proceso no da cuenta de que la propietaria del inmueble hubiera reclamado en forma alguna con anterioridad a este litigio la posesión ostentada por el señor Bergstrom y que en todo caso fue siempre pública y ostensible.

"En estas circunstancias no puede considerarse que el poseedor estuviera actuando de mala fe, máxime si se considera que, conforme anotan la casi totalidad de los declarantes, las negociaciones efectuadas por la compañía de que Darío Sarmiento era socio se prestaban a confusión con las negociaciones que éste realizaba como persona natural y sus dependientes y administradores personales eran a la vez dependientes y administradores de la sociedad, situación que se prestaba para que los terceros pudieran entender que las negociaciones que realizaban con los mandatarios eran válidas, especialmente cuando don Darío Sarmiento se había desvinculado de

la región por los gravísimos problemas personales que se le presentaron.

"Las anteriores consideraciones inclinan a la Sala a considerar al demandado en acción reivindicatoria como poseedor de buena fe, para que al tiempo de la restitución le sean abonadas las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble. Así como las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda, con cargo a restituir los frutos naturales y civiles percibidos después de esa oportunidad procesal, los que evaluaron los peritos a razón de \$12.000.00 mensuales".

La impugnación

Contra la sentencia que se deja resumida, ambas partes formularon el recurso de casación y presentaron sus correspondientes demandas, las que serán estudiadas en el orden en que fueron propuestas.

A. Demanda de casación del demandante principal.

Un único cargo, dentro del marco de la causal primera, formula contra la sentencia del Tribunal, el cual lo hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 177, 285, 288 y 413 del Código de Procedimiento Civil, 66, 764, 765, 767, 778, 780, 781, 981, 1502, 1506, 1602, 1603, 1605, 1609, 1618, 2512, 2513, 2518, 2521, 2531 y 2532 del Código Civil, 861, 863, 864 y 871 del Código de Comercio, por falta de aplicación, y 766, 769, 952, 961, 964, 965, 966, 969 y 970 del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por expresar que el Tribunal, en un pasaje del fallo, sostiene que se decretó una inspección judicial con exhibición parcial de libros de comercio, pero que "la diligencia no se llevó a efecto porque el representante de la demandada alegó que los libros habían sido sustraídos y presentó constancia de aviso dado sobre el particular", cuando dicho aserto "carece de todo respaldo en los autos, pues precisamente el acta de la diligencia está demostrando lo contrario. Cosa bien diferente es que la sociedad demandada no haya exhibido los libros de contabilidad durante

el curso de dicha diligencia y que hubiese pretendido justificar su renuencia a exhibirlos". Por consiguiente, añade el censor, "la circunstancia de que el Tribunal no hubiese visto o hubiese olvidados los hechos indicadores que sí están probados en el proceso... configuran un manifiesto error en la apreciación de la respectiva prueba, en este caso de la exhibición con inspección judicial".

A continuación sostiene el censor que de acuerdo con lo que dispone el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, la renuencia de la sociedad demandada a exhibir los libros de contabilidad trae como efecto el tener por ciertos los hechos que se pretendían demostrar, siempre que sean susceptibles de prueba de confesión, salvo que quien deba exhibirlos demuestre oportunamente la existencia de una causa justificativa para no exhibirlos. Mas sucede que la sociedad demandada presentó un documento que carece de todo valor, pues se trata de una constancia o denuncia que "solo tiene la firma autógrafa original de la propia denunciante, es decir, de la representante legal de la sociedad demandada, pues no tiene la firma de secretario del Despacho... y la firma del comisario aparece escrita al carbón, sin antefirma". De suerte que tal documento no se sujetó a las exigencias de los artículos 251, 253 del Código de Procedimiento Civil y 827 del Código Civil y por otra parte "no reune los requisitos formales exigidos por la ley para la denuncia, los cuales están establecidos por el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, porque carece de la firma del secretario y de este hecho se dejó constancia por el actor en la diligencia respectiva.

Más adelante dice el recurrente que "si el Tribunal hubiese examinado adecuadamente el tantas veces citado documento, habría tenido que concluir que carecía de todo valor probatorio y que no servía para demostrar, ni plena ni sumariamente, ninguna causa justificativa de la renuencia. Y al llegar dicha conclusión habría tenido que tener por ciertos los hechos que el demandante pretendía probar con la exhibición y que se concretan a demostrar que la sociedad Ganadería La Primavera Ltda.

recibió de él el pago de dineros provenientes del precio que estipuló con ella para la compraventa a su favor del predio rural denominado 'El Tigre', de la jurisdicción municipal de San Martín. Es decir, habría tenido que presumir dicho pago, por aplicación no solo de lo dispuesto por el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, sino también por razón de lo previsto por el artículo 176 *ibidem*". Y de haber declarado el Tribunal probado el pago del precio hecho por el demandante a la sociedad demandada, habría tenido que dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 1505 del Código Civil, o sea, que el hecho de que la "Ganadería La Primavera Ltda." hubiera recibido de Gustavo Bergstrom el precio del predio "El Tigre", implicaba un acto de aceptación del contrato celebrado entre este último y Manuel Sarmiento, como representante de la sociedad, o cuando menos, de aceptación tácita del negocio.

De lo anterior concluye el censor que establecía así la aceptación tácita por la sociedad demandada respecto del negocio jurídico celebrado entre Manuel Sarmiento y Bergstrom "el Tribunal ha debido determinar en qué calidad y bajo qué título se encontraba este último en poder del inmueble rural 'El Tigre' ". Añade el censor que el *ad quem* admite, en un pasaje del fallo, que el bien raíz viene siendo poseído por Bergstrom en forma pública y sin violencia. Empero, al mismo tiempo que así razona, omite el Tribunal examinar el interrogatorio de parte rendido por la representante de la sociedad demandada, concretamente, las respuestas a las preguntas tercera, sexta y octava que transcribe.

Continuando con el desarrollo del cargo y refiriéndose a la prueba antes mencionada, termina el recurrente el cargo así:

"Nótese bien que en su respuesta a la tercera pregunta la interrogada dice que 'a raíz de haberseme notificado la demanda' del señor Bergstrom, supo que la finca del Tigre había sido entregada en los años de 1973 o 1974 por informaciones que le suministró el señor Darío Ospina.

"Sucede que la demanda se le notificó a la representante legal de Ganadería La Primavera Limitada el día 21 de mayo de 1976 y que el interrogatorio de parte fue

absuelto por ella el 21 de febrero de 1977, es decir exactos NUEVE MESES después. Y sucede también que ella otorgó o confirió un poder para que se promoviera demanda de reconvención en contra del demandante, para obtener la reivindicación del predio 'El Tigre'.

"Cabe preguntar entonces si puede ser posible que después de haber conferido poder para demandar en reconvención, y después de haber transcurrido nueve meses entre la notificación de la demanda y la absolución del interrogatorio pueda admitirse como respuesta satisfactoria la que dio a la pregunta sexta. 'No, sobre eso no tengo conocimiento de si él haya pagado o no, ni cómo sería el negocio'.

"Si no sabía como había sido el negocio ni si Bergstrom había pagado o no, ciò o hizo, con base en qué razonamiento, en virtud de qué, confirió poder para demandar en reconvención? 'El que por ignorancia peca por ignorancia se condena' dice el adagio. Será realmente que la H. Corte está frente a un caso de ignorancia? O, será mas bien que se encuentra también frente a la interpretación errónea de otra prueba?

"Igual sucede con las respuestas dadas a las preguntas tercera y octava. No es posible admitir que después de nueve meses durante los cuales pudo la representante legal de la sociedad demandada consultar documentos para responder correctamente a las preguntas que se le formulasen, no lo haya hecho. Y no es posible tampoco admitir que habiendo sido advertida por el funcionario de que podía consultar documentos para contestar concretamente, se hubiese abstenido de ejercitar ese derecho.

"De todos modos, del contexto de las respuestas transcritas se desprende que evidentemente la entrega que se le hizo al señor Gustavo Bergstrom de la finca 'El Tigre', fue hecha con el pleno conocimiento de los representantes legales de Ganadería La Primavera Limitada.

"Y si a ello se agrega que el Tribunal ha debido presumir el pago del precio de 'El Tigre' y como consecuencia de tal presunción ha debido tener como aceptada tácitamente la negociación celebrada por Manuel Sarmiento y Gustavo Bergstrom, por parte de Ganadería La Primavera Li-

mitada, ha de concluirse que también la entrega hecha a favor del último era la consecuencia obligada de la citada negociación y que sólo podía interpretarse como acto propio de tradición o constitutivo de ella, al aplicar el artículo 922 del Código de Comercio, según el cual ‘La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa’. (Subrayo).

“Los administradores de Ganadería La Primavera Limitada —tal como lo dice el Tribunal— hicieron entrega real y material del inmueble a Gustavo Bergstrom de la finca rural denominada ‘El Tigre’. Dicha entrega se hizo como parte de la tradición o como acto inherente a ella, y por esa razón Bergstrom adquirió la posesión material de quien podía entregársela legítimamente.

“Esa calidad de poseedor material con posesión recibida de quien podía darla, es decir, de un *verus dominus*, hacía que Bergstrom pudiese sumar a la suya las posesiones de sus predecesores para completar en esa forma el tiempo requerido para que se reconociera en él el dominio de ‘El Tigre’ por el fenómeno de la prescripción adquisitiva extraordinaria”.

Se considera

1. A pesar de que el cargo exterioriza algunas deficiencias técnicas, tales como censurar la sentencia del Tribunal por yerro de hecho en la apreciación de las pruebas fundándose en que el sentenciador le concedió credibilidad a elementos de juicio a los que la ley se la niega, lo cual configura yerro de derecho y no de hecho, procede la Corte a sentar algunas consideraciones en torno a la prescripción, que contribuyen al mejor despacho del recurso.

2. *Del conjunto de disposiciones que reglan la institución de la prescripción se desprende que ésta cumple dos funciones en la vida jurídica, como quiera que con el lleno de determinados requisitos se adquieren las cosas ajenas o se extingue el derecho que sobre ellas se tiene (artículo 2512 del Código Civil).*

3. *La prescripción, en el campo de la adquisición de las cosas o derechos ajenos, puede ser ordinaria o extraordinaria. La primera tiene lugar mediante el lleno de los presupuestos siguientes: a) posesión regular en quien la alega; b) que su posesión sea material; c) que la posesión se prolongue por el tiempo de ley; d) que la posesión ocurra ininterrumpidamente; y, e) que la cosa o derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción. La segunda, para su configuración, difiere de la primera en que no es presupuesto sine quanon la posesión regular y, por otra parte, el tiempo de posesión requiere ser mayor.*

4. *Cuando la usucapión invocada es la ordinaria, como ya se notó, se requiere que la posesión sea de linaje regular, esto es, que proceda de justo título, que se tenga buena fe inicial y que se haya efectuado la tradición si el título es de aquellos que la ley denomina traslaticio de dominio (artículos 764, 765, 766, 768 y 2528 del Código Civil).*

5. *Al expresar la ley que el título tenga la calidad de justo, si bien no lo define, la doctrina ha entendido por tal todo aquél en cuyo perfeccionamiento se cumple a cabalidad con las exigencias legales. Por contraposición no ostenta esa calidad el título nulo, el otorgado por mandatario o representante sin ser lo uno o lo otro, de serlo, cuando rebasa sus facultades o atribuciones, el meramente putativo, etc., porque se trata de títulos que adolecen de vicios o defectos que impiden la transferencia de un derecho y que la misma ley los califica de injustos.*

En efecto, el artículo 766 del Código Civil se ocupa de la enumeración de los títulos injustos y señala como tales los siguientes: “1º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que lo pretende. 2º El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo. 3º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido. 4º El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado

ha sido revocado por acto testamentario posterior ..." (Subraya la Corte).

6. Por otra parte, al exigir la ley que el poseedor regular también requiere de la buena fe, ésta la define el ordenamiento como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio". Y la buena fe apenas se requiere que exista al momento de iniciarse la posesión por el poseedor, pues no es indispensable su permanencia o prolongación durante el tiempo que se requiere para la usucapión. En otros términos, la buena fe, en materia posesoria y prescriptiva, únicamente se precisa que exista al momento de entrar a poseer, pues así lo exteriorizan los incisos segundo y tercero del artículo 764 del Código Civil cuando ocupándose de la definición de posesión regular dispone que es "la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular". De suerte que en este punto el señor Bello siguió el criterio romano de que la mala fe sobreviniente no perjudica la buena fe inicial (mala fides superveniens non nocet).

7. Al exigirse finalmente al poseedor regular que se haya realizado la tradición, este presupuesto es indispensable cuando el título invocado es de aquellos que la ley denomina traslaticios de dominio, como la venta, la permuto, la donación entre vivos, la dación en pago, el aporte en sociedad, la transacción respecto del objeto no disputado, etc. (artículos 764 y 765 del Código Civil).

Por consiguiente, cuando la posesión toma punto de partida en uno de los títulos traslaticios antes enumerados, para que asuma el carácter de regular no solo es necesario que el título sea justo y que haya sido adquirido de buena fe, sino que requiere de la realización de la tradición, la cual se presume que ocurrió en algunos eventos respecto de bienes muebles, al preceptuar el último inciso del artículo 764 que "la posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla,

hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título", o sea, que en tratándose de inmuebles no se presume, puesto que solo se configura con su registro (artículo 756 del Código Civil).

8. El presribiente que ha alegado la adquisición de un bien por el modo de prescripción ordinaria, fuera de tener que demostrar su calidad de poseedor regular, le corresponde acreditar que en el bien que pretende ha ejecutado actos positivos o materiales que indudablemente pongan de presente su señorío, como quiera que a partir de la sentencia de la Corte de 27 de abril de 1955, al precisar el alcance de algunos artículos atinentes a la posesión, sentó el criterio de que dichos preceptos se refieren a la posesión material, acabando con el falso criterio que por mucho tiempo imperó sobre la existencia de dos posesiones, una inscrita y otra material.

Precisamente, sobre el punto dijo la Corte en sentencia de 21 de agosto de 1978 que "la vieja querella doctrinal de admitir la existencia de dos posesiones —la material y la inscrita—, perdió toda importancia y vigencia a partir del fallo de 27 de abril de 1955, mediante el cual la Corte cerró todo empeño de considerar esas dos especies de posesión, para concluir que cuando el derecho positivo alude a posesión, irremediablemente se está refiriendo a la material, que es la única y auténtica".

9. Es también exigencia, para el buen suceso de la pretensión de usucapión ordinaria, la de que el presribiente haya poseído la cosa o derecho por el tiempo exigido por la ley, o sea de tres años para muebles y de diez para inmuebles, plazo que se computa de diferente manera según se prescriba en frente de personas presentes o ausentes, pues respecto de los últimos "cada dos días se cuentan ... por uno solo para el cómputo de los años" y "se entienden presentes para efectos de la prescripción los que viven en el territorio, y ausentes los que residan en país extranjero" (artículo 2529 Código Civil). Este privilegio de duplicar el plazo de prescripción ordinaria con relación a los ausentes, no rige para otras especies de prescripción, como la extraordinaria, la agraria, ni la

especial de servidumbres, porque siendo una regulación especial, sólo se contrae a la usucapión ordinaria.

10. Finalmente, el prescribiente debe ejecutar sus actos posesorios por el tiempo requerido por la ley de tal manera que fenómenos de índole natural o civil no le hagan perder su contacto físico con la cosa, como quiera que la ley dispone que "para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren" (artículo 2528 del Código Civil). Además, se precisa, como atrás se dijo, que la cosa o derecho sea susceptible de adquirirse por usucapión, a virtud de que existen algunas cosas y derechos que la ley impide adquirirlos por este modo (artículo 2518 del Código Civil).

11. Ahora bien, para cubrir el tiempo de posesión que exige la ley en materia de usucapión, se tiene que si el prescribiente no ha poseído todo el tiempo necesario para adquirir la cosa por este modo, si su antecesor ejecutó actos posesorios, no es óbice para que aquél pida la declaratoria de pertenencia mediante la suma de posesiones, la cual procede cuando se reunen estos requisitos que se desprenden de los artículos 778 y 2521 del Código Civil: a) que exista un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor; y, b) que las posesiones que se suman sean sucesivas e ininterrumpidas.

En lo que toca con el primero de los presupuestos antes enunciados, ha sostenido de manera uniforme y reiterada la doctrina de la Corte, que el prescribiente, cuando acude a la institución de la suma de posesiones para completar el tiempo requerido por la ley, debe establecer que tiene la calidad de sucesor, a título universal o singular, de la persona o personas a quienes señala como antecesores en su posesión, esto es, le corresponde demostrar "la manera como pasó a él la posesión anterior, para que de esta suerte quede establecida la serie o cadena de posesiones, hasta el tiempo requerido. Y generalizando, se puede afirmar que el prescribiente que junta a su posesión la de los antecesores, ha de demostrar la serie de tales posesiones, mediante la prueba de los respectivos traspa-

sos, pues de lo contrario, quedarían sueltos y desvinculados los varios lapsos de posesión material" (Casación Civil 30 de abril de 1931, XXXIX, 20; 6 de julio de 1950, LXVII, 695; 6 de septiembre de 1951, LXX, 412; 13 de agosto de 1979, aún no publicada). Además de requerirse prueba del vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor, también es necesario acreditar que este último también poseyó el bien, tal como lo tiene dicho esta Corporación en numerosos fallos. (Casación Civil 14 de diciembre de 1950, LXVIII, 753; 13 de mayo de 1967, aún no publicada).

Por consiguiente, cuando el demandante en un proceso de pertenencia alega en su pro la unión de posesiones fundado en que a su posesión agrega la de su antecesor, por cuanto existe entre ellos un vínculo jurídico, consistente en un contrato de compraventa, debe aportar prueba aceptable de tal negociación y, además, de que los antecesores también poseyeron materialmente el bien.

12. Regresando a la acusación, la cual viene fundada en quebranto indirecto de la ley sustancial a consecuencia de yerros fácticos en la apreciación de los medios de convicción, se tiene que el primer reparo que se formula a la sentencia del Tribunal, consistente en haber afirmado que la prueba de inspección judicial con exhibición de documentos no se llevó a cabo, no resulta ser cierto, puesto que si bien el *ad quem*, para expresar que los libros que se proponía examinar no fueron presentados por la sociedad demandada, con motivo de que le fueron sustraídos según prueba que presentó sobre el particular, no empleó un estilo muy claro, lo cierto es que cuando afirmó que "la diligencia no se llevó a efecto", incuestionablemente se refirió al examen de los libros y no a la falta de diligencia de inspección judicial.

En lo que compete a que el juzgador de segundo grado dejó de ver algunos hechos que configuraban un indicio en contra de la sociedad demandada, o sea, que ésta se mostró renuente a la exhibición de libros, tampoco tiene razón el recurrente, porque la sociedad, llegado el momento de examen de los libros, le justificó al juzgador, con

prueba documental que consideró bastante, el motivo que impedía su presentación.

En lo que atañe al reparo consistente en que al Tribunal aceptó como prueba la copia de una denuncia penal sin firma del Secretario del despacho que la recibió, como también sin la firma original del funcionario jefe de dicha oficina, pues la que aparece "está puesta al carbón", se tiene que el ataque en este punto debió formularlo por yerro de valoración y no por yerro fáctico.

Por otra parte, la falta de firma del secretario en una actuación judicial o de policía no compromete la validez de la diligencia que se haya levantado con omisión de la firma del secretario, tal como lo tiene dicho la jurisprudencia (Casación Civil 29 de abril de 1965, aún no publicada).

Tampoco aparece demostrado con prueba de confesión de la sociedad demandada que la finca "El Tigre" fuera entregada al demandante Bergstrom con pleno conocimiento y aceptación de aquella, puesto que no es lo mismo admitir la representante legal de la sociedad que se enteró de la entrega de la finca al actor cuando se le notificó la demanda de pertenencia, a que se le entregó con conocimiento y aquiescencia de "Ganadería La Primavera Limitada". De suerte que no aparece el yerro, en la especie de evidente, que le achaca el censor al Tribunal sobre la apreciación de esta prueba.

13. A pesar de los yerros de hecho que se le endilgan al Tribunal, si los hubiera cometido tampoco producirían el quiebre de la sentencia, por las razones siguientes:

a) No demostró la parte demandante principal, en lo atinente a su pretensión de usucapión ordinaria, que tuviese la calidad de poseedor regular, pues mediante el documento privado que se dice contener un contrato de compraventa o de promesa de venta de la finca "El Tigre", celebrado entre Manuel Sarmiento Diaz, quien dijo obrar "por autorización y representación del señor Darío Sarmiento" y Gustavo Bergstrom, no constituye un título justo y, por otra parte, tampoco se ha verificado la tradición;

b) Así mismo no se demostró por el demandante principal, para efecto de la su-

ma de posesiones por él alegada, que exista un vínculo jurídico con la sociedad demandada, esto es, que aquél tenga la calidad jurídica de sucesor, a título universal o singular de ésta, pues no existe prueba aceptable sobre esta circunstancia;

c) Que, en estas condiciones, el prescribiente Bergstrom tampoco ha acreditado el tiempo para usucapir ordinaria o extraordinariamente, porque su posesión apenas data de 1973.

Viene de lo dicho que el cargo no prospera.

B. Demanda de casación de la sociedad contrademandante.

Tres cargos formula la recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco de la causal primera de casación, en procura de que se quiebre la sentencia exclusivamente en cuanto a los puntos contenidos en las decisiones 4^a y 5^a, los cuales se despacharán conjuntamente, por su conexión.

Cargo primero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo de los artículos 768 incisos 1^º, 2^º y 4^º, 964 inciso 3^º, por aplicación indebida y, 563 inciso 1^º, 966 inciso 5^º y final, por falta de aplicación.

En el desarrollo del cargo expresa el recurrente que no obstante que el Tribunal acepta que el título aducido por el demandante Bergstrom era un contrato de promesa de compraventa, ni siquiera celebrado por la verdadera dueña del predio o por representante autorizado y a sabiendas el actor de que el inmueble pertenecía a la sociedad Ganadería La Primavera, todo lo cual excluye buena fe, decidió aplicar los artículos 766 incisos 1^º y 2^º, 764 inciso 3^º y 766 inciso 1^º, que no gobernaban tal situación.

Enseguida sostiene que por el mismo motivo o fundamento dejó de aplicar los artículos 963 inciso 1^º, 966 incisos 5^º y final.

A continuación agrega el recurrente que al declarar el Tribunal que el demandante Bergstrom era poseedor de buena fe, no obstante aceptar que entró en posesión me-

diente un título no traslaticio de dominio proveniente de quien no era dueño, quebrantó por falta de aplicación el inciso final del artículo 768 del Código Civil, que en dicho punto es sustancial.

El censor concluye el cargo así:

"Como consecuencia de cualquiera de las violaciones acusadas, de normas sustanciales, es forzoso casar parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto a las declaraciones 4^a y 5^a de su parte resolutiva, para en su lugar imponer la condena en frutos en concreto, por \$ 12.000.00 mensuales, desde la fecha de la promesa de compra-venta, que lo es del comienzo de la posesión material de Bergstrom, hasta el día de la restitución material del inmueble a la sociedad 'Ganadería La Primavera'; y para no reconocer las mejoras útiles que haya podido poner en la hacienda Bergstrom antes de la notificación de la demanda".

Cargo segundo

Por éste denuncia quebranto de los artículos 964 inciso 3, 966 inciso 1º, por aplicación indebida y, 963 inciso 1º, 966 inciso 5º y final, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de derecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Comienza el censor por transcribir algunos pasajes del fallo del *ad quem* en donde examina la prueba testimonial y de la cual concluye el sentenciador que el contrademando Gustavo Bergstrom es poseedor de buena fe.

A continuación afirma el recurrente que "el error de derecho en la apreciación de esos testimonios de Jorge Sarmiento del Castillo, Manuel Sarmiento y Darío Ospina (únicos que cita la Sala falladora del Tribunal) y de los demás declarantes que no cita pero a los cuales se refiere genéricamente, Camilo Castro Hernández (Cuad. 3º folio 1º) Eduardo Ruiz Martínez (fol. 22 vto. 23 *ibidem*), José María Trigos (Cuad. 4º, folio 1º), Desiderio Reina (Cuad. 4º, fol. 2º), Mario Trujillo Quevedo (Cuad. 4º, fol. 3 vt. y 4º), Clemente Rey Solano (Cuad. 4º fol. 5 v. y 6), consiste en que el Tribunal no podía darles mérito probatorio para demostrar la buena fe del poseedor Bergstrom,

puesto que el inciso final del artículo 768 del Código Civil, dice que *existiendo un error de derecho en el detentador de la cosa*, que lo haya llevado a creerse poseedor, cuando conforme a norma legal no podía serlo, se produce una 'presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario'. Se violó así la regla probatoria contenida en este texto (no obstante que por otro aspecto es norma sustancial, como lo expuse en el cargo anterior), que da por probada la mala fe, desde que existe tal error de derecho en el poseedor, sin que testimonios, ni documentos, ni confesiones, ni otra prueba, sirvan para demostrar lo contrario, es decir la buena fe".

Agrega el recurrente que en el mismo yerro de derecho incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba documental, específicamente, del contrato de promesa de compraventa, que implícitamente tuvo en cuenta aquél "al decir que el acto de Darío Sarmiento, al prometer en venta y entregar el inmueble a Bergstrom, era prueba de la buena fe en la posesión de ésta".

Más adelante expresa el censor que un tercer yerro de valoración cometido por el Tribunal consiste en haberle concedido mérito probatorio a simples opiniones de los testigos, cuando según el *ad quem* dijeron que "las negociaciones efectuadas por la Compañía de que Darío Sarmiento era socio se prestaban a confusión con las negociaciones que éste realizaba como persona natural, porque sus dependientes y administradores personales eran a la vez dependientes y administradores de la sociedad", por lo que los terceros podían entender que cuando se trataba de actos de Sarmiento a través de tales dependientes o administradores suyos, podía ocurrir en la confusión de que se trataba de actos de la sociedad". Empero, añade el censor, los testigos no dicen que hubieran conocido actos en que tal confusión hubiera ocurrido; ni que hubieran tenido esa confusión respecto del contrato de promesa de compraventa, puesto que apenas dicen que es posible que en general y no para un caso concreto que hubieran conocido se pudiera ocurrir en tal confusión. De suerte que el sentenciador de segundo grado, al concederle mérito probatorio a tal prueba, in-

fringió los artículos 227 y 228 del Código de Procedimiento Civil, con motivo de que estos textos dejan sin mérito probatorio los testimonios en la parte que acogió el Tribunal.

Enseguida sostiene el casacionista que un cuarto error de derecho cometido por el Tribunal consiste en tener como prueba el documento contentivo de la promesa, siendo que la sociedad es tercero y no se dio cumplimiento a los numerales 1 y 2 del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil y por consiguiente se violaron, además, los artículos 264 y 279 *ibidem*.

Cargo tercero

Versa sobre quebranto de los mismos artículos señalados en cargo anterior, por idéntico sentido, pero a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Comienza la censura por endilgarle al *ad quem* yerro fáctico al no tener en cuenta la confesión de Gustavo Bergstrom contenida en la demanda principal y en la contestación a la demanda de reconvención, puesto que éste admite que la dueña y poseedora del bien raíz que Darío Sarmiento le prometió en venta era la Sociedad Ganadería La Primavera y no el citado Sarmiento, lo que descarta la buena fe en Bergstrom.

A continuación afirma el recurrente que el Tribunal, también incurrió en yerro fáctico al darle mérito probatorio a los testimonios que menciona y, a otros que no cita, en cuanto creyó "que con ellos se probaba la buena fe de Bergstrom al recibir la hacienda, por razón de la promesa de compraventa, siendo así que el documento de promesa de compraventa, celebrada por Bergstrom, reconocido por éste en su demanda y en la contestación a la demanda de reconvención y por no haberlo tachado de falso, aparece en forma evidente, que Bergstrom sabía que estaba negociando con Darío Sarmiento, pues el texto es claro y terminante al respecto".

Tales testimonios son los de Jorge Sarmiento del Castillo, Manuel Sarmiento, Darío Ospina (únicos que cita el Tribunal en dicho párrafo del folio 38 vto.) y a los que

genéricamente se refiere Camilo Castro Hernández, Eduardo Ruiz Martínez, José María Trigos, Desiderio Reina, Marco Trujillo Quivedo y Clemente Rey".

Enseguida sostiene el censor que con la apreciación que hizo el Tribunal de tal prueba, incurrió en triple error manifiesto de hecho, como quiera que la promesa de compraventa exterioriza que Bergstrom recibió el inmueble de Sarmiento y no de la sociedad propietaria; en cuanto dio mérito probatorio preferente a los testimonios sobre el documento de promesa de contrato; y, en cuanto le dio mérito probatorio a las conjeturas, deducciones genéricas de los testigos y "al concepto teórico de éstos de que en las actividades de los dependientes de Sarmiento y dependientes de la sociedad Ganadería La Primavera, había confusión respecto a si obraban como representantes de aquél o de ésta ... sin razón alguna de la ciencia del dicho sobre conocimiento de hechos concretos en los cuales hubiera ocurrido tal confusión, y especialmente en cuanto a que hubiera podido ocurrir en el caso de la promesa de compraventa ...".

Se considera

1. De conformidad con las disposiciones legales sobre la buena y mala fe en materia posesoria, expresa el artículo 768 del Código Civil, que la primera "es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", agregando, a manera de ejemplo, que "en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Es, pues, como lo tiene declarado la doctrina de la Corte, un aspecto puramente ético e interno sobre el cual descansa la institución jurídica de la buena fe y, por tal virtud, aparece como obvio y explicable que en desarrollo de este postulado se presuma el sentido de honestidad con que comúnmente actúan las personas, pues al efecto preceptúa el artículo 769 del Código Civil, que la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria".

2. La suposición de la buena fe, como conducta generalizada en la actuación de las partes en sus negocios jurídicos, como se acaba de ver, constituye una presunción, que no es de la especie juris et de jure, sino meramente legal, por cuanto admite comprobar la conducta contraria, o sea, que la actuación no estuvo revestida de la moral y honestidad con que la ley piensa y presume que actúan las personas. Empero, como lo tiene dicho la doctrina de la Corte, "realizada una actuación por una persona ha de presumirse que es normal: entre otras cosas, que su etapa intelectiva está exenta de vicios del conocimiento y de móviles fraudulentos o maliciosos constitutivos de mala fe. Entonces, quien alegare estos factores anormales del proceso síquico de esa actuación tiene que probar plenamente hechos de que el juzgador pueda inferirlos y derivar de los mismo las consecuencias previstas por la ley" (Casación Civil, 4 de julio de 1968, aún no publicada).

3. En esto de la buena fe en materia posesoria el señor Bello, en el proyecto de 1853, al redactar el artículo 844 establecía que "la buena fe se presume mientras no se prueba lo contrario. Pero la falta de título hará presumir la mala fe" (se subraya). Y en la redacción definitiva se eliminó la locución referente a que la carencia de título hace presumir la mala fe, puesto que simplemente se consagró la regla general de que "la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse".

4. Con motivo del pensamiento original del señor Bello de establecer que "la falta de título hará presumir la mala fe", la doctrina se inclinó por tal criterio y, al efecto, desde el fallo de 24 de abril de 1891, la Corte viene sosteniendo que la ausencia de título en el poseedor en materia inmobiliaria, como configura una situación jurídicamente anormal, no permite presumir la buena fe, sino la presunción contraria. En aquella fecha dijo la Corte: "Para que el poseedor sea reputado de buena fe se requiere necesariamente la existencia de un título constitutivo o traslaticio de do-

minio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivadamente la propiedad de las cosas, en virtud de la cual el poseedor puede adquirir la conciencia de que ha recibido la cosa por medios legítimos de quien tenía la facultad de enajenarla. No puede en consecuencia, presumirse poseedor de buena fe a quien no muestra título, o sea, la causa o razón por qué recibió la cosa" (Gaceta Judicial Tomo VI, página 66).

5. Posteriormente, la doctrina original de la Corte empezó a ser morigerada, pues atendiendo la circunstancia y antecedente histórico de haber sido eliminado del proyecto del Código Civil de Bello de 1853 la expresión consistente en que la "falta de título hará presumir la mala fe" y, de que la regla general es la de presumir al poseedor de buena fe, se llegó a la conclusión de que, en determinados y especialísimos eventos, a pesar de la carencia de título, el poseedor puede estar de buena fe. Por tal virtud, sostiene hoy la doctrina de la Corte: "Hay casos excepcionales, aún en materia inmobiliaria, en que el poseedor carente de título está amparado por la presunción de buena fe" (Gaceta Judicial Tomo LXXVII, 770). Y, recientemente, en fallo de 2 de julio de 1976, dijo la Corporación: "En ciertas ocasiones la Corte ha considerado, con criterio puramente subjetivo, que puede haber buena fe aún en la posesión sin título alguno (16 de julio de 1931, XXXIX, página 185) o siendo este nulo 'mientras no se establezca con la debida plenitud probatoria que el poseedor en el juicio actuó con toda malicia y con pleno conocimiento de que podían existir hechos que produjeran la nulidad'" (14 de diciembre de 1944, LVIII, página 580).

6. Para paliar el rigor del criterio doctrinal de 1891, también tiene dicho la doctrina de la Corte que cuando el poseedor funda su posesión en un título aparente o putativo, esta circunstancia no impide que el poseedor, con un título de esa naturaleza, se encuentre de buena fe. En este preciso punto dijo la Corporación: "Con acierto ha expuesto Joserrand: 'A pesar del tenor del artículo 550, inciso 1º, según el

cual, el poseedor es de buena fe cuando posee como propietario, en virtud de un título traslático de propiedad cuyos vicios ignora, la buena fe es concebible y funda el derecho a los frutos auncuando el poseedor esté desprovisto de título alguno: bastará que él haya creido en su existencia; un título imaginario, un título putativo tiene aquí el mismo valor que un título efectivo, porque como éste, es constitutivo de la buena fe. El título no se exige como condición distinta de la buena fe, sino como elemento o sostén de esta buena fe" (Gaceta Judicial T. LXXVII, 771 y 772). Reiterando este criterio dijo luego la Corte: "Es cierto que en materia inmobiliaria la falta de título es generalmente un antecedente contrario a la buena fe, pero no siempre, en todos los casos basta por sí solo para desquiciar la presunción legal. Según el inciso 3º del artículo 768, 'un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe'. Y así el poseedor es tenido de buena fe con un título meramente putativo que funde, por error excusable, su honrada creencia de ser dueño de la cosa respecto de la cual en realidad carezca de título efectivo" (Gaceta Judicial LXXXIII, 103).

7. Ahora bien, el error, según la especie, puede influir en la buena fe, pues si bien un justo error en materia de hecho no se opone a ésta, no ocurre lo propio con el error de derecho, por cuanto un yerro de este último linaje, según la ley, "constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario" (artículo 768 del Código Civil). Y es explicable que el error en materia de derecho configure una presunción de mala fe, que impide acreditar lo contrario, porque esta regla se encuentra fundada en el principio de que nadie puede alegar la ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla (artículos 9 del Código Civil y 56 del Código de Procedimiento Penal y Municipal). Por tal virtud, si se compra directamente a un menor, con apariencias de tal, un bien raíz sin la intervención del juez, no podría el comprador alegar su buena fe en tal negocio, fundado en la ignorancia de la ley sobre las formalidades que ésta exige respecto de la celebración de contratos con incapaces. Empero, no debe perderse de vista las circunstancias y posi-

bilidad de incurrir en el error, para luego determinar la especie en que se ha incurrido y su compatibilidad o no con la buena fe, pues la doctrina de los tratadistas acude al siguiente ejemplo que señalan como clásico: "Habría justo error de hecho si la compra se hiciera a un menor de edad que afirma ser mayor y cuya apariencia física parece corroborar la aserción; pero si a pesar de ésta, el aspecto del vendedor es ostensiblemente el de un menor de edad, no podría aducirse por el comprador una justa causa de error" (Curso de Derecho Civil Tomo II Nº 670, Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.).

Por consiguiente, cuando no se trata, como en el ejemplo anterior, de celebrar negocios jurídicos con incapaces, sino por el contrario entre personas plenamente capaces, no puede decirse que en este evento hay un error de derecho, como tampoco lo hay cuando el comprador cree adquirir la cosa de su verdadero dueño, sin serlo, ni cuando negocia con un mandatario aparente.

8. Hechas estas reflexiones conviene además observar que la buena o mala fe en principio importa una cuestión de hecho, que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador, cuya calificación al respecto no es susceptible de modificarse en casación, salvo que se compruebe un manifiesto error de hecho o uno de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que le sirvieron de base al fallador de instancia para determinar la clase de fe con que actuó el litigante.

Con todo, excepcionalmente, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, algunos casos devienen en una cuestión jurídica, como ocurre cuando la calificación de la buena o mala fe no es el resultado de una operación dialéctica del Tribunal, sino su acatamiento de norma legal que califica previamente como poseedor de buena o mala fe a determinada persona por encontrarse dentro de la situación que la misma disposición legal contempla, como ocurre en los eventos previstos en los artículos 9, 768, 1509, 1932 del Código Civil (Casación Civil 4 de julio de 1968, aún no publicada; 4 de julio de 1971, CXXXIV, 62).

9. Regresando a la censura y en lo atinente con el cargo primero, se tiene que el Tribunal, al calificar al contrademandado Gustavo Bergstrom como poseedor de buena fe no infringió las normas sustanciales indicadas, pues quedó ampliamente explicado que en determinadas circunstancias el poseedor, con título putativo o sin título, también puede estar de buena fe, y por demás, tal situación no configura un error de derecho que se oponga a toda costa a la buena fe del poseedor.

10. En lo que atañe al segundo cargo, mediante el cual el recurrente censura la sentencia del Tribunal de haber incurrido en yerro de valoración en la apreciación de la prueba testimonial y del documento contentivo del contrato de promesa, al derivar y afirmar de estos elementos de convicción que Gustavo Bergstrom es poseedor de buena fe, siendo que el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario, se tiene como se dijo atrás, que quien toma la posesión de un bien en el convencimiento de estar adquiriendo la cosa de su verdadero dueño o de la persona autorizada por éste, no incurre en error de derecho, ni quien así actúa queda ubicado en posición de mala fe, puesto que en tal evento el poseedor sigue amparado por la presunción general de la buena fe (artículo 769 Código Civil). También se dejó dicho que el poseedor con título putativo y, en casos excepcionales, el poseedor carente de título, puede estar asistido de la buena fe.

De suerte que si el Tribunal, con las pruebas que ataca la censura, concluyó que el contrademandado Gustavo Bergstrom, para efecto de las prestaciones mutuas, debía considerársele como poseedor de buena fe, no violó la regla probatoria contenida en el inciso final del artículo 768 del Código Civil, o sea, no cometió el yerro de valoración que se le achaca en este punto.

Tampoco incurrió en tal yerro cuando el sentenciador dedujo la buena fe posesoria de Bergstrom del dicho de Manuel Sarmiento, Dario Ospina y Jorge Sarmiento, porque del testimonio, al menos de los dos primeros, que dan ampliamente la razón del dicho, indudablemente se desprende que Gustavo Bergstrom, al celebrar la promesa

de contrato referente al predio materia del litigio y al recibir el bien inmueble, creyó, honestamente, que tal posesión provenía de su verdadero dueño, y que Manuel Sarmiento Díaz, quien se identificó en el negocio como representante de Darío Sarmiento, tenía facultades para la celebración de tal contrato.

En efecto, para un mejor despacho del cargo, se transcribe lo pertinente de las declaraciones rendidas por Manuel Sarmiento y Dario Ospina. Dice el primero: Que por contrato de trabajo fue administrador de marzo de 1969 ó 1970 a diciembre de 1975 de los negocios del señor Darío Sarmiento, en el Llano, entre los cuales se contaban los relativos a la sociedad "Ganadería La Primavera Ltda."; que "por autorización expresa de don Darío Sarmiento, en memorándum pasado por él, me autorizó para la venta de la finca 'El Tigre' a don Gustavo Bergstrom, promesa de venta que firmamos con él, con el señor Bergstrom, cuyo contrato estipulado en esta promesa cumplió el señor Bergstrom a cabalidad y dichos dineros recibidos por mí fueron relacionados oportunamente en cuentas que periódicamente estaba obligado a rendir ante la oficina de don Darío en Bogotá"; que Gustavo Bergstrom, como es lógico, debe tener "las letras correspondientes a los pagos debidamente cancelados"; que "por mis manos —por las del declarante— pasaron los valores correspondientes"; los cuales "fueron relacionados oportunamente en mis cuentas rendidas a la oficina de don Darío"; que la finca "El Tigre" se le "entregó al señor Bergstrom en el momento en que formalizamos el negocio de venta y desde entonces ha venido usufructuándola, sin oposición de nadie, hasta donde mis conocimientos me lo permiten"; que con motivo de la negociación que el declarante celebró con Gustavo Bergstrom, recibió "la comisión correspondiente al 3% del valor de dicha finca que me fue pagada luego que la finca fue pagada en su totalidad por el señor Bergstrom, puesto que en mi contrato de trabajo figuraba una cláusula en la cual dice que dichas comisiones no serían pagadas a mí por don Darío Sarmiento hasta tanto las fincas o propiedades vendidas no hubieran sido ... totalmente cu-

biero el valor de dichas fincas"; que Darío Sarmiento le manifestó al declarante, verbalmente, la necesidad de cumplirle a Gustavo Bergstrom el contrato prometido, pero no pudieron otorgar la correspondiente escritura por dificultades que por cuestiones fiscales tenía Gonzalo Durán, a quien "se había dejado prácticamente la finca como garantía de un saldo a favor" de éste "y a cargo de don Dario Sarmiento". El segundo de los declarantes, refiere: que hoy ocupa el cargo de administrador general, antes de sub-administrador, de la sociedad "Ganadería Primavera Ltda"; que su vinculación data del 1º de abril de 1970; que Manuel Sarmiento Díaz fue administrador general de la referida sociedad y por tanto fue "mi jefe inmediato"; que conoce el predio denominado "El Tigre" y le tocó administrarlo "con Manuel Sarmiento"; que al declarante le correspondió entregar la finca "El Tigre" a Gustavo Bergstrom, por orden del administrador general de entonces Manuel Sarmiento, porque le dijo que la había negociado con aquél y porque al declarante le correspondió firmar el contrato como testigo; que Manuel Sarmiento tenía facultades de Darío Sarmiento del Castillo para ofrecer en venta bienes pertenecientes a la sociedad Ganadería Primavera Ltda., porque el citado Manuel "me mostraba los memorandus (sic) que le mandaba don Darío Sarmiento diciéndole que podía ofrecer todo el ganado y las fincas de su propiedad".

Otros testimonios, como los de Eduardo Ruiz Martínez y Camilo Castro Hernández, corroboran lo afirmado por los declarantes que se acaban de citar, y los restantes, que poco o nada saben sobre los hechos, no debilitan la conclusión del Tribunal en el punto.

Por otra parte, tampoco incurrió el sentenciador en error de derecho al concederle mérito probatorio al contenido del documento de promesa, puesto que está recono-

cido por quienes lo suscribieron, no ha sido tachado de falso y, otras pruebas, como la testimonial antes analizada le sirve de soporte y corrobora lo que allí se expresa.

11. En lo que toca con el último cargo, que consiste en endilgarle al fallo del *ad quem* haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial y del documento de promesa, la Corte se remite a lo dicho en el despacho del cargo anterior, pues la buena fe con que actuó el contrademandado Bergstrom no solo se deriva de la prueba testimonial y del documento contentivo del contrato de promesa, sino además de otros elementos de convicción, que obran en el proceso, como son las letras de cambio expedidas en razón del negocio, con constancia de haber sido canceladas.

12. Viene de lo dicho, que ninguno de los cargos prospera.

Resolución

En armonía con 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 11 de octubre de 1976, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

No hay lugar a condena en costas.

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

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

EL TRIBUNAL SUPERIOR SE ABSTUVO DE DETERMINAR SI LA DEMANDADA HABIA TRABAJADO AL SERVICIO DE UNA MISMA EMPRESA DURANTE MAS DE DIEZ AÑOS CONTINUOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio dos de mil novecientos setenta y nueve.

Acta número 29.

Expediente número 6293.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Lucía Uchiman Restrepo, mayor, vecina de Medellín, en escrito que "coadyuvó" su apoderado especial, demandó a las Sociedades Industrias Bartoplas Limitada y Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijo Limitada, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"1^a). Existe unidad de empresa, para los efectos laborales, entre Industrias Bartoplas Limitada y Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijo Limitada".

"2^a). Como consecuencia de lo anterior Industrias Bartoplas Limitada, debe reintegrar a la señorita Lucía Uchiman Restrepo al cargo que desempeñaba el 5 de marzo de 1976 cuando fue injustamente despedida, en las mismas condiciones de salario y trabajo en que se encontraba.

"3^a). La empresa demandada pagará a la señorita Lucía Uchiman Restrepo el valor de todos los salarios dejados de percibir desde el 4 de marzo de 1976 hasta el momento en que se efectúe su reintegro.

"4^a). Para la liquidación de prestaciones e indemnizaciones, así como para todos los demás efectos laborales, se entiende que la vinculación de la señorita Lucía Uchiman Restrepo comenzó el 16 de julio de 1963.

"5^a). La liquidación de los intereses de las cesantías se reajustará teniendo en cuenta el valor total de estas a partir del mes de julio de 1963 cuando ingresó al servicio de la entidad demandada.

Subsidiariamente

"En caso de que el señor Juez no ordene el reintegro solicitado, que se sirva ordenar:

"1^a) Que se pague a la señorita Lucía Uchiman Restrepo el valor de la indemnización que le corresponde por DESPIDO INJUSTO, teniendo en cuenta que fue vinculada el 16 de julio de 1963 y despedida el 5 de marzo de 1976.

"2^a) Que se condene a la entidad demandada al pago de la jubilación, sanción que le corresponde a la trabajadora por haber sido despedida sin justa causa después de 10 años de servicio.

"3^a). Que se ordene el correspondiente reajuste de cesantías y los intereses de las cesantías teniendo en cuenta todo el tiempo de servicio, descontando solo las que se liquidaran parcialmente con el lleno de los requisitos legales; que el tiempo de servicio comenzó el 16 de julio de 1963 y terminó el 5 de marzo de 1976 y que el último salario recibido fue de \$ 50.00 diarios incluyendo el subsidio de transporte".

Según los hechos de la demanda Leonor Uchiman Restrepo ingresó al servicio del señor Vittorio Bartolini y para tal fin se le hizo celebrar un contrato escrito de trabajo a nombre de Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini; en febrero de 1973 la madre de la demandante se encontraba gravemente enferma, por lo cual solicitó al patrono permiso de unos días para atender la enfermedad y un préstamo en díne-

ro recibiendo como respuesta que pidiera la liquidación definitiva de sus prestaciones y que transcurridos ocho a diez le garantizaban el reintegro al trabajo, propuesta que fue aceptada. Una semana después del fallecimiento de su madre, Leonor Uchiman regresó a la Empresa a trabajar y a cumplir las mismas actividades, pero le hicieron firmar un contrato escrito de trabajo con Industrias Bartoplas Limitada. El 2 de febrero de 1976 sin ninguna causa, sin ningún motivo que explicara lo sucedido, recibió una carta firmada por el señor Bartolini, en la cual le informaba que el contrato de trabajo no sería renovado y que se daba por terminado su relación laboral el 3 de marzo de 1976, fecha en que recibió la liquidación de sus prestaciones sociales, pero sin que se le reconociera indemnización alguna; habiendo preguntado sobre la razón de esa misión, recibió como respuesta que se trataba de un contrato a término fijo, que se podía dar por terminados sin ninguna indemnización, agregando que no tenía ningún motivo o causa para darlo por terminado. Entre Industrias Bartoplás Limitada, Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijo Limitada e Industrias Bagotex Ltda., que funcionan en los mismos locales, con los mismos teléfonos y empleados, hay unidad de empresa. En consecuencia el tiempo de servicios prestado a una debe agregarse al servido en otro por lo cual la demandante trabajó al mismo patrón 12 años 9 meses y 19 días, período sobre el cual deben liquidarse las prestaciones e indemnización. El último salario devengado fue en promedio de cincuenta pesos diarios.

La demanda fue contestada por José Bartolini M., en escrito que "coadyuvó" su apoderado especial, quien propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado* del conocimiento, que lo fue el *Tercero Laboral del Circuito de Medellín*, dictó sentencia el veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y siete, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º DECLARASE, para efectos laborales, la UNIDAD DE EMPRESA entre "Industrias Bartoplas Limitada" y "Taller Italiano de Es-

cultura Vittorio Bartolini E. Hijo Limitada", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 2º CONDENASE a "Industrias Limitada" y al "Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijo Limitada", representadas por el señor José Bartolini Merlini, a REINTEGRAR a la señorita Lucía Uchiman Restrepo al cargo que desempeñaba el día cinco (5) de marzo de mil novecientos setenta y seis (1976) y a pagarle los salarios dejados de percibir desde la fecha anotada y hasta cuando el reintegro se efectuó en forma real, a razón de \$ 48.40 mte. diarios. DECLARASE que para efectos de liquidaciones así como de intereses sobre la cesantía, el contrato de trabajo celebrado entre la empresa demandada y la señorita Lucía Uchiman Restrepo, no ha tenido solución de continuidad durante el lapso comprendido entre el diez y seis (16) de julio de 1963 y la fecha del reintegro. 4º DECLARASE parcialmente probada la excepción de pago en cuanto a intereses se refiere. 5º DECLARANSE no configurados los demás medios exceptivos propuestos. 6º CON COSTAS rebajadas en un veinte (20%) por ciento".

Apeló el apoderado de la parte demandada. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral*, en fallo de veintidós de julio de mil novecientos setenta y siete, Revocó el de primer grado y en su lugar absolvió a Industrias Bartoplás Ltda. y al Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijo Ltda de los cargos formulados por Lucía Uchiman. No hizo condena en costas.

Recurrió en casación el apoderado de Leonor Uchiman Restrepo. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente que la Sala de Casación Laboral de la Corte case la sentencia recurrida "para que sea invalidada y vuelva a tener vigencia la sentencia de primera instancia dictada por el señor Juez Tercero Laboral del Circuito, es decir para que vuelva a tener vida jurídica la conde-

na impuesta a la entidad demandada". interpreta la lista que se solicita la casación total del fallo acusado, y que como Tribunal de instancia la Corte confirme la sentencia de primer grado.

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA por infracción directa al no dar aplicación al artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo y como consecuencia de ello abstenerse de aplicar el artículo 8º del Decreto Ley 2351 de 1965. El artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo recoge una tendencia universal y de aplicación a todas las actividades jurídicas. El contrato es una ley para las partes. Pero ese contrato debe ejecutarse de buena fe, es decir, que no debe utilizarse argucias, maquinaciones, "vezas", maniobras que desvirtúen no solo las circunstancias previstas expresamente en él sino también las que por su naturaleza emanan de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella. El texto es el siguiente: "Artículo 55. EJECUCION DE BUENA FE. El contrato de trabajo, como todos los contratos, DEBE EJECUTARSE DE BUENA FE, y por consiguiente OBLIGA no solo a lo que en él se expresa SINO A TODAS LAS COSAS QUE EMANAN PRECISAMENTE DE LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA o que por ley pertenecen a ella". Si entendemos por buena fe la lealtad, sinceridad y claridad con que debe ejecutarse un contrato de trabajo, tenemos que concluir que hay mala fe cuando se cubre, con un ropaje formal diferente, la verdadera relación. Hay mala fe cuando se utilizan sistemas o procedimientos, que, aparentemente lícitos, van a lesionar o modificar desfavorablemente a una de las partes, las consecuencias jurídicas y económicas normales de la relación. Hay mala fe, indiscutiblemente, cuando se ABUSA DEL DERECHO. Pues bien. El H. Tribunal Superior de Medellín en las consideraciones que hace en las páginas 3 y 4 de la sentencia impugnada, está convencido de que el contrato de trabajo suscrito entre la de-

mandante y la entidad demandada era un contrato a término indefinido, así formalmente se le hubiera hecho aparecer como a término definido. Las explicaciones que da para diferenciar el uno del otro, son mas que suficientes. "El contrato de trabajo a término fijo POR SU NATURALEZA, es una categoría destinada a regir relaciones TEMPORALES, circunstanciales, DE EXCEPCION: Montar una maquinaria, adiestrar a un grupo de operarios, aumento de ventas o de producción en ciertas épocas, etc. en semejante al contrato de obra. Al contrario, el contrato a término indefinido constituye la categoría que corresponde a relaciones de trabajo NORMALES DENTRO DE UNA EMPRESA DE CARACTER PERMANENTE Y ESTA DESTINADO A TENER VIGENCIA MIENTRAS SUBSISTEN LAS CAUSAS QUE LE DAN ORIGEN Y LA MATERIA DEL TRABAJO (artículo 5º Decreto 2351 de 1965). Es el del tejedor de una empresa de tejidos; el del guarnecedor de empresa de calzados; el de hornero de una padería; el del chofer en una empresa de taxis. Se refiere a oficios con naturales a una determinada explotación. Las relaciones que a estos corresponden tienen VOCACION DE PERMANENCIA. Ahora bien, qué explica que en tales oficios un patrono vincule a los trabajadores POR SISTEMA por contrato a término fijo, y aún mas escogiendo el mínimo que fija la ley? SE TRATA DE UN ABUSO DEL DERECHO, DEL ANIMO DE OBTENER VENTAJAS A COSTA DE DAÑOS CIERTOS AL TRABAJADOR: MENGLA EN EL MONTO DE LA INDEMNIZACION EN CASO DE DESPIDO INJUSTO: imposibilidad de pedir, en tal hipótesis su reintegro después de diez años de servicio y pérdida de su derecho o jubilación proporcional, etc.". Este concepto de la mayoría de la Sala, que acepta expresamente el ABUSO DEL DERECHO, es el mismo que expuso el magistrado que salvó su voto. Solo que este último fue mas consecuente pues llevó a la parte resolutiva los planteamientos hechos en la parte motiva. No distorsionó las conclusiones sino que con entereza quiso que los razonamientos de la parte motiva tuvieran las consecuencias normales, lógicas, jurídicas. Por eso terminó así su SALVAMIENTO DE VO-

TO, que jurídicamente hace parte de la sentencia: "Considero que se está frente a unos contratos de trabajo que han de tenerse como de DURACION INDEFINIDA por su habitualidad, por su continuidad, por su VOCACION DE PERMANENCIA, aun cuando la actitud patronal sea la de una verdadera SIMULACION, LA DE UN CONCRETO FRAUDE A LA LEY? AL TRATAR DE HACER VALER EN SU FAVOR CONTRATOS A TERMINO FIJO CON PRORROGAS AUTOMATICAS Y OTRAS COSAS, todo lo cual se resume así: ABUSO DEL DERECHO". En síntesis, señores magistrados, el H. Tribunal ha dado por sentado que en este caso existe un manifiesto y notorio ABUSO DEL DERECHO, que se han hecho simulaciones manifiestas y notorias en los documentos, para obtener beneficios indebidos, a costa de los reales derechos de los trabajadores. Cuántos trabajadores han sido víctimas, hasta el momento, de este criticable sistema utilizado en esas empresas?. Cuántos trabajadores serán víctimas en el futuro (de no poner coto o fin a ese abuso manifiesto) de ese mismo sistema? Y será posible pensar que en nuestro medio los jueces y magistrados que han descubierto esa situación se crucen de brazos y autoricen (que es lo que se hace cuando un caso se lleva a los Tribunales y no es sancionado) su continuidad?. Será eso Justicia?. "Por eso, señores magistrados, el H. Tribunal Superior de Medellín establecidas las circunstancias ya mencionadas, debió dar aplicación al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que textualmente dice: "En todo contrato de TRABAJO VA ENVUELTA LA CONDICION RESOLUTIVA POR INCUMPLIMIENTO DE LO PACTADO, CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A CARGO DE LA PARTE RESPONSABLE". Porque de "LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA" que se presentó entre Lucía Uchiman y Bartoplas Limitada, era su continuidad, era la de un contrato a término indefinido y por lo tanto así debió ejecutarse no solo la relación laboral sino especialmente su desvinculación o mejor su terminación. Los argumentos expuestos por el H. Tribunal nos relevan de hacer mas consideraciones en relación con la NATURALEZA DE LA

RELACION JURIDICA y de sus consecuencias. Por eso ese contrato OBLIGABA, no solo a lo que se encontraba escrito sino a "TODAS LAS COSAS QUE EMANAN PRECISAMENTE DE LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA" como expresamente lo exige el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo. Y obsérvese que se menciona expresamente RELACION JURIDICA que es la que REAL y CIERTAMENTE RESULTA entre los contratantes y no la que FORMALMENTE, con la redacción de documentos, se quiere hacer aparecer.

Por lo tanto, los señores Magistrados, debieron entonces dar aplicación al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que textualmente dice: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutiva por INCUMPLIMIENTO DE LO PACTADO, CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A CARGO DE LA PARTE RESPONSABLE". En el caso que comentamos se INCUMPLIO LO PACTADO, que no solo era lo que aparecía escrito en el documento sino TODAS LAS COSAS QUE EMANAN PRECISAMENTE DE LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA. Era de la NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA, la vinculación a término indefinido, por las circunstancias en que se presentaba la labor, su continuidad, su VOCACION DE PERMANENCIA etc.... EL DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO, sin el lleno de los requisitos exigidos para los contratos a término indefinido, ES UN INCUMPLIMIENTO y por lo tanto hay RESOLUCION DEL CONTRATO con la obligación para la parte responsable de pagar toda la indemnización.

Por lo tanto se presenta una clara violación de las normas sustantivas, por falta de aplicación del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo que trajo como consecuencia la falta de aplicación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Para el opositor el patrono demandado no empleó vivezas, argucias, maquinaciones, ni abusó del derecho, pues es el Código Sustantivo del Trabajo el que permite la celebración de un contrato a término fijo y su terminación mediante el preaviso legal de 30 días.

*Se considera**Segundo cargo*

El Tribunal Superior, luego de hacer las consideraciones generales en torno a los contratos a término fijo e indefinido, que transcribe el recurrente, dijo:

"De todas maneras, en acatamiento al acuerdo de la Sala General y sin que se imponga por tanto ahondar en este tema, debemos concluir: La H. Corte Suprema de Justicia, a propósito de la acción principal, se ha pronunciado últimamente en sentido contrario a ella. "Transcribe pasajes de un fallo de la Sala de Casación Laboral y continua: "Si se ha de concluir, acogiendo la jurisprudencia en mención, que la señorita Lucia Uchiman no fue despedida, pues la relación de trabajo que la vinculó a Industrias Bartoplás tuvo fin por vencimiento del plazo pactado, sobra decidir si entre las dos sociedades demandadas existe unidad de empresa y si a principios de 1973 hubo o no terminación de un contrato de trabajo y celebración de uno nuevo; ya que tales definiciones tendrán interés solo en el caso contrario".

No fundamentó el Tribunal Superior la sentencia recurrida en las consideraciones generales a que hace mención el recurrente, o sea que cuando se celebra un contrato de trabajo a término fijo se incurre en abuso del derecho por parte del patrono si la naturaleza del servicio es de carácter permanente, sino que, ante una jurisprudencia de la Corte que resolvió acatar, dejó a un lado para la decisión de la litis su propia argumentación. Si el recurrente estima que la solución lógica y jurídica es distinta a la que tomó el fallador de segunda instancia, le corresponde en primer término, para la prosperidad del cargo, destruir el soporte que sirvió, en definitiva, para sustentar el fallo recurrido. No podría la Corte concluir que el Tribunal Superior violó la ley al no decidir de acuerdo con lo que para el recurrente es la solución legal, si antes no se demuestra la ilegalidad de la fundamentación que sirvió de base al fallador para la decisión definitiva.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

"VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA POR INFRACCION DIRECTA, pues el H. Tribunal Superior de Medellín, después de reconocer todos los hechos fácticos presentados, se abstuvo de aplicar el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en su inciso 5º que originó la absolución de la parte demandada. Si se hubiera dado aplicación a dicha disposición la sentencia hubiera sido condenatoria. El citado artículo, en su inciso 5º establece: "Con todo cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicio y fuera despedido SIN JUSTA CAUSA, el juez del trabajo podrá, mediante demanda del trabajador, ORDENAR EL REINTEGRO DE ESTE EN LAS MISMAS CONDICIONES DE EMPLEO DE QUE ANTES GOZABA Y EL PAGO DE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR O LA INDEMNIZACION EN DINERO PREVISTA EN EL NUMERAL 4º de este artículo...". Se estableció, y así se ha dado por sentado en el fallo del H. Tribunal Superior, que el tiempo de servicio a la entidad demandada fue superior a los 10 años. Sin embargo el fallador de segunda instancia se abstuvo de ordenar el reintegro y el correspondiente pago de salarios, con base en estas consideraciones. "Al decidir así la *litis* se fundó el *a quo* en sentencia dictada el 23 de octubre de 1974 por la Sala que preside el H. M. Jaramillo González en la que se adoptó la tesis de que conforme a lo previsto en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, cuando se trata de un trabajo de diez años o más de servicio, es indiferente que su vinculación haya sido a término indefinido, pues en cualquiera de las dos hipótesis, si su despido no tuvo justa causa puede pedir o la indemnización correspondiente o el REINTEGRO; protección esta adicional que se concede por la ley a quienes pasan de ese límite por razones especiales. Otras Salas de esta corporación, con arreglo a la cual ese beneficio solo se ha otorgado a quienes están vinculados a un patrono por contrato a término indefinido. TAN VACILANTE HA SIDO LA POSICION DEL TRIBUNAL EN ESTE PUNTO COMO LA DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Precisamente para evitar esa dualidad en reciente reunión la SALA GENERAL LABORAL o SALA DE SALAS, al estudiar el asunto, ACORDO POR MAYORIA CEÑIRSE A LA ULTIMA JURISPRUDENCIA DE AQUELLA ALTA CORPORACION, para hacer eco así a su misión unificadora. En el presente proceso se ha dividido, no obstante la votación... NO DEJA POR ESO LA MAYORIA DE MANTENER SERIAS DUDAS SOBRE LA VALIDEZ DE ESA TESIS....

...". Lo anterior se complementa con lo expresado en la hoja 4: "DE TODAS MANERAS, EN ACATAMIENTO AL ACUERDO DE LA SALA GENERAL, y sin que se imponga por lo tanto ahondar en este tema, debemos concluir....". En síntesis el fallo proferido por la SALA DE DECISION, no fue el resultado de un análisis jurídico y real del caso concreto, en el cual al parecer, la totalidad de la Sala estaba acorde con el salvamento de voto pues la parte motiva del fallo así lo pregonó, sino el respeto a un acuerdo de la SALA LABORAL GENERAL, que con base en una sentencia de la H. Corte determinó que los contratos a término definido no tenía la protección del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. Pero si analizamos la posición de la H. Corte ante este problema encontramos que "LA VACILANTE POSICION" que ha asumido puede concretarse a las sentencias que por esa corporación se han dictado, en forma opuesta, en las siguientes fechas julio 2 de 1975, con ponencia del doctor José Enrique Arboleda Valencia (que aparece publicada en la obra o recopilación Cinco Años de Jurisprudencia Laboral, publicada por Legislación Económica, en sus páginas 323 y siguientes bajo el título de Prórroga del Contrato de Trabajo a Término fijo) y en la cual se hace un análisis de indiscutible juricidad y equidad que coloca por encima de los formalismos la verdadera labor del juzgador como es la de desentrañar el verdadero contenido de la norma para evitar que con maniobras, simulaciones, o indebidas maquinaciones, se lesione el DERECHO SUPERIOR DEL TRABAJADOR, quien indiscutiblemente es la parte débil del contrato y a quien pretende favorecer la normación laboral. Se siente satisfacción, cuando en este momento el país

se debate en una lucha a muerte contra la anormalidad, que nuestros falladores sean capaces de superar el formalismo, la exégesis, para buscar fórmulas que consulten la equidad, el respeto a los derechos que realmente pretendía salvaguardiar el legislador cuando dictó determinadas normas. Y en septiembre 21 de 1976, con ponencia del doctor Alejandro Córdoba Medina, (que también publica la misma obra mencionada anteriormente en sus páginas 425 y siguientes con salvamento de voto del doctor José Eduardo Gnecco) la posición es completamente diferente. Ya se decidió que el formalismo, la interpretación exegética, debía de primar y que el fallador no podía, so pretexto de interpretar las normas, convertirse en legislador. Posiblemente el cambio de magistrados en esa corporación pudo ser la causa de un cambio tan sustancial y en tan corto tiempo de la anterior posición. Parece ser un retroceso. Pero, en este caso, encuentra la H. Corte Suprema de Justicia la oportunidad para clarificar su posición ya que las situaciones que se le plantearon, tanto en julio 2 de 1975 como en septiembre 21 de 1976, se trataba de vinculaciones de profesores o maestros. Es decir, de personal docente que tiene una regulación expresa en relación con la duración del contrato y por ello es factible mantener posiciones encontradas. En el caso que nos ocupa ya no se trata de un profesor o de un maestro que expresamente cuenta con lo establecido en los artículos 101 y 102 para dar lugar a interpretaciones diferentes. Estamos juzgando la situación planteada con una RELACION LABORAL surgida entre una trabajadora que debía atender a funciones permanentes dentro de una empresa dedicada a actividades industriales. Su labor no se interrumpió en ningún momento. Siempre fue la misma, durante todo el tiempo que estuvo vinculada a la institución, con una pequeña interrupción, menor de 15 días, cuando se le solicitó la renuncia para que pudiera atender a la enfermedad y muerte de su madre. Se darán en este caso las mismas circunstancias que ha contemplado la Honorable Corte Suprema de Justicia en la última sentencia citada o por el contrario son diferentes y se deberá atender a lo dicho

en la sentencia de julio 2 de 1975, que se compagina mas con las circunstancias que aquí se presentan?. No consideramos necesario entrar a hacer un análisis detenido de las dos posiciones de la H. Corte Suprema de Justicia pues entendemos que en el caso que se juzga la situación es clara porque no se trata de personas vinculadas a la docencia sino de trabajadores comunes y corrientes. Somos partidarios de la sentencia de julio 1 de 1975 y allí se encuentran los argumentos necesarios para su defensa. No entendemos la labor del juzgador como la del autómata, la de quien simplemente se contenta con analizar la prueba formal arrimada al expediente sin buscar la VERDAD REAL, por encima de la VERDAD FORMAL, para tomar decisiones justas y equitativas. Pretender que la ley quiso que los mas vivos los mas astutos, estuvieran por encima de ella utilizando documentos o formalidades o simulaciones, y que el juez no está facultado para desenmascarar esas situaciones es ir contra la corriente universal que pretende darle al fallador facultades suficientes para analizar la realidad de la situación que se le plantea y no la realidad formal que se le quiere presentar. El dinamismo, la inteligencia, el raciocinio, deben ser las características de nuestros falladores para enfrentarla cada día mas creciente descomposición social que va dejando a la zaga a quienes confían en sus instituciones jurídicas porque la malicia, la astucia, la "viveza" se aprovecha de toda oportunidad para señorarse de la sociedad y colocarnos en la situación actual donde se cree que todos los hechos tienen que ser ilícitos para tener sanciones, que no basta que sean inmorales, antiéticos, para ser sancionados social, moral y civilmente. Colocarle al juez la camisa de fuerza de la exégesis es retroceder, y en mucho, en nuestra lenta marcha hacia una sociedad justa, equilibrada, que impide los abusos de los poderosos en contra de los débiles. Hay que avanzan y mas en estos difíciles tiempos que vive nuestra patria. Por lo anterior consideramos que la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín violó la ley sustantiva, por falta de aplicación del numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, ya que encontrán-

do demostradas las circunstancias que indicaban la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y haberse dado por terminado sin justa causa, por parte del patrono, debió haber condenado a la sanción correspondiente. Como no lo hizo violó ostensiblemente por falta, de aplicación la ley sustancial laboral".

Para el opositor el patrono no violó las normas del contrato a término fijo, sino que simplemente se atuvo a lo pactado y no quiso prorrogar, por su propia voluntad, el término o plazo establecido. Agrega que la demandante no tenía diez años continuos de servicios, pues existió solución de continuidad por renuncia expresa de la trabajadora.

Se considera

La acusación se hace por la vía directa, lo que supone concordancia entre los hechos que apoya su desición la sentencia recurrida y aquellos en los cuales se fundamenta la acusación.

En el cargo que se estudia el recurrente parte de la base de que "Se estableció, y así se ha dado por sentado en el fallo del H. Tribunal Superior, que el tiempo de servicios a la entidad demandada fue superior a los diez años".

Sinembargo, nada dijo el Tribunal Superior sobre el tiempo de servicios prestados por la demandante a las demandadas. Aún más: en forma expresa eludió la definición del asunto, por cuanto esos diez años, de acuerdo con la demanda inicial del proceso, se entregaban con servicios prestados a diferentes personas, y para acreditar que trabajó más de diez años solicitó se declarara la unidad de empresa de las demandadas para hacer el cómputo laboral, y en la sentencia recurrida se dijo que: "sobra decidir si entre las dos sociedades demandadas existe unidad de empresa y si a principios de 1973 hubo o no terminación de un contrato de trabajo y celebración de uno nuevo, ya que tales definiciones tendrían solo en el caso contrario". Es decir, que en forma clara y expresa el Tribunal Superior se abstuvo de determinar si la demandante había trabajado al servicio de

una misma empresa durante más de diez años continuos.

El cargo, por las razones anteriores, no prospera.

Tercer cargo

"Violación de la Ley Sustantiva de los artículos 43-45 del Código Sustantivo del Trabajo y 4º y 5º del Decreto 2351 de 1965, POR INTERPRETACION ERRONEA al considerar que el contrato de trabajo suscrito con la demandante era a término definido, cuando de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y las demás circunstancias que lo rodearon era a término indefinido. Este error llevó al H. Tribunal a no aplicar el artículo 8º del mismo decreto". El artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, dice textualmente "El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser inferior a un año, ni superior a tres pero es renovable indefinidamente, 2. Cuando se trate de labores ocasionales o transitorias, de reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, de atender al incremento de la producción, al transporte o a las ventas, o de otras actividades análogas, circunstancias que se hará constar siempre en el contrato, el término podrá ser inferior a un año. El artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo establece lo que se ha llamado las cláusulas ineficaces y dice: "En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las ESTIPULACIONES O CONDICIONES QUE DESMEJOREN LA SITUACION DEL TRABAJADOR en relación con lo que establezca la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ILICITAS O ILEGALES por cualquier aspecto.....". Quiere decir lo anterior que aún cuando las partes VOLUNTARIAMENTE acepten la inclusión de cláusulas o condiciones que DESMEJOREN LA SITUACION DEL TRABAJADOR, estas no producen ningún efecto. En el caso que nos ocupa se ha establecido que la cláusula que califica el contrato como a TERMINO FIJO desmejora la SITUACION REAL DEL TRABAJADOR por cuanto, siendo su acti-

vidad permanente y continua y con vocación de permanencia, que origina dentro de una concepción real y cierta de la relación laboral un contrato de trabajo a término indefinido, esa cláusula desmejora su situación ante trabajadores que cumpliendo la misma actividad ante patrones honestos que no utilizan maniobras o artificios engañosos, siempre se encontrarán ante contratos a término indefinido. Entonces el Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de dar aplicación a dicho artículo y le dio validez a una cláusula que desmejora la situación del trabajador. Por eso interpretó indebidamente los artículos 4º y 5º del Decreto 2351 de 1965, incluyendo esa relación laboral dentro de los contratos a término fijo y no dentro de los contratos a término indefinido. Esta errónea interpretación llevó al Tribunal a no aplicar el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y por ello absolvio a la entidad demandada. Si el Tribunal aplica el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo habría interpretado correctamente los artículos 4º y 5º del Decreto 2351 de 1965 al incluir, dentro de los contratos a término indefinido el que es materia de este recurso y no como contrato a término fijo. Como consecuencia de lo anterior había aplicado el artículo 8º, numeral 5º del mismo estatuto y habría ordenado el reintegro como lo ordenó el Juez de instancia".

Para el opositor no hay interpretación errónea de las normas citadas por el recurrente, pues simplemente la Empresa dio cumplimiento a un contrato de trabajo que es la ley para las partes, en el cual se pactó por escrito un contrato a término fijo.

Se considera

El contrato de trabajo a término fijo se encuentra regulado por el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965. Cuando se celebra por un año o más sin exceder de tres años, no está sujeto a limitación alguna. Solo cuando el término es inferior a un año la ley señala limitaciones de acuerdo con la naturaleza de la labor realizada. En consecuencia no puede afirmarse como regla general que la cláusula en que se pacta un

término fijo del contrato de trabajo dentro de los límites señalados en el inciso 1 o sea un mínimo de un año o un máximo de tres, desmejore la situación del trabajador en relación con la que establezca la legislación del trabajo y otras normas de superior jerarquía al contrato individual.

Si el recurrente estima que en el caso en estudio se produjo desmejora real de las condiciones de trabajo del trabajador, ha debido indicar cuales normas legales o fallos arbitrales, pactos y convenciones colectivas o reglamentos de trabajo establecen un régimen más favorable que el término fijo pactado en el contrato individual de trabajo. Además las razones que expone sobre desmejora de la situación real del trabajador implican cuestiones fácticas que no tienen cabida dentro de la acusación por la vía directa, por no haber dado por demostrado el fallador de segunda instancia los hechos en las cuales se fundamentan.

De todo lo anterior se concluye que 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 veintidós de julio de mil novecientos setenta y siete por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el proceso ordinario seguido por Lucía Uchiman Restrepo contra Industrias Bartoplás Ltda. y Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijo Limitada.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO HAY LUGAR AL REINTEGRO DEL TRABAJADOR, YA QUE LA DEJACION VOLUNTARIA DEL EMPLEO POR PARTE DEL TRABAJADOR, HABIA FENECIDO EL CONTRATO DE TRABAJO

Las pruebas aducidas, hábiles y calificadas, no demuestran la desmejora en las condiciones de trabajo alegadas por el trabajador

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente número 6628.

Acta número 30.

En el juicio que propuso don José Germán Serna Restrepo contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el Juez Segundo Laboral de Manizales condenó a la demandada a pagarle al demandante \$ 19.873.96 por concepto de intereses sobre la cesantía, sanción por demora en satisfacerle tales intereses e indemnización moratoria. Y apelada por ambas partes la decisión del Juez, el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 21 de noviembre de 1978, la modificó para disponer que también se le pagara al actor un reajuste de cesantía y un ligero aumento en el valor de las demás condenaciones hechas por el Juez.

Quedaron así denegadas en las instancias las súplicas sobre pago de salarios insoluto, prima proporcional de servicios, compensación monetaria de vacaciones, indemnización por despido injusto, bonificación por retiro, auxilios de educación y por calamidad doméstica, prima de vacaciones legal y extralegal, subsidio familiar legal y

extralegal, propuestas en el libelo dirigido por Serna Contra la Federación.

Inconforme con la sentencia del Tribunal, acude en casación el actor para impedir que sea casada en cuanto rechazó las peticiones que acaban de mencionarse, que luego se revogue la del Juez y que la Corte acceda, finalmente, a todas las pretensiones del libelo.

Así lo dice la demanda de casación (folios 10 a 27 de este cuaderno), que contiene dos cargos, no replicados por la contraparte.

El primer cargo dice así: "Acuso la sentencia recurrida por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 que subrogó el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la aplicación indebida de los artículos 6º, 7º, ordinal 10 y su parágrafo, 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como norma permanente por la Ley 48 de 1968 y de los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma directa independientemente de las pruebas que obran en el expediente.

"DEMOSTRACION

"El Tribunal Superior de Manizales, apreció la situación relativa a la terminación del contrato de trabajo entre las partes, a través de la decisión del proceso de fueno sindical propuesto por el actor con-

tra la empleadora ante el Juzgado Primero del Circuito Laboral de Manizales decidió finalmente por la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad. En esa sentencia se declaró la ausencia probatoria del despido del trabajador por parte de la empresa, ya que en su decir, "fue el actor quien se negó a cumplir las órdenes del patrono a trasladarse a otro cargo y cuando por tal razón se tramitaba el permiso solicitado por la empresa para poderlo despedir por tratarse de un trabajador amparado por el fuero sindical, este resolvió dar por terminado su contrato al no regresar al lugar del trabajo luego de disfrutar de un período de vacaciones legalmente concedido por la empleadora, manifestando así en forma inequívoca su deseo de terminar con la vinculación laboral". (El subrayado no es del texto). Obviamente, concluye el Tribunal, que por la no concurrencia del trabajador al lugar del trabajo, dio por terminado de manera unilateral además, el contrato de trabajo.

"Sin embargo, el hecho asimilado con la terminación del contrato por parte del trabajador, no encuadra dentro de las formas de terminación de los contratos de trabajo establecidas en el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965. Por eso, al desatar el recurso de apelación, el Tribunal confundió la extinción del contrato de trabajo, con una de las justas causas para terminarlo, concretamente la establecida en el ordinal 10 del artículo 7º del mismo decreto, que permite al patrono concluir unilateralmente. A este respecto, ha dicho la Corte:

"El simple hecho de que el trabajador deje de asistir al lugar en que debe prestar sus servicios no extingue el contrato, pues bien puede haber justa causa de impedimento o permiso del patrono o simple tolerancia suya. Pero si la falta al trabajo es inexcusable, tampoco se producen automáticamente la ruptura del contrato, ya que apenas surge así una causa para que el patrono lo dé por terminado unilateralmente, mas no sin previo aviso escrito dirigido al trabajador, con la antelación fijada por la ley o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal periodo, y manifestando concretamente el motivo que los mueve a tomar esa determinación, se-

gún lo preceptúan en forma muy clara los artículos 63 y 66 del Código Sustantivo del Trabajo". Gaceta Judicial, XCIII, 506. (El subrayado no es del texto).

"En consecuencia, el fallador aplicó en forma indebida el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, al subsumir en la norma un hecho no contemplado en ella. Y por la misma razón, aplicó indebidamente el artículo 7º del mismo decreto, pues extendió la noción de justa causa para la terminación del contrato por parte del patrono hasta una de las formas de terminación del mismo.

"Al violar los artículos 6º y 7º en su numeral 10 del Decreto 2351 de 1965, quebrantó, igualmente, el parágrafo del artículo 7º del mismo decreto al no estimar incumplida por la parte demandada la obligación contenida en dicho parágrafo y, consecuencialmente, el artículo 8º del mismo decreto y los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no habiéndose invocado simultáneamente con la terminación del contrato el motivo concreto que dio origen a ésta, se produjo la terminación unilateral sin justa causa de la relación laboral, empero lo cual, absolvió de la indemnización por despido injusto, en los términos de la convención Colectiva.

"Sin la violación de las disposiciones anotadas como quebrantadas en el concepto del cargo, el Tribunal Superior de Manizales hubiera declarado que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa y, consecuencialmente, la hubiera condenado al pago de tal indemnización en los términos de la convención vigente. En tal virtud, solicito la revocatoria del fallo de primer grado para que la Corte, en sede de instancia una vez producida la casación de la sentencia de segundo grado, condene a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia al pago de la indemnización por despido injusto en los términos de la Convención Colectiva vigente". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transrito).

Sobre el tema objeto del ataque, discutió así el Tribunal:

"La indemnización de carácter convencional sobre estabilidad laboral por terminación del contrato de trabajo..."

"Se repite cada vez que se trata de resolver la petición que nos ocupa, que corresponde al trabajador demostrar el despido y al patrono su justificación.

"Pues bien, en el caso de autos la terminación del contrato de trabajo es algo que ha sido discutido y fallado entre las partes de este proceso y por ello no es del caso volver sobre lo mismo en este proceso ordinario. Precisamente cuando se decidió sobre la acción de reintegro incoada por el actor dentro del proceso especial de Fueno Sindical, tanto el *a quo* como el *ad quem* estuvieron de acuerdo en que tal acción no podía prosperar por cuanto ella fue propuesta luego de terminado el contrato de trabajo y por consiguiente debía tener como presupuesto esencial el despido, hecho que no encontró demostrado el Juzgador ya que fue el actor quien se negó a cumplir las órdenes del patrono de trasladarse a otro cargo y cuando por tal razón se tramitaba el permiso solicitado por la empresa para poderlo despedir por tratarse de un trabajador amparado por el fuero sindical, éste resolvió dar por terminado su contrato al no regresar al lugar del trabajo luego de disfrutar de un período de vacaciones legalmente concedido por la empleadora, manifestando así en forma inequívoca su deseo de terminar con la vinculación laboral.

"Acorde con lo anterior, al desatar el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia que no había ordenado el reintegro del trabajador, la Sala con ponencia del H. Magistrado doctor Gersam Arias Vélez dijo en aparte que igualmente transcribió el *a quo* en la sentencia que ahora se revisa:

"El actor no ha demostrado que hubiera sido despedido; él mismo alega que se le trasladó de un cargo a otro y que como se sentía degradado no aceptó las nuevas funciones y dejó de concurrir a su oficina, con lo cual rompió el vínculo que lo ataba a la empresa. Su apoderado al sustentar el recurso dijo lo siguiente: 'd) Ciento es como lo aprecia el funcionario del cono-

cimiento que mi poderdante se negó a asumir las funciones a él asignadas en el nuevo cargo, e inclusive dejó de asistir al trabajo, manifestación con la cual acepta expresamente que fue el trabajador el que en forma unilateral se desvinculó de la empresa, dejando de cumplir con sus funciones. De todas maneras correspondía al actor demostrar el despido y ello no lo logró en el proceso, por el contrario, aparece que fue el mismo trabajador quien terminó el contrato desde el momento que decidió no regresar a prestar sus servicios..." (folios 627 frente cuaderno 3 bis).

"Se está entonces la Sala a lo dicho en la sentencia cuya parte pertinente acaba de transcribirse y por tanto deniega la petición". (Las subrayas son del texto transcritto).

La Sala considera

Como acaba de leerse, el fallo del Tribunal sobre la súplica relativa a indemnización por despido injusto del demandante se fundamentó en lo dispuesto en sentencia proferida en juicio anterior entre las mismas partes, donde se esclareció que no hubo despido del trabajador sino que éste se absuivo de cumplir las nuevas labores que le había encomendado su patrono. O sea, que por dejación voluntaria del empleo por parte de Serna, había feneido el contrato de trabajo que lo ligaba con la Federación de Cafeteros y, por ende, no había lugar al reintegro que en ese primer proceso demandaba el dicho señor Serna.

Y como el artículo 6º, ordinal g, del Decreto Legislativo 2351 de 1965 consagra entre los motivos para que el contrato de trabajo termine legalmente la sentencia ejecutoriada que así lo declare, no interpretó en forma errada el Tribunal ad quem dicha norma, ni las demás que el cargo invoca, cuando se remitió a lo dispuesto sobre este tema en fallo anterior pronunciado en otro juicio entre los actuales litigantes, para no acceder a la petición sobre resarcimiento de perjuicios por una ruptura injusta del vínculo laboral que el actor le atribuía a la entidad demandada.

El ataque no prospera, en consecuencia

Segundo cargo. Fue planteado así: "Acuso la sentencia por ser violatoria, por aplicación indebida a través de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas de los artículos 22, 27, ordinales 1º y 4º del 57, ordinal 1º del 59, 55, 149, 127, 140, 306, 308, 186, 196 modificado este último por el artículo 8º del Decreto 617 de 1954, 405 modificado por el artículo 1º del Decreto 204 de 1957, 467 y 468 del Código Sustitutivo del Trabajo, del artículo 7º del Decreto 118 de 1956 y del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965. Además violó como infracción de medios los artículos 177, 200 y 277 del Código de Procedimiento Civil, 51 y 61 del Código de Procedimiento Laboral.

"La violación de las disposiciones indicadas, se produjo en forma indirecta, según se precisará en el desarrollo del cargo.

"Los errores de hecho consisten:

"**Primero.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, que entre el 18 de julio de 1975 y el 11 de enero de 1976, subsistían las causas que le dieron origen a la relación y a la materia del trabajo.

"**Segundo.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, que subsistiendo las causas que le dieron origen al contrato y la materia del trabajo, la empleadora por acto u hecho propio, impidió al trabajador que permanecía en la empresa, ejercer sus funciones en el tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1975 y el 11 de enero de 1976.

"**Tercero.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, que la empleadora, en el tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1975 y el 11 de enero de 1976, no puso a disposición del actor los medios adecuados para la realización de sus labores.

"**Cuarto.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, que la empleadora incumplió el contrato de trabajo al pretender sancionar al trabajador, desmejorándolo en sus condiciones laborales, sin el sometimiento a las normas legales y convencionales al respecto. Y al haber dado por demostrado, sin estarlo, que el trabajador por su propia culpa dejó de prestar sus servicios durante el tiempo comprendido en-

tre el 18 de julio de 1975 y el 11 de enero de 1976.

"**Quinto.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, la mala fe de la empleadora en el desarrollo del contrato de trabajo, al valerse de subterfugios, concretados en la aplicación de sanciones, disfrazadas de obligaciones laborales que debían cumplir el trabajador, desempeñando funciones distintas e inferiores respecto a las que le correspondían, como funcionario de contabilidad. E igualmente, concretada en la falsa apariencia de rebeldía del trabajador en el acatamiento de las órdenes, para suspenderle y desconocerle el derecho al salario y a otros beneficios laborales.

"**Sexto.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, que la empresa, retuvo el valor de los salarios del trabajador correspondientes al tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1975 y el 31 de diciembre del mismo año, sin mediar su autorización previa por escrito o mandamiento judicial.

"**Séptimo.** En haber dado por demostrado, sin estarlo, que la empresa reconoció al trabajador el derecho de disfrutar de las vacaciones correspondientes al último período. Y en dar por demostrado, sin estarlo, el cumplimiento del pago en dinero de tal período, lo mismo que el de la prima correspondiente a las vacaciones.

"**Octavo.** En no haber dado por demostrado, esténdolo, que la empleadora adeuda al trabajador, además de los salarios insoluto indicados anteriormente, el valor proporcional de la prima de servicios del último período, el auxilio de educación, el subsidio familiar ((legal y extralegal), a partir del mes de julio de 1975, como la bonificación por retiro y la prima extralegal de servicios, lo mismo que la indemnización moratoria por la falta de pago tanto de los salarios como de las prestaciones legales y extralegales.

"Las pruebas erróneamente apreciadas, son:

"a) El interrogatorio de parte del señor José Germán Serna Restrepo, visible a folios 73 a 75 del cuaderno número 2 del expediente.

"b) Memorandos que en fotocopias obran a folios 147 a 218 del cuaderno principal.

"c) Documento de julio 18 de 1975, mediante el cual, la empleadora pretendió sancionar, al trabajador desmejorándolo en sus condiciones de trabajo y colocándolo en situación de no poder ejercer la labor para la que había sido contratado y justificar la deducción del salario. (folios 16 del cuaderno principal y 61 del cuaderno número 2).

"d) El testimonio del señor Jorge Osorio, Jefe de Contabilidad de la demandada y suscriptor del documento inmediatamente anterior. Esta prueba que milita a folios 127 a 129 del cuaderno número 2, es complementaria del documento de folio 16 del cuaderno principal y del 61 del cuaderno número 2.

"e) La inspección judicial de folios 142 a 143 del cuaderno principal.

"f) Documentos de folios 520 cuaderno número 3 del cuaderno principal relativos a las vacaciones.

"g) Documento de folio 4 del cuaderno número 2 en el que el trabajador expresó su oposición a la modificación unilateral en sus condiciones de trabajo.

"DEMOSTRACION

"El Tribunal de Manizales al resolver la petición relativa al pago de los salarios insoluto correspondientes al tiempo comprendido entre el 18 de julio y el 31 de diciembre de 1975, reconoció la vigencia del contrato de trabajo en ese mismo período extendido incluso, hasta el 11 de enero de 1976, fecha que se ha aceptado como la determinación definitiva de la relación laboral.

"Sin embargo, el fallador, fundamentándose en el interrogatorio de parte rendido por el actor (folios 73 a 75 del cuaderno número 20) en los memorandos de folios 147 a 218 del cuaderno principal y en los documentos de folios 16 y 61 de los cuadernos principal y número 2, respectivamente, dedujo la carencia de la prestación de servicios durante ese tiempo, por parte del trabajador, para concluir, en aplicación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la falta de causa del derecho para la percepción del salario. Pues este, en su concepto, se genera, sin excepciones en la prestación de servicios.

"Cabe anotar, en primer término, que el Tribunal apreció el interrogatorio de parte del actor, como prueba escueta de la negativa del trabajador a prestar sus servicios a la empresa, dando a entender la mediación de actitudes rebeldes del trabajador en cumplimiento de sus obligaciones laborales. Empero, en la respuesta a la octava y última pregunta del interrogatorio el trabajador fue enfático en denunciar la actitud —esa sí unilateral— de la empresa, cuya pretensión desbordaba las condiciones del contrato, de la ley y la equidad. Ciertamente, manifestó en el interrogatorio que, efectivamente, no había prestado sus servicios a la empresa en la Sección de Kárdex, porque tal designación vulneraba, como aforado, sus derechos a no ser desmejorado en sus condiciones de trabajo. En la misma diligencia y en la misma respuesta, hizo la salvedad de su concurrencia a la oficina y destacar la disposición para realizar las labores que le correspondían, de acuerdo con el contrato vigente, amparado de contera por el fuero sindical.

"Entonces, de la prueba del interrogatorio de parte del actor, no puede deducirse, como lo hizo el fallador, el incumplimiento voluntario del trabajador en la prestación del servicio. Más bien demuestra tal prueba o mejor, denuncia tal medio que, si el trabajador no realizó sus labores de Auxiliar de Contabilidad, fue en razón de hechos y culpas imputables a la empresa.

"A parte del error de hecho anotado, el Tribunal al valorar la prueba en cuestión, no la apreció en forma indivisible, con sus modificaciones, explicaciones y aclaraciones según las cuales, la empleadora impidió la realización del trabajo debido por el trabajador en cumplimiento del contrato. Por eso, igualmente, apreció equivocadamente la prueba de interrogatorio de parte con el consiguiente quebrantamiento de los artículos 51 y 61 del Código de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, en el concepto de infracción de medio.

"Refiriéndose a los documentos de folios 147 a 218 del cuaderno principal, el sentenciador los apreció como pruebas de la culpa del trabajador en la no prestación

de sus servicios como tal. Pero es lo cierto, que esos documentos, de tener valor legal probatorio, demuestran cuando más, que el actor no prestó sus servicios en la Sección de Kárdex. Como no se trataba de demostrar el servicio en el Kárdex, sino las razones por las cuales el trabajador no le prestó sus servicios a la empresa, esto es, la culpa del trabajador o de la empresa al respecto, resulta que los referidos documentos nada prueban frente a la esencia del problema.

"Resulta, pues, ostensible el error de hecho en que incurrió el Tribunal, al valorar los documentos reseñados, como prueba demostrativa de la culpa del trabajador en la no realización del trabajo para la empresa, desde luego que, en tales documentos no se indican las causas y razones por las cuales el actor no trabajó en esa Sección de Kárdex y menos en la Sección de Contabilidad.

"Además, tratándose de documentos privados emanados de terceros, sin mediar la ratificación establecida para la prueba de testigos, mal pueden oponerse como medio probatorio al actor, respecto a conductas personales, como lo hizo el sentenciador, violando así, en el concepto de infracción de medio el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 51 y 61 del Código de Procedimiento Laboral.

"De la valoración probatoria del documento de folios 61 y 16 del cuaderno principal y del número 2 respectivamente, dedujo el Tribunal que el actor se negó a laborar en ese nuevo cargo, pero no por culpa del patrono sino por su propia decisión. Y concluye en que "si el salario implica como dice el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, "retribución de servicios", cómo puede reclamar ahora (el trabajador) que se le pague el tiempo que no quiso laborar y cómo se obliga a la demandada a pagar un salario que no tuvo contraprestación cuando dicha demandada estuvo dispuesta a pagar, siempre que tal contraprestación se diera?". "Es claro — continúa el sentenciador— que fue el mismo actor quien se colocó en condiciones de no poder exigir el pago de salarios y la em-

presa estaba en su derecho de no pagarlo...".

"El documento de folios 61 y 16 indicado, fue suscrito por el Jefe del Departamento de Contabilidad de la empresa, señor Jorge Osorio. Por eso, nadie mejor que él, estuvo y está en capacidad para indicar con mayor exactitud el contenido del referido documento reconocido, en su firma, en la respectiva audiencia de recepción del testimonio, visible a folios 127 a 129 del cuaderno número 2 del expediente.

"Ese testimonio, íntimamente ligado al documento reconocido por el deponente en su firma y contenido, manifestó que él mismo había dispuesto el traslado del actor al nuevo cargo por las siguientes razones: Bajo rendimiento en el cargo que estaba desempeñando, por razones que obedecen a la falta de interés del señor Serna y a sus múltiples problemas familiares y personales que repercutían en el descuido del trabajo de su oficina y en sus obligaciones con el hogar.

"Reconoce igualmente, que el nuevo cargo era más liviano para ver si allí rendía. Nada más elocuente de la prueba de la sanción que la empresa pretendió imponerle al señor Serna Restrepo, mediante el cambio en las funciones que había venido desempeñando.

"Entonces, la prueba documental en referencia, apreciada conjuntamente con el testimonio de la persona que la suscribió, demuestra, incuestionablemente, que la empresa apartándose del procedimiento adecuado para la imposición de sanciones, simuló un traslado pretendiendo consagrar unilateralmente, como obligación del trabajador la realización de labores que ciertamente, desmejoraban las condiciones laborales del actor.

"Pero el fallador, dedujo de ese medio de convicción lo contrario, es decir la culpa del trabajador, en la no prestación del servicio, cuando la realidad es que el servicio no se prestó por la culpa empresarial que, valiéndose de actos simulados como el traslado, impidió la realización de las labores normales del actor, existiendo las causas que le dieron origen al contrato y a la materia del mismo, bilateralmente convenidas entre las partes.

"El error de hecho del Tribunal en la apreciación de la prueba en comento, según se ha reseñado, lo condujo al quebrantamiento del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, en cuanto a que no obstante, estar vigente el contrato, subsistiendo la materia del trabajo, indicó como obligación del asalariado la prestación de servicios en menesteres distintos para las que había sido contratado, subsistiendo, se repite, la necesidad del servicio en la rama contable de la empresa.

"Entonces, subsistiendo las causas y la materia del trabajo que le dieron origen a la relación, sin que los servicios se prestaran en la materia del trabajo el Tribunal por la equivocada apreciación del documento de folios 61 y 16, según se ha reseñado, aplicó indebidamente los artículos 127 y 140 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que, pese a estar probado que los servicios debidos por el trabajador no se realizaron, por la culpa de la empresa en la vigencia del contrato, no la declaró deudora de los salarios causados durante el tiempo en el que el trabajador no prestó realmente los servicios debidos, cuando la empleadora que no puso a disposición del actor los medios adecuados para su realización. Consecuencialmente, quebrantó las disposiciones de los ordinales 1º y 4º del artículo 57 y los artículos 22, 59 ordinal 1º, 149 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, pues apareciendo acreditado el derecho del trabajador a percibir sus salarios durante el tiempo en que no prestó sus servicios durante la vigencia del contrato, no declaró la obligación de la empresa de poner a disposición del trabajador los medios adecuados para la realización de su labor, ni de pagar la remuneración pactada bilateralmente, absteniéndose así mismo, de declarar a la empresa de haber incurrido en la prohibición a los patronos de deducir, retener o compensar suma alguna de salario, sin orden escrita del trabajador.

"Dada la circunstancia acreditada de la simulación de la empresa para la imposición de una sanción, a través de la cual dedujo los salarios del trabajador, durante el tiempo en que por su culpa no se realizó la labor debida, según se ha estudiado en este cargo a través del documento de folios

16 y 61, en relación con el testimonio del señor Jorge Osorio que el Tribunal apreció equivocadamente, incurriendo en los errores de hecho anotados, determinó el quebrantamiento en el concepto de aplicación indebida de los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque de haberlos apreciado en su significado y esencia, hubiera concluido en que la empresa actuó de mala fe tanto en el desarrollo del contrato como en la retención indebida de los salarios y, necesariamente, le hubiera impuesto en aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización moratoria a su cargo.

"En la apreciación de la inspección judicial de folios 142 a 143 del cuaderno principal, también incurrió el Tribunal en ostensibles errores de hecho, pues de ella se desprende que el período comprendido entre el 15 de julio de 1975 y el 31 de diciembre del mismo año, la empresa no solo retuvo los salarios del trabajador sino el valor proporcional a la última prima de servicios, del importe de las vacaciones, correspondientes al último período, el valor del auxilio extralegal para la educación de los hijos del trabajador, el valor del subsidio familiar (legal y extralegal) la bonificación por retiro, la prima extralegal de vacaciones y la prima extralegal de servicios. Sin embargo, el Tribunal en razón del error de hecho en la apreciación del documento de folios 16 y 61, según se ha reseñado, incurrió, consecuencialmente, en el error de hecho en la apreciación de la inspección judicial, puesto que de ella no dedujo que la empresa era deudora frente al trabajador de las sumas de dinero que de acuerdo con la inspección, aparecen insolutas, teniendo en consideración la vigencia del contrato por ese lapso. Entonces, el error de hecho en la valoración de la inspección judicial, en relación con las que se dejan reseñadas, condujeron, inexorablemente al Tribunal a quebrantar por aplicación indebida las normas reguladoras de los derechos relativos a la prima de servicios, vacaciones y al subsidio familiar e igualmente, al quebrantamiento de los artículos 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto desconoció

los derechos y prestaciones del trabajador en los términos de la Convención Colectiva.

"Los errores de hecho anotados determinaron que el Tribunal Superior de Manizales absolviera a la empresa de las pretensiones de la actora. Sin los errores de hecho anotados, hubiera accedido a las peticiones demandatorias que en esta oportunidad se concretan en el alcance de la impugnación a fin de que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, una vez casada la sentencia del Tribunal de Manizales y constituida en Tribunal de instancia, acceda a las peticiones señaladas en el alcance de la impugnación". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Sobre el tema objeto del ataque el Tribunal razonó extensamente (folios 43 a 65, cuaderno 4º), y así encontró que con motivo del traslado del señor Serna a una ocupación distinta, dispuesto por el Jefe de Contabilidad de la demandada, el dicho señor en forma voluntaria se abstuvo de trabajar desde el 18 de julio de 1975 en adelante: que por esta causa la Federación solicitó permiso judicial para despedirlo y que en tal proceso el actor confesó dentro de interrogatorio de parte su dejación voluntaria del servicio, hecho corroborado por varios testimonios y por memorandos suscritos y reconocidos en juicio por el Almacenista de la Federación; dice luego el Tribunal que la entidad demandada les concedió vacaciones colectivas a sus empleados desde el 22 de diciembre de 1975 hasta el 10 de enero de 1976 y que al vencerse el plazo del descanso el señor Serna no regresó al empleo, por lo cual la Federación desistió del juicio de fuero sindical promovido por ella contra Serna, bajo el convencimiento de que éste había abandonado el empleo. Después alude el Tribunal a las sentencias recaídas en el proceso de reintegro adelantado por Serna contra la Federación, y recuerda que desde entonces quedó esclarecido que el demandante Serna no quiso cumplir con las nuevas funciones que le fueron encomendadas por su patrono.

De todo ello deduce el sentenciador *ad quem* que Serna carece de derecho a recla-

mar el pago de salarios por el lapso no laborado por él y tampoco al reconocimiento de prima de servicios, auxilio escolar y subsidio familiar. Rechaza, así mismo, la súplica sobre indemnización de perjuicios por despido injusto, con fundamento en que éste no se produjo sino que fue Serna quien abandonó su empleo, tal como fue esclarecido judicialmente en el proceso de reintegro mencionado anteriormente. Deniega las solicitudes sobre compensación monetaria de vacaciones y prima vacacional, por encontrar que la Federación las satisfizo oportunamente, y la de auxilio por calamidad doméstica, por hallar demostrado que la cónyuge del actor falleció después de haberse desvinculado éste de la dicha Federación.

Estudia después el Tribunal las pretensiones sobre cesantía e intereses doblados sobre la misma y encuentra necesario hacer un reajuste de la primera y un pequeño aumento de los intereses que había calculado el Juez. Explica luego que el reconocimiento de la cesantía llega hasta el 11 de enero de 1976, es decir, abarca el tiempo en que Serna dejó de trabajar, porque la empresa se esperó a conocer las resultas del juicio de fuero sindical promovido por ella, pues el litigio mantenía latente la relación contractual hasta que se conociera la suerte del dicho proceso, que quedó frenecido por desistimiento, como ya se dijo. Y, finalmente, accede en parte a la demanda de indemnización moratoria, con base en los argumentos que se leen de folios 64 a 65 del cuarto cuaderno.

Se considera:

Un análisis de las pruebas que el cargo tiene por mal apreciadas y como fuente de los errores de hecho que le atribuye a la sentencia recurrida, conduce a encontrar que el interrogatorio absuelto por Serna Restrepo (folios 73 a 75, cuaderno 2º), el documento fechado el 18 de julio de 1975 (folios 16, cuaderno 2º y 61, cuaderno 1º) y el testimonio de Jorge Osorio (folios 127 a 129, cuaderno 2º) fueron aducidos al proceso en fotocopias sin autenticar, defecto que las priva de todo mérito probatorio conforme a los artículos 253 y 254 del

Código de Procedimiento Civil. En tales circunstancias, la llamada declaración de parte y los presuntos documentos, no son hábiles para fundar en ellos la existencia de errores de hecho dentro del recurso de casación, y esto mismo le acontece al testimonio fotocopiado, tanto por su calidad intrínseca como por aquel defecto, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

El llamado documento del folio 14 del cuaderno segundo es apenas un fragmento de una certificación expedida por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Agricultura, sin que en ningún otro de los demás cuadernos del expediente aparezca al folio 4 un escrito que se refiere a una repulsa de Serna a su traslado dentro de la Federación, como lo menciona el ataque.

Los memorandos que obran de folios 147 a 218 del primer cuaderno, citados en el cargo, se adujeron dentro de inspección ocular y se certifica su confrontación con los originales (folio 228 v.). Pero sólo corresponden a sucesivos informes del Almacenista de la Federación sobre ausencias al trabajo por parte de Serna.

Los documentos de folios 520, tercer cuaderno, y 223 del primero aluden a la concesión de vacaciones colectivas a los empleados del Comité Departamental de Caldas de la Federación y concretamente a ese descanso para el señor Serna. Ello por el lapso comprendido entre el 22 de diciembre de 1975 y el 10 de enero de 1976.

Y la inspección judicial (folios 142 y 143, cuaderno 1º) da cuenta de los pagos de salario a Serna, que fueron suspendidos desde el 18 de julio hasta el 19 de diciembre

de 1975; del pago de subsidio familiar y auxilio escolar hasta la primera quincena de julio de 1975; del pago de primas de servicios hasta esa época y de la concesión de vacaciones a Serna por el periodo 1974-1975.

Tales pruebas, hábiles y calificadas, no demuestran pues la desmejora en las condiciones de trabajo alegada por Serna, la culpa del patrono en el incumplimiento de la prestación de servicios por parte del empleado, su manera maliciosa de sancionar al trabajador y el derecho de éste a percibir los salarios, prestaciones e indemnizaciones que dejaron de satisfacérsele, ni las demás equivocaciones de hecho que el recurrente le atribuye al sentenciador. Menos aún, con la evidencia indispensable para que merezcan tenerse en cuenta en casación como vía indirecta del quebranto de textos sustanciales de la ley.

Por lo tanto, el ataque no está llamado a prosperar.

En tal virtud, 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 acusado.

Sin costas en casación.

Cópíese, notifíquese y cúmplase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejia Osorio, Secretario.

TERMINACION UNILATERAL E INJUSTA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta N° 30

Radicación N° 6073

En el proceso instaurado por Hernán Tascón Barberena contra la empresa Ingenio Carmelita S. A., el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, en sentencia de dieciocho (18) de febrero de mil novecientos setenta y siete (1977) revocó el fallo apelado dictado por el Juzgado Laboral del Circuito de Tuluá de veintidos (22) de septiembre de mil novecientos setenta y seis (1976), que resolvió: “1º CONDENASE a la Empresa “Ingenio Carmelita S. A.”, domiciliada en Tuluá, representada por el señor Luciano García Aristizabal al momento de la notificación de la demanda o por quien haga sus veces, a pagar al señor Hernán Tascón Barberena, de condiciones civiles conocidas en el proceso, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia la suma de doscientos ochenta y siete mil pesos (\$ 287.000.00), por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y correspondiente al período comprendido entre el 13 de enero de 1975 y el 29 de octubre del mismo año a razón de un mil pesos (\$ 1.000.00) diarios. 2º CONDENASE igualmente a la parte demandada a pagar las costas de este proceso”.

El demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda,

la que fue replicada dentro del término legal.

El demandante como alcance de la impugnación, dijo:

“Pretendo la casación total de la sentencia indicada (capítulo segundo de esta demanda) por cuanto revocó la de fecha 22 de septiembre de 1976, del Juzgado Laboral del Circuito de Tuluá (Valle), en el ordinario de trabajo que también ha singularizado, y, en su lugar, absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos del libelo inicial, con costas para el demandante, casación que persigo para que, convertida esa H. Sala en Tribunal de instancia, confirme en todas sus partes la del dicho Juzgado del conocimiento e imponga las costas del segundo grado a Ingenio Carmelita S. A.”.

Formula el apoderado de la parte demandante un solo cargo, así:

Cargo único

La sentencia del Tribunal *ad quem*, materia del presente recurso extraordinario, viola por aplicación indebida, el artículo 6º, literal b), del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó al 61 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 8º, inciso 3º, del mismo decreto (adoptado por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968) y 51-4 y 53 Código Sustantivo del Trabajo, preceptos éstos que el fallador dejó de aplicar (modalidad de aplicación indebida según la jurisprudencia de esa H. Sala) por haber apreciado que el contrato de autos terminó por mutuo consentimiento, conforme al texto primeramente mencionado, al aceptar el patrono renuncia del trabajador. Estas violaciones acontecieron a consecuencia de error evidente de hecho en que incurrió el fallador por equivocada apreciación de las siguientes probanzas “califica-

das", según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, todas en el Cuaderno 1º del expediente: 1. El documento de folio 29, de fecha 23 de septiembre de 1974, por el que el demandante doctor Tascón manifestó su deseo de retirarse de la Gerencia que desempeñaba conforme al contrato de duración expresa de folio 1 que lo vinculaba a la sociedad demandada, "ante la imposibilitada de obtener una unidad de criterio entre los socios del Ingenio", agregando que los acompañaría "hasta el fin de año". 2. El documento de liquidación de prestaciones sociales de folio 11. 3. Los documentos de folios 3 y 4 sobre denuncio y constancia de ampliación del mismo, de fechas 11 y 14 de noviembre de 1974, del robo de unos Certificados de Abono Tributario de propiedad del Ingenio Carmelita. 4. El documento de folio 5, con el que el doctor Tascón, el 12 de noviembre del dicho año solicitó licencia, a partir de dicha fecha, por 60 días, para dedicarse a la investigación y aclaración de aquel robo, licencia que le fue concedida. 5. La carta de 26 de noviembre de 1974, a folio 8, por la que el doctor Tascón manifestó a la sociedad que renunciaba al mayor tiempo de la licencia que se le había concedido y solicitaba se le reincorporara, desde esa fecha, al cargo de Gerente que venía desempeñando desde hacía más de un año. 6. La comunicación de la sociedad fechada el 28 de noviembre de 1974, a folios 9 y 10, con la que la sociedad terminó el contrato de autos, en la que se le transcribió al doctor Tascón la Proposición de la Asamblea General de Socios, efectuada el 26 anterior, por la que, en respuesta a la manifestación del demandante reseñaba en el punto 5 de esta singularización de pruebas, no se consideraba oportuno ni útil su reintegro a las funciones de Gerente, "no se accede a modificar lo relativo al plazo de la licencia, y, por el contrario, se declara ésta sin vigencia, se resuelve aceptar la renuncia de 23 de septiembre y se confirma, mientras se nombra Gerente en propiedad, al que estaba como interino y encargado, en virtud de la licencia que se le había concedido al doctor Tascón, por 60 días con orden, para el demandante, de entregar en seguida los efectos de la empresa que tuviese en su poder y,

para funcionamiento de la empresa, de liquidarle las prestaciones sociales. 7. Las actas de la Asamblea General de Socios que fueron exhibidas en la audiencia de trámite, efectuada por el Juzgado el 16 de marzo de 1976, que corren a folios 38 a 40 y, en ellas, los documentos allí transcritos del actor, sobre renuncia al mayor tiempo de la licencia que se le había concedido y manifestación de retirarse al fin del año 74, de fechas 26 de noviembre y 23 de septiembre, respectivamente, así como la Proposición con que se le terminó al doctor Tascón su contrato de trabajo, que ya he reseñado en el punto 6 de esta singularización de pruebas. 8. La inspección judicial cumplida en esa misma audiencia por el *a quo* al recoger en ella lo transscrito a folios 38 a 40, del Libro de Actas de la sociedad que le fue exhibido. 9. La carta del doctor Tascón a folios 18 y 19, fechada el 8 de enero de 1975 en que protesta por la injusticia que ha sufrido, después de que le solicitaron que retirara su renuncia de septiembre, no aceptara irse a trabajar a Venezuela y por ello efectivamente se le aumentó el sueldo a \$ 30.000.00 mensuales. 10. La carta del doctor Tascón de folios 12 y 13 y fecha 30 de noviembre de 1974, en la que el demandante luego de recordarle a la empresa los hechos de la licencia concedida por dos meses, sus manifestaciones de no necesitar el mayor tiempo de ella y su deseo de reincorporarse al cargo de Gerente, rechaza, como contrarias a la verdad, las apreciaciones de la sociedad, en su carta del 28 de noviembre, sobre uso indebido de aquella condición en fecha en que disfrutaba de la licencia mencionada y de la papelería y sello del Ingenio; cómo, cuándo, dónde y entre quiénes se le pidió que no se retirara de la Gerencia habiéndose llegado a un arreglo con un aumento de sueldo de \$ 5.000.00 mensuales, a partir del 1º de octubre, acuerdo por el que perdió validez la renuncia de 23 de septiembre, que ahora se le hizo valer. 11. Los documentos de folios 6 y 7 y 14 a 17, sobre avisos del robo de los CATS, en sí mismos y en la inserción del primero de ellos en el Acta de la Asamblea General de Socios transcritas al folio 39, con los comentarios del folio siguiente que exhiben los propósitos de los socios y des-

conocen que esas piezas fueron producidas en defensa de los intereses de la sociedad, en comportamiento absolutamente correcto del doctor Tascón. 12. El certificado de la Cámara de Comercio de folio 28, no en cuanto registra que por Acta Nº 22 de la Asamblea General Extraordinaria de Socios de Ingenio Carmelita S. A., de fecha 26 de noviembre de 1974, se resolvió aceptar al doctor Hernán Tascón Barberena la renuncia del cargo de Gerente (hecho ese que la Cámara tenía que registrar como se lo presentaran en el Acta respectiva) sino en cuanto se pretenda por ello que efectivamente le contrato de autos terminó del modo así expresado. (Lo que es cuestión de hecho perfectamente diferente). Además, el fallador dejó de apreciar, como conducta procesal observada por la Sociedad demandada, el documento de folio 37, en su contenido falso frente al último sueldo registrado en el documento de liquidación de folio 11 y del documento de la empresa de folio 2, y en las manifestaciones negativas, a este respecto, en la contestación de la demanda. A consecuencia de la mala apreciación y de la falta de apreciación aquí señaladas, el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho: 1º En dar por demostrado, cuando las probanzas ostentan que no fue así, que el contexto de autos terminó por mutuo consentimiento. 2º En no haber dado por establecido, cuando las probanzas así lo evidencian, que el contrato de trabajo que vinculó al doctor Hernán Tascón Barberena con la sociedad demandada fue terminado unilateralmente y sin justa causa comprobada por parte del patrono. 3º En no haber apreciado, cuando la probanza de folio 29 así lo establece de modo manifiesto, que la carta del doctor Tascón fechada el 23 de septiembre de 1974, en la que el demandante le manifestó a la sociedad demandada su deseo de retirarse de la Gerencia de la empresa al fin de ese año, no solo le señalaba fecha a su futuro retiro del cargo, sino que, además, contenía como motivo de esa determinación "la imposibilidad de obtener una unidad de criterio entre los socios del ingenio". 4º No haber apreciado al recono-

cerle efecto de renuncia a esa carta, que las motivaciones de los socios, en su Junta del 26 de noviembre de 1974, no fueron, según el Acta correspondiente, aquella única razón aducida por el doctor Tascón para anunciar su retiro en 31 de diciembre de dicho año, sino el robo de los CATS de que fue víctima el 8 de noviembre de 1974. 5º. No haber tenido en cuenta, cuando las probanzas así lo acreditan, que al doctor Tascón se le había concedido una licencia por 60 días, a partir del 12 de noviembre de 1974, esto es, hasta el 12 de enero de 1975, por lo cual cuando se le despidió, con el pretexto de que había renunciado el 23 de septiembre de 1974, no solo se le estaba falseando como mutuo consentimiento el modo verdadero de terminación del contrato, sino que el tal acuerdo de voluntades se fijaba en fecha que no había señalado el demandante, quien, además, se encontraba en licencia concedida hasta el 12 de enero de 1975. 6º. No dar por probado, cuando sí lo fue, que con posterioridad a la fecha de aquella carta de septiembre de 1974, el aumento de sueldo que se le hizo al doctor Tascón si constituía un indicio de que hubo un nuevo entendimiento entre la sociedad y el doctor Tascón para que éste continuara en la Gerencia de la empresa, quedando sin efecto aquella manifestación del mes de septiembre. 7º. No haber dado por probado, cuando ello se ostenta de las probanzas que para que esa carta de septiembre de 1974 quedara sin vigencia no era necesario que el doctor Tascón enviara otra comunicación en que así lo expresara, cuando el aumento de sueldo ya exhibía el nuevo acuerdo de continuidad de sus servicios y sin efecto al anunciado retiro en diciembre. 8º. No haber dado por probado, que, aunque la carta de septiembre no hubiese sido retirada y los socios la conservaran como vigente, su aprovechamiento no podía ser, en ningún caso, para el 26 de noviembre, por falta de consentimiento mutuo para esa fecha. 9º. No haber dado por probado que, además, la licencia concedida hasta el 12 de enero de 1975 dejaba sin efecto la pretendida renuncia para diciembre de 1974, y que el mutuo

acuerdo sobre aquella tampoco podía destruirse unilateralmente por el patrono. 10. No haber dado por probado, cuando sí lo está, que la terminación del contrato tuvo como motivo determinante el robo de los CATS y no el retiro anunciado para diciembre en la carta de septiembre. 11. No haber tenido por demostrado, cuando esto es lo que aparece de modo manifiesto, que la tal carta y la tal renuncia fueron un pretexto para presentar como retiro voluntario y mutuo consentimiento lo que fue despedido claro, inequívoco e injusto del trabajador por parte del patrono. De no haber sido por estos errores, que claman en las probanzas reseñadas, el *ad quem* no habría apreciado que el contrato de autos terminó por mutuo consentimiento sino que, como lo hizo el *a quo*, habría tenido el hecho de la terminación del vínculo como despido injusto y habría confirmado la sentencia de primera instancia. No lo hizo así, por los yerros señalados, y su fallo deberá casarse para, en su lugar, disponer la Corte conforme al alcance de la impugnación de esta demanda.

Demostración

Aunque la sola lectura de las probanzas reseñadas exhibe los errores de hecho que he acusado y, consecuencialmente, las violaciones de ley asimismo puntualizadas, en abundamiento de razones con todo respeto manifiesto: 1. No se discute la existencia del contrato de trabajo, de duración expresa, por dos años, a partir del 29 de octubre de 1973. 2. El fallador reseñó las probanzas que he singularizado como mal apreciadas y de ellas deduje, erróneamente, que "al aceptarse la renuncia (la de la carta de 23 de septiembre de 1974, apunto yo) en Asamblea de Socios, el contrato de trabajo terminó por mutuo consentimiento". En rechazo de la pretensión del actor expresó también que, aunque parecería que el ex-trabajador sí tuvo un aumento de sueldo, según la liquidación de folio 11, ello no constituía indicio de que la renuncia, donde se fijó un plazo para fines de año, hubiese perdido su validez; que la licencia por 60 días que se le concedió al doctor Tascón fue una gracia y, como tal la sociedad no

estaba obligada a reintegrarlo a su cargo cuando aquél renunció al mayor tiempo pedido, por no necesitarlo; que después del aumento de sueldo el doctor Tascón debió retirar su renuncia y no lo hizo así; que como la Asamblea de Socios tenía en su poder la renuncia del doctor Tascón, con plazo para resolver hasta fin de año, su voluntad de aceptarla se cumplió el 26 de noviembre y así terminó el contrato por mutuo consentimiento; y que para este acto de voluntad no interfería en nada "el insuceso del robo de los CATS, la licencia, etc.". Mas todas esas apreciaciones son equivocadas, de modo manifiesto, a la luz de las probanzas que he singularizado: Porque la carta de 23 de septiembre de 1974, en que el doctor Tascón manifestó su deseo de retirarse del cargo de Gerente que desempeñaba, a fin de ese año, tuvo como causa la imposibilidad de obtener una unidad de criterio entre los socios del Ingenio. La decisión de éstos el 26 de noviembre, según el Acta y la Proposición correspondiente, fue explícita en razones distintas, —y, por el contrario, ahora sí con unidad de criterio— cada una de ellas inválida, ilegal e injusta, así: 1^a que no se consideraba ni oportuno ni útil el reintegro a sus funciones del Gerente en licencia, manifestación ésta en la Proposición de despido, aprobada por unanimidad, que en el Acta (folio 39 v.) aparece expresamente referida al robo de los CATS y hasta a la sugerición de que "aun no se ha adelantado debidamente la investigación penal"; 2^a que el doctor Tascón escribió el 14 de noviembre (cuando estaba en uso de la licencia concedida hasta el 12 de enero de 1975) la carta que transcribe el Acta de folio 39, en papel y con sello del Ingenio, firmando como Gerente, hechos éstos que produjeron extrañeza, desagrado e indignación de los socios, que no repararon sin embargo, en que la licencia suspende las obligaciones principales del contrato, pero no priva al trabajador de su condición o cargo, como tampoco estimaron que la dicha carta fue escrita en defensa de los intereses del Ingenio y que para su fin, de impedir que fueran negociados los CATS robados, convenían aquel papel timbrado y sello y el señalamiento del carácter de quien la suscribía,

a más de que la licencia fue concedida conforme la pidió el doctor Tascón (folio 5) para dedicarse a aclarar todo lo relacionado con el robo de los CATS y poner en claro su integridad personal y honorabilidad que siempre lo han caracterizado, uno de cuyos actos es precisamente el de evitar que esos Certificados fueran negociados; 3^a que no se accedía a "modificar lo relativo al plazo de la licencia", que quedaba sin vigor, con desconocimiento de que esa suspensión del contrato fue bilateral, ella sí voluntad conjunta de las partes, que no podía modificarse ni romperse unilateralmente, dejándola sin vigencia, no en el sentido que pedía el doctor Tascón, de reintegro a su cargo, sino despidiéndolo del mismo; 4^a que se aceptaba la renuncia de 23 de septiembre, en seguida, a partir de esa fecha, 26 de noviembre, pasando por encima del motivo único de éste y de su plazo y aun expresándose, como se lee al folio 39 vuelto, que la razón para aprovechar esa carta eran, contra lo que apreció el Tribunal, "el insuceso del robo de los CATS", y que "las relaciones del citado doctor Tascón con la Sociedad y con los socios se han colocado en la actualidad por razones diversas (aquellas del robo de los CATS, apunto yo con referencia a todas las probanzas) en un terreno de muy difícil manejo". Estimo que es imposible una mayor claridad acerca de los motivos que determinaron a la Sociedad para dar por terminado el contrato de trabajo. Y cuando se tiene presente, como debe tenerse presente en razón de las probanzas, que el 26 de noviembre, día de la terminación del vínculo, el doctor Tascón que disfrutaba de licencia hasta el 12 de enero de 1975, para aclarar el robo de los CATS y defender su honorabilidad, lo que quería era reincorporarse a su cargo de Gerente, por no necesitar ya el mayor tiempo que se le había concedido, es absurdo sostener que su voluntad concurría con la de la sociedad para terminar su contrato de trabajo. Expreza, clara, ostensiblemente, lo que ocurrió fue que la sociedad, ese 26 de noviembre, aprovechó una carta de 23 de septiembre, sobre retiro en 31 de diciembre y por motivo de falta de unidad de criterio entre los socios, para terminar el contrato

de trabajo con el doctor Tascón, quien, además, disfrutaba de licencia hasta el 12 de enero de 1975. Pero tal aprovechamiento es ilícito y debe sancionarse conforme al alcance de la impugnación de esta demanda. Anoto, por último, que el aumento de sueldo sí tiene significación y que para dejar sin efecto la carta de septiembre no se requería una nueva que la retirara, ya que, de una parte, a nadie se le aumenta el sueldo para aceptarle la renuncia, y, de otra, esa nueva situación de mejoría salarial no denota deseo de terminar el vínculo sino voluntad conjunta de continuararlo y ante ella no se necesitaba el escrito que reclama el Tribunal. Con todo, aunque se compartieran los yerros del *ad quem* sobre estos puntos, ellos no restan claridad a la situación de que el contrato fue terminado unilateralmente por el patrono y que para ello se valió, cuando legalmente no podía hacerlo, de una manifestación que no podía ni debía aprovecharse como voluntad en el doctor Tascón, en 26 de noviembre, de retirarse de la empresa. Es que la causa de la terminación del contrato de autos no fue la carta de 23 de septiembre, sino el robo de los CATS y el muy difícil manejo de las relaciones entre el doctor Tascón y la sociedad, según el Acta de despido. Sin que, en fin, ninguna prueba justifique éste, ni la posición defensiva de la empresa se muestre siquiera atendible. Ante las violaciones de la ley demostradas, conforme a las probanzas y con referencia a los textos pertinentes, solicito el quebranto del fallo del *ad quem* y, en sede de instancia, la confirmación del *a quo*, que ciertamente apreció lo que demuestra el proceso. Así lo pido con todo respeto".

El opositor replicó así:

"Bajo un cargo único, se impugna la sentencia por ser violatoria de ley sustancial por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación. Se citan como indebidamente aplicados o no aplicados el artículo 6º, letra b) del Decreto 2351 de 1965, en relación con el artículo 8º inciso 3º del mismo decreto y los artículos 51, numeral 4º y 53 del Código Sustantivo del Trabajo. Las violaciones —se afirma— ocu-

rrieron por equivocada interpretación, determinante de error evidente de hecho, de algunas probanzas que se singularizan pero que pueden agruparse en dos clases: documentos e inspección judicial. *Defectos formales de la Acusación:* a) El artículo 7º de la Ley 16 de 1969, prescribe que el error de hecho sólo será motivo de casación laboral, cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento *auténtico*, de una confesión judicial o de una inspección ocular. b) La demanda de casación aduce precisamente el referido error de hecho, como resultado de equivocada apreciación de documentos. c) Lo anterior exige entonces que los documentos mal apreciados tengan ese carácter de auténticos a que se refiere la norma. La autenticidad de un documento, ha dicho la H. Corte, "consiste en la certeza (convicción que excluye toda duda) de que procede de la persona a quien se atribuye el haberlo manuscrito, firmado o elaborado. Esta certeza debe constar de modo fehaciente en los autos, porque el documento que se aduce como prueba tiene por objeto establecer la existencia de obligaciones y éstas no pueden imponerse a determinada persona si no existe la seguridad de que ella proviene el documento que las contiene. La autenticidad del documento privado no se presume salvo casos expresamente previstos. En los demás, debe probarse por uno de los medios de reconocimiento establecidos, en el Código de Procedimiento Civil y de éstos... sería el implícito, uno de cuyos casos radica en que la parte contra quien se opone un documento aportado al proceso no la tacha de falso oportunamente". Nótese que el fenómeno de la autenticidad se fundamentan en que la parte contra quien se aduce un documento haya sido su autor o lo haya producido y que de él surjan obligaciones a su cargo o responsabilidades semejantes. d) Algunos documentos citados por el recurrente —a los cuales implicitamente y por razón de la acusación que formula les da el carácter de auténticos no provienen de la parte demandada; fueron producidos a su arbitrio por el demandante y se presentaron en copias al carbón y en fotocopias y carecen por completo de ese carácter

de autenticidad que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 requiere tan perentoriamente para que puedan servir de fundamento a una impugnación de la sentencia en casación laboral. Tales documentos, que se detallan enseguida, no son, pues, objeto de equivocadas interpretaciones y por ello, en cuanto a los mismos, el cargo hecho por el recurrente debe desestimarse".

Se considera

En relación con pruebas erróneamente apreciadas que según el recurrente dieron origen a los errores de hecho que éste le atribuye a la sentencia impugnada, la Sala observa:

La documental consistente en carta visible al folio 29 del expediente, fechada el 23 de septiembre de 1974 enviada por el actor a la sociedad demandada, recibida por ésta según consta en varias pruebas entre las cuales merece citarse la aceptación del hecho tercero de la demanda —folio 22—, en que le presenta renuncia del cargo con fundamento en 'la imposibilidad de unidad de criterio, entre los socios del ingenio', con efecto a final del año o sea el último día de éste si se tiene presente el sentido gramatical y obvio de la palabra final que en el diccionario de la Lengua Española la define así: "Que remata, cierra o perfecciona una cosa" y no como lo consideró el ad quem en su sentencia que era antes y la aceptó a partir de noviembre 26 de dicho año, cuando ésta, a todas luces, no era la fecha indicada por el renunciante para su retiro; además de que la renuncia presentada por el actor fue dejada sin valor implicitamente en virtud del arreglo que efectuó con la empresa, para cuya demostración de tal afirmación indica que su remuneración mensual le fue aumentada en \$ 5.000.00 a partir de octubre de 1974, como se consta de las documentales expedidas por la Sociedad, suscritas por ella, visibles a los folios 2 y 11 del expediente, de fechas 8 y 11 de noviembre de 1974, las cuales evidentemente fueron apreciadas equivocadamente en la sentencia al no dárles tal valor probatorio, y dejadas de apreciar por contraevidente la certificación del folio 37, expedida en febrero 1º de 1976, ya

iniciado el proceso, en que la demandada niega tal aumento.

Por otra parte, como lo afirma y demuestra el censor el actor con motivo del robo \$ 430.000.00 en títulos de Abono Tributario de propiedad de la empresa, hecho ocurrido el 8 de noviembre de 1974, cuya denuncia se acredita en las documentales visibles a los folios 3 y 4, solicitó de la empresa una licencia por el término de 60 días contados a partir del día 12 de noviembre de 1974 o sea hasta el día 12 de enero de 1975, permiso de cuya existencia da cuenta la carta de la demandada a folio 9 al 10 del expediente y del cual desistió el actor pocos días después impidiéndole la empresa reincorporarse al servicio, en carta en cuyo texto se lee: "Cali noviembre 28 de 1974 doctor Hernán Tascón B. Calle 52 Norte Nº 8-61 Ciudad. Apreciado doctor: A continuación transcribo a usted la proposición de la Asamblea General de Socios celebrada el día 26 de los corrientes, dando por contestada su comunicación de esta misma fecha sobre reintegro a la Sociedad. 'Proposición... La Asamblea General de Ingenio La Carmelita Limitada, en contestación a la carta de esta fecha dirigida por el doctor Hernán Tascón Barberena a la Asamblea, le hace saber a dicho doctor Tascón Barberena que no considera ni oportuno, ni útil, para la Sociedad su reintegro a las funciones de Gerente y que por lo tanto, no se accede a modificar lo relativo al plazo de la licencia por él solicitada, mayormente cuando esa licencia deja de tener vigencia por lo que más adelante se resolverá. De igual manera, la Asamblea deja constancia de su extrañeza y de su reprobación por el hecho cumplido por el doctor Tascón Barberena al usar su calidad de Gerente, en carta escrita en papel de la Empresa y sellada con el sello de la Gerencia el 14 de este mes, cuando el doctor Tascón Barberena no estaba ejerciendo las funciones de Gerente. Por último la Asamblea General de Ingenio Carmelita Limitada resuelve aceptarle desde esta fecha, al doctor Hernán Tascón Barberena la renuncia que del cargo de Gerente presentó ante la Asamblea en carta fechada en esta ciudad el 23 de septiembre de 1974. Mientras se nombra el Gerente en propiedad, con-

firmase, como Gerente interino y encargado, el señor Jaime Cadena Copete. Digásele al doctor Tascón Barberena que debe entregar bajo riguroso inventario, al señor Gerente, todos los efectos pertenecientes a la Sociedad y que él aún tenga en su poder, como es el papel membretado, el sello de la Gerencia, los documentos correspondientes y concernientes con el doctor Nicolás García Rojas así como los elementos a su servicio, etc. . . Por parte del funcionario competente, y previa citación del doctor Hernán Tascón Barberena, procédase a liquidarle y pagarle a éste, el valor de sus prestaciones sociales. Transcríbase esta proposición al doctor Tascón Barberena como respuesta a sus cartas del 23 de septiembre y del día de hoy ...'. En consecuencia rogamos a usted proceder de conformidad para efectos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de acuerdo con la ley y las cuales tienen derecho. De usted atentamente Ingenio Carmelita Ltda. (Fdo.) Martha Escobar de Devia Secretaria de Juntas".

Del texto del anterior escrito en forma clara y sin que ofrezca ninguna duda que la empresa no solo se negó a aceptar la reducción de la licencia que había concedido al actor hasta el día 12 de enero de 1975, sino que, al contrario, le aceptó una renuncia ya entonces sin eficacia, según quedó visto. De esa aceptación también da cuenta el certificado de la Cámara de Comercio visible al folio 28 del expediente. Como, según quedó visto, la pretendida aceptación de la renuncia se produjo luego de que a Tascón se le hubiese aumentado el sueldo y de que se le había concedido una licencia por el Ingenio, o sea después de que esa renuncia ya no tenía validez jurídica, fue extemporánea dicha aceptación e implica que la empresa rompió en forma unilateral e injusta el contrato de trabajo que le ligaba con el doctor Tascón, por lo cual el ad quem incurrió en evidentes errores de hecho en la apreciación de pruebas analizadas y falta de apreciación de lo del folio 37 al considerar que se trataba de la aceptación de una renuncia y por consiguiente prospera el cargo.

La afirmación del opositor en lo referente a que el hecho de que el trabajador se le

hubiera concedido una licencia que vencía el 12 de enero de 1975 constituye un hecho nuevo, que no puede ser objeto de planteamiento en casación, no la comparte la Sala por ser contraria a la realidad, ya que tal hecho fue estudiado y analizado en ambas instancias y en consecuencia no viene a presentarse por primera vez en casación ante la Corte en el presente proceso.

Consideraciones de instancia

Al folio 1 del expediente obra contrato de trabajo celebrado entre las partes en litigio el día 29 de octubre de 1973, con un término de duración de dos años, cuya remuneración inicial pactada fue de \$ 25.000.00 mensuales, la cual fue aumentada en \$ 5.000.00 a partir del 1º de octubre de 1974, según aparece de los documentos suscritos por la demandada visibles a los folios 9 y 11 del expediente.

Al folio 9 y 10 obra carta de fecha 28 de noviembre de 1974 dirigida al actor, suscrita por el Ingenio, en que da por terminado el vínculo contractual en forma unilateral e injusta como antes se demostró y a partir del 26 de noviembre de 1974. Desde esa fecha y hasta la del vencimiento del término fijo del contrato de trabajo (folio 1 Cuad. 1) deberá calcularse el monto de la indem-

nización de perjuicios a cargo de la empresa. Pero como la condena del Juez que fue por una suma inferior y solo apeló el Ingenio, debe apenas confirmarse la decisión del Juzgado.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos setenta y siete (1977) y en su lugar CONFIRMA la proferida por el Juzgado del Circuito Laboral de Tulúa de veintidos (22) de septiembre de mil novecienots setenta y seis (1976), en el juicio seguido por Hernán Tascón Barberena contra el Ingenio Carmelita Limitada.

Sin costas.

Cópíese, notifíquese, insertese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOMINGOS Y FERIADOS

Salario variable. Demostración del salario promedio. Sanción moratoria. Buena fe patronal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio diecisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta N° 29

Luis Eduardo Reina Peña, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a *Olivetti Colombiana S. A.* para que previos los trámites de un proceso Ordinario se la condene a lo siguiente: "1º) Pago del valor del descanso en días domingos y festivos, durante todo el tiempo de servicios, teniendo en cuenta el salario variable devengado por el demandante. 2º) Reajuste de primas de servicios y de las vacaciones causadas a favor del demandante, durante todo el tiempo de servicios, con base en el nuevo salario promedio que se establezca. 3º) Reajuste de la cesantía con base en el nuevo salario promedio que se establezca, esto es, la diferencia entre lo que legalmente corresponde y lo pagado. 4º) Indemnización moratoria por todo el tiempo que dure la mora del patrono en cancelar la totalidad de las acreencias laborales".

De acuerdo con los hechos de la demanda Luis Eduardo Reina Peña prestó servicios personales para Olivetti Colombiana S. A., mediante contrato de trabajo, desde el día 16 de enero de 1968 hasta el 15 de julio de 1971: el último salario fijo que devengó fue de \$ 1.600.00 incluyendo la prima de carestía; además de la remuneración anterior recibió salario variable por concepto

de comisiones; no se le pagó ninguna cantidad por descansos dominicales y festivos; en la liquidación de primas de servicios, vacaciones y censatías no se incluyeron los salarios por los descansos dominicales y festivos que se demandan, por lo cual el patrono le adeuda la diferencia entre la liquidación correcta y lo pagado.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Olivetti Colombiana S. A. aceptó la existencia del contrato de trabajo y las fechas de iniciación y terminación del mismo, y le negó los demás hechos. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de pago total y prescripción de las acciones correspondientes a cualquier derecho que por tal transcurso del tiempo se hubiere extinguido.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el *Noveno Laboral del Circuito de Bogotá*, dictó sentencia el nueve de agosto de mil novecientos setenta y seis, en cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero. CONDENAR a Olivetti Colombiana S. A., representada por su Gerente, señor Luciano Blanco o por quien haga sus veces, a pagar, tres (3) días después de ejecutoriado este fallo, al señor Luis Eduardo Reina Peña, de condiciones civiles conocidas, las siguientes sumas y por los conceptos que a continuación se enuncian:
a). Por concepto de Descansos en días domingos y festivos, la suma de seis mil quinientos treinta y nueve pesos con setenta y cinco centavos (\$ 6.539.75) Moneda Legal.
b). Por concepto de Reajuste de Cesantía, la suma de Tres mil trescientos treinta y cinco pesos con treinta y un centavo (\$ 3.335.31) moneda legal.
c). Por concepto

de Indemnización Moratoria, la suma de doscientos dos pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 202.46) moneda legal diarios a partir del día dieciseis (16) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971) y hasta cuando le sean cancelados al actor sus acreencias laborales.

“Segundo. DECLARAR PROBADA legalmente la excepción de pago en relación con la prima de servicios correspondiente a la del primer semestre de 1971 y la de Prescripción, con relación a los derechos causados con anterioridad al 6 de noviembre de 1970, respecto a las primas y descansos en domingos y feriados. En consecuencia,

“Tercero. ABSOLVER a la sociedad demandada por los restantes cargos que le fueran formulados por el actor.

“Cuarto. CONDENAR en costas a la parte demandada en un noventa por ciento (90%). Tássense”.

Apeló el apoderado de la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en fallo de treinta de septiembre de mil novecientos setenta y siete, confirmó en todas sus partes el de primer grado.

Recurrió en Casación el apoderado de Olivetti Colombiana S. A. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

La formula así el recurrente: “Con el presente recurso persigue la parte demandada que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia recurrida, para que convertida la Honorable Sala en Tribunal de Instancia revoque la sentencia de primer grado proferida en este proceso y en su lugar absuelva a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda con que se inició el juicio”.

En relación con el alcance de la impugnación el opositor anota que es contradictorio, por cuanto la sentencia tiene aspectos favorables a la parte recurrente, como son la declaratoria de estar probadas las

excepciones de pago de la prima de servicios del primer semestre de 1971 y la de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 6 de noviembre de 1970, y el recurrente pide la casación total. Sin embargo de lo anterior, encuentra la Sala que la contradicción es aparente, pues si se demuestra en el recurso que el demandante no tiene derecho a las sumas correspondientes a los descansos dominicales y festivos, o éstas les fueron canceladas, la decisión final conduciría a la absolución total, sin que hubiese necesidad de pronunciarse sobre las excepciones propuestas.

Con fundamento en la causal primera de Casación el impugnador presenta dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que indujo al sentenciador de segunda instancia a infringir también directamente por aplicación indebida, los artículos 172, 173, 174, 177, 249 y 65 del mismo Código citado y artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

La demostración del cargo

“1. Enseña claramente el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo que cuando no se trate de salario fijo, “el salario computable para los efectos de la remuneración del descanso dominical, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados.

“En consecuencia, cuando se demanda el pago de la remuneración correspondiente al descanso de los días domingos, con la afirmación de que el patrono no le pagó al trabajador la remuneración correspondiente a dichos descansos, le incumbe la carga de la prueba al trabajador demandante para demostrar: a) El salario estipulado por días, porque si se estipula por

períodos mayores, que entonces se denomina "sueldo", allí "se entiende comprendido el pago del descanso en los días que es legalmente obligatorio y remunerado", por mandato expreso del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo; y b) Las remuneraciones devengadas en cada uno de los días laborados en la semana a que se refiere la remuneración del descanso dominical pretendido, con el fin de poder establecer el promedio en cada una de dichas semanas para aplicarlo al domingo correspondiente, tomando en cuenta solamente los días trabajados en cada una de las mencionadas semanas.

"La Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente al respecto que cuando el salario asume la calidad de variable, "el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados", conforme al precepto del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como lo dispone el artículo 177-2 *ibidem*. Presupuesto del derecho en referencia —agrega la Honorable Sala de Casación Laboral— es el de que se acredice por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios". (Casación de 8 de abril de 1964, Gaceta Judicial Tomo CVII, número 602; casación de 6 de mayo de 1974, Gaceta Judicial, Tomo CVII, número 2272, página 711; casación de 23 de abril de 1971, Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII, números 2430 a 2345, páginas 827, 828).

"La Honorable Sala Plena de Casación Laboral reiteró una vez más la doctrina anterior, en sus sentencias proferidas con fechas 6 de agosto y 24 de octubre de 1975, no publicadas todavía en la Gaceta Judicial.

"2. En el caso de autos no demostró el demandante cuál fue el salario estipulado por días y mucho menos cuál fue el salario variable devengado en cada uno de los días laborados en la semana a que se refiere la remuneración del descanso domi-

nical pretendido con relación a cada una de las semanas del tiempo de servicios. La única prueba que se produjo en la primera instancia sobre el particular mencionado fue un dictamen pericial rendido como consecuencia de la inspección ocular que se practicó el día 11 de marzo de 1976. (folios 39 a 40 vencimiento de primer cuaderno del expediente).

"Con base en el valor de las comisiones que la parte demandada le pagó al demandante mensualmente, hace el perito varias combinaciones aritméticas, relacionando dichos pagos con los días laborables de cada semana, según el calendario correspondiente, para concluir: a) que las remuneraciones por concepto de descansos dominicales tienen un valor de \$ 1.487.86; b) que las remuneraciones correspondientes a los demás días festivos, distintos de los domingos, tienen un valor de \$ 1.928.50; y c) que "el valor total de los presuntos descansos en festivos" es de \$ 3.416.36, o sea el resultado de sumar las dos cantidades mencionadas antes.

"3. Al juzgador de segundo grado le bastó el expresado dictámen pericial para confirmar, con base en él, las condenaciones impuestas en la primera instancia, por concepto de remuneraciones correspondientes a descansos dominicales y festivos, entendiendo que para tal efecto era suficiente el aludido dictamen pericial, con respecto al cual dice el juzgador *ad quem* en su sentencia recurrida que "revisadas las operaciones aritméticas esta Sala encuentra correcta la liquidación verificada por el perito". Y agregó: "En consecuencia el monto de lo liquidado que es lo que realmente le corresponde al trabajador por concepto de dominicales y será la cuantía de la condena, como con acierto lo dispuso el fallador de instancia". (folios 98 y 99 del primer cuaderno del expediente).

"4. De lo que se deja expresado resulta que el sentenciador de segunda instancia lo mismo que el de primer grado interpretó erróneamente el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicarlo a los promedios deducidos pericialmente, mediante conjeturas, en el aludido dictamen, es decir a bases distintas de las que señala claramente la citada norma legal, lo que

lo indujo a la violación de esa norma legal, por interpretación errónea, y consecuentemente a la infracción de las demás normas legales se indican como violadas en el primer cargo a que me refiero".

Para el opositor el cargo está mal formulado, pues ha debido proponerse por vía indirecta, pues el razonamiento parte de la consideración fundamental de que el demandante no probó los supuestos fácticos del artículo 176, no obstante lo cual el sentenciador aplicó la norma fundándose en un dictamen pericial que en vez de establecer las bases reales contiene conjeturas, y esto significa que el censor no comparte la apreciación probatoria que sustenta la decisión del Tribunal y que por el contrario la rechaza, apartándose así de las exigencias propias del ataque por la vía directa escogida y suscitando cuestiones que solamente pueden admitirse cuando se procede por vía indirecta.

Se considera

Dijo el Tribunal Superior sobre la remuneración en los días de descanso obligatorio:

"La modalidad del salario en el caso sub judice fue la de comisión. Se trata en consecuencia de salario variable. Comoquiera que el trabajador reclama el valor de la totalidad de los dominicales laborados en el curso del contrato; y examinado el expediente no hay prueba demostrativa de que el demandado hubiera pagado al trabajador el valor de los dominicales remunerados a que tiene pleno derecho hay fundamento para ésta súplica. Por otra parte estando acreditado que el actor no devengó salario fijo sino exclusivamente salario variable como se desprende de la inspección judicial u del experticio que obra a folios 44 a 62 de los autos, en el que se estableció la cuantía de los promedios de salario semana a semana que devengó el trabajador, se tiene el presupuesto necesario para la prosperidad de ésta súplica. Ahora, revisadas las operaciones aritméticas ésta Sala encuentra correcta la liquidación verificada por el perito. En consecuencia el monto de lo liquidado, es lo que realmente le corresponde al trabajador por concepto de

dominicales y será la cuantía de la condena, como con acierto lo dispuso el fallador de instancia".

Claramente se observa de lo transcritio que el Tribunal Superior no hizo en forma expresa una interpretación del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que ante el hecho que encontró demostrado de que en el proceso "se estableció la cuantía de los promedios de salario semana a semana que devengó el trabajador", le dio aplicación por exigir la norma dicho presupuesto. Y como el artículo 176 en tratándose de salarios variables dice que para tener derecho al descanso dominical en salario computable "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, "hay conformidad entre el presupuesto que contiene la norma y el hecho que dio por demostrado el fallador, pues el promedio salarial obtenido semana por semana supone que se determinó el promedio de lo devengado en cada una de las semanas inmediatamente anteriores a los domingos cuya remuneración se solicita. Aplicó en consecuencia el fallador de segunda instancia la norma de acuerdo con la interpretación que se le ha dado a la misma y que surge sin dificultad de su contenido.

Si la afirmación del Tribunal Superior de que se demostró el salario promedio semana por semana no concuerda, a juicio del recurrente, con la realidad probatoria, implicaría una cuestión fáctica, ajena a la acusación por interpretación errónea, concepto de violación dentro del cual deben aceptarse por el impugnador los hechos tal como los halló demostrados el fallador.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Segundo cargo

"Causal primera de casación. (Artículo 60 del Decreto 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 176 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que indujo al sentenciador de segundo grado a infringir también por el mismo modo indicado los

artículos 172, 173, 174, 177, 249 y 65 del citado Código y artículo 17 del Decreto Ley 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

"A las mencionadas infracciones llegó el sentenciador de segunda instancia como consecuencia del error de hecho en que incurrió al haber dejado de apreciar unas pruebas y haber apreciado mal otra. Las pruebas dejadas de apreciar son las confesiones que hizo el demandante al absolver el interrogatorio de parte que oralmente le formuló en juicio la parte demandada en la audiencia de trámite que tuvo lugar el día 18 de septiembre de 1974, cuya acta correspondiente obra a los folios 25 a 28 del primer cuaderno del expediente. La prueba mal apreciada es el dictámen pericial que obra a folios 44 a 62 del primer cuaderno del expediente.

La demostración del cargo

"1. Para confirmar las condenaciones que impuso el juzgador de primer grado, se apoyó el juzgador de segunda instancia en el dictamen pericial rendido dentro de la inspección ocular practicada en la primera instancia, sobre el cual dijo el juzgador *ad quem* en su sentencia recurrida: "Por otra parte estando acreditado que el actor no devengó salario fijo sino exclusivamente salario variable como se desprende de la inspección judicial y del experticio que obra a folios 44 a 62 de los autos, en el que se estableció la cuantía de los promedios de salarios semana a semana que devengó el trabajador, se tiene el presupuesto necesario para la prosperidad de esta súplica".

"Y agregó: 'Ahora, revisadas las operaciones aritméticas esta Sala encuentra correcta la liquidación verificada por el perito. En consecuencia el monto de lo liquidado es lo que realmente le corresponde al trabajador por concepto de dominicales y será la cuantía de la condena, como con acierto lo dispuso el fallador de instancia'. (folios 98 a 99).

"Mediante el modo indicado apreció mal el juzgador de segundo grado el aludido dictamen pericial, ya que dicha prueba no demuestra los promedios de salarios variables devengados por el demandante "sema-

na a semana", como lo dice el fallador de segundo grado en su sentencia recurrida, sino los promedios semanales que, con vista en los calendarios respectivos, dedujo el perito de los salarios variables que mensualmente le pagó la parte demandada al demandante, el día 15 de cada mes del calendario, conforme a lo pactado por las partes al respecto.

"2. El demandante confiesa en el interrogatorio de parte que absolvió en juicio, que cada comisión la devengaba realmente, conforme a lo pactado al respecto, en la fecha que el deudor pagaba y que la comisión se devengaba con relación a cada pago, en cuantía proporcional a lo pagado por el deudor en cada caso, comisiones que la parte demandada le cancelaba el día 15 de cada mes del calendario, después de haber sido devengadas. (Respuestas a las preguntas segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima del aludido interrogatorio de parte, visible a los folios 25 a 28 del primer cuaderno del expediente).

"3. La falta de apreciación de las aludidas confesiones por parte del juzgador de segunda instancia —como del de primer grado— contribuyó eficazmente al quebrantamiento del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, al aplicar indebidamente dicha norma legal a promedios semanales deducidos pericialmente, mediante conjeturas, es decir a bases distintas de aquellas que expresa y claramente exige la expresada norma legal: "El promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados.

"La violación mencionada, por aplicación indebida del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de los expresados errores de hecho, indujo al juzgador *ad quem*, —lo mismo que al de primer grado— al consecuencial quebrantamiento de las demás normas legales que se indican como infringidas también en el segundo cargo a que me refiero, ya que las condenas por concepto de descansos en días festivos distintos de domingos, de reajuste de cesantía e indemnización moratoria, resultaron como consecuencia de la indebida aplicación del mencionado ar-

título 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

"4. Pero además de lo expresado es pertinente agregar que la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo requiere consideración especial, porque la norma según la interpretación que le ha dado reiteradamente la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no opera de manera automática, como consecuencia obligada y necesaria de condenaciones impuestas judicialmente, como lo entendieron los juegadores de instancia en el caso de autos.

"La Honorable Sala de Casación Laboral ha expresado en varias oportunidades que "la disposición no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho", agregando que "solo puede aplicarse en aquellos casos que no presenten duda, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación, por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella". (Cita de Jorge Ortega Torres en su "Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo", undécima edición —1976— al pie del artículo 65 del Código primeramente citado, página 150).

"En el caso de autos se pactó entre las partes, además del salario fijo, una remuneración variable, a título de comisiones, que se devengó y pagó mensualmente, en la forma y períodos confesados por el demandante en el aludido interrogatorio de parte, a entera satisfacción suya y sin reclamo alguno de su parte, como éste lo confiesa en el citado interrogatorio por lo cual el patrono entendió siempre, de buena fe, que en dicho pago mensual estaba comprendida la remuneración correspondiente al descanso de los días domingos y festivos, conforme a lo dispuesto en los artículos 133, 134, 173 y 174 del Código Sustantivo del Trabajo. Dichas confesiones de la parte demandante, dejadas de apreciar en sus sentencias por los falladores de instancia, impedían aplicar la sanción moratoria establecida en el citado artículo 65, porque de esas confesiones se deduce claramente la buena fe con que obró el patrono, al entender que en dicho pago mensual de comisiones estaba comprendida la remu-

neración correspondiente al descanso de los días domingos y festivos".

Para el opositor el cargo es inestimable, por cuanto se funda en la errada apreciación de una prueba no contemplada en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Afirma que la confesión contenida en el interrogatorio que le fue formulado a Luis Eduardo Reina Peña, y censura la crítica que hace el recurrente a la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se considera

En relación con las manifestaciones hechas por el trabajador demandante al absolver el interrogatorio que le fue formulado, observa la Sala que el absolvente aceptó que recién entrado a la sociedad demandada ganaba comisiones sobre facturas y no hasta cuando el comprador cancelara el precio, y posteriormente por un convenio celebrado entre la empresa y los trabajadores se estableció el pago de comisiones diferido, de acuerdo con la fecha en que pagara el cliente, y que el valor de las comisiones se le pagaban mensualmente el día 15 de cada mes.

Ahora bien: la circunstancia de que el salario del trabajador como vendedor se reconozca cuando los compradores cancelan el precio de la mercancía vendida o efectúen abonos, y que el salario variable, en el caso en estudio las comisiones por ventas, se entregue periódicamente, no desvirtúa el soporte del fallo recurrido consistente en que en el proceso "se estableció la cuantía de los promedios de salario semana a semana que devengó el trabajador", pues es posible que en tratándose de salario por comisiones no coincidan la fecha en que éstos se devengan y aquellas en que se pagan. Es decir, que no incurrió en error alguno el Tribunal Superior con fundamento en la apreciación de la confesión de Reina Peña.

No surgiendo manifiesto error de hecho de la falta de apreciación de la confesión judicial del trabajador demandante, está impedida la Corte, dadas las limitaciones del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, para examinar si la apreciación errónea de la prueba pericial condujo al error de hecho.

No prospera el cargo en el aspecto estudiado.

En lo referente a la acusación por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por haber incurrido el Tribunal Superior en manifiesto error de hecho, considera la Sala que en la acusación por el concepto anotado el recurrente debe estar conforme con la interpretación que el fallador haya dado a la norma sustancial que se estima violada, pues la aplicación indebida supone el entendimiento recto de la norma en su alcance y significado, como lo ha sostenido la jurisprudencia en forma constante.

En el caso en estudio se acusa la sentencia de violar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y sin embargo el impugnador censura la interpretación que le dieron los falladores de instancia al imponer automáticamente la sanción por mora que la norma consagra sin tener en cuenta la duda justificada del patrono sobre la existencia del derecho que se controvierte, y luego agrega que el caso de autos está demostrada la buena fe de la sociedad demandada al entender, por haberse pactado, que en el pago mensual estaba comprendida la remuneración correspondiente al descanso dominical, entendimiento que se apoyaba también en que el trabajador, recibió los salarios a su entera satisfacción sin reclamación alguna. La acusación así formulada es contradictoria,

porque si la norma fue mal interpretada por aplicarse automáticamente, no era posible fundamentarse la acusación en la existencia de error de hecho consistente en no dar por demostrada la buena fe, porque ello supondría que la norma fue interpretada, correctamente lo que se niega al comienzo del cargo.

Habiéndose formulado dos conceptos de violación incompatibles en un mismo cargo, tampoco prospera este otro aspecto de la acusación.

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 treinta de septiembre de mil novecientos setenta y siete por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el proceso ordinario seguido por Luis Eduardo Reina Peña contra Olivetti Colombiana S. A.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópíese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial".

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL ERROR DE HECHO SOLO PUEDE ORIGINARSE SEGUN LO ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 7º DE LA LEY 16 DE 1969

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., julio veintiseis de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Manuel Enrique Daza Alvarez).

Acta N° 23

Radicación N° 6571

Mediante libelo que correspondió al *Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, Gustavo Guarnizo Doncel*, mayor de edad y de esa vecindad, demandó, por medio de apoderado, a la empresa denominada *Olivetti Colombia S. A.*, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, se la condenase a pagarle salarios insolutos, dominicales y festivos, reajuste de prestaciones sociales (cesantía, primas de servicios y vacaciones), indemnizaciones por despido y por mora y las costas del juicio.

Como fundamento de esas pretensiones afirmó, que había prestado sus servicios a la sociedad demandada, entre el 1º de julio de 1970 y el 26 de junio de 1974, en el cargo de vendedor de máquinas de contabilidad, y que estuvo afiliado al Sindicato de la empresa. El último salario promedio mensual devengado, que no incluye el valor de los dominicales y festivos, fue de \$ 11.619.95. La empresa demandada terminó el contrato de trabajo en forma unilateral e injusta, mediante comunicación de 25 de junio de 1974, sin tener en cuenta las explicaciones del demandante en relación con la causal invocada para el despido. La sociedad, en documento de 19 de septiembre de 1972, propuso el arreglo conci-

liatorio de los dominicales y festivos, sin que tal arreglo se llevara a efecto. Por último, la compañía dejó de pagar por comisiones, a pesar del reclamo del trabajador, quien solicitó, entre otras, las correspondientes a las ventas realizadas a Granandina de Seguros y a Solveco Ltda.

El apoderado de Olivetti Colombiana S. A. se opuso a las pretensiones de la demanda; rechazó los hechos relativos a la falta de pago de dominicales, festivos y comisiones, así como el relacionado con el despido injusto del trabajador, y propuso las excepciones de pago, carencia de acción y prescripción.

Tramitada la *litis* el Juzgado del conocimiento la resolvió por medio de sentencia de diecisiete de agosto de mil novecientos setenta y ocho, en la que condena a la demandada a pagar al actor \$ 2.798.00 por concepto de comisiones, \$ 5.665.20 por reajuste de cesantía, \$ 40.327.37 por indemnización por despido y \$ 449.12 a partir del 26 de junio de 1974 hasta cuando se canceleen las anteriores acreencias laborales, a título de indemnización moratoria; declaró probada la excepción de prescripción respecto de dominicales y festivos, y no probadas las demás excepciones e impuso a la demandada el 80% de las costas.

A virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la sociedad demandada subieron los autos al *Tribunal Superior de Bogotá*, entidad que confirmó la providencia del *a quo* y condenó en costas a la parte apelante.

Contra esa decisión, proferida el siete de octubre de mil novecientos setenta y ocho, ha interpuesto recurso de casación el apoderado de Olivetti Colombiana S. A. Como esta Corporación lo tiene admitido y tramitado en legal forma, se procede a re-

solverlo con examen de la correspondiente demanda y del escrito de réplica.

El recurso

El recurrente presenta el ataque a la sentencia del Tribunal a través de dos cargos, con invocación de la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964. El alcance de la impugnación lo determina de modo particular para cada uno de ellos.

Primer cargo

Acusa violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 127 y 176 del Código Sustantivo del Trabajo, y consiguiente transgresión de los artículos 62, 64, 65, 66, 172, 173, 174, 177, 249 y 253 *ibidem*, como consecuencia de errores evidentes de hecho, originados en la equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras. Entre las primeras señala el contrato de trabajo, la comunicación de despido y el dictamen pericial, y como prueba no apreciada la confesión judicial del demandante.

En primer término, el recurrente afirma que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que la empresa demandada le adeudaba al demandante la suma de \$ 2.798.00 por concepto de comisiones.

Para demostrar el error de hecho anteriormente puntualizado, comienza por transcribir la motivación que sobre ese aspecto de la *litis* hizo el sentenciador impugnado, y expresa que el dictamen pericial fue erróneamente apreciado porque a través de él no se deduce la existencia de obligación alguna por concepto de comisiones. "Lo que dijo el perito al respecto es muy distinto a lo deducido en la sentencia recurrida, como se evidencia en el aludido dictamen que, en lo pertinente reza textualmente, así: Se aprecia en el cuadro anterior en la columna "Haber", el valor de las comisiones causadas y en la columna "Debe" el valor de las comisiones pagadas y relacionadas con las facturas anotadas anteriormente. Así mismo se observa el saldo de estas comisiones. Sin embargo, en las tarjetas de comisiones se aprecian una serie de "anticipos de comi-

siones" sin que en dichas tarjetas se especifique en muchas ocasiones a qué facturas corresponden dichos anticipos, ya que como se ve en las ya mencionadas tarjetas de comisiones, la empresa demandada lleva un estilo de cuenta corriente, o sea, que anota las comisiones causadas (Columna Haber), restándole luego las comisiones y anticipos pagados al actor (Columna Debe), anotando el resultado en la columna "Saldo". Este saldo a la fecha de retiro del actor era de \$ 13.989.98, pagándole en la liquidación final la suma de \$ 11.191.98, para un saldo a favor del actor de \$ 2.798. 00, *no pudiéndose determinar si este saldo fue cancelado o no.*" (Subrayo).

Como bien claro se advierte en la transcripción anterior, lo que dice el dictamen citado es que el Perito NO PUDO DETERMINAR SI EL EXPRESADO SALDO 'FUE CANCELADO O NO', es decir si se le adeudaba o no al demandante, porque este punto no fue objeto de su investigación pericial, de donde resulta ostensible el error de hecho en que incurrió el fallador *ad quem* al dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa demandada le adeudaba al demandante el expresado saldo por concepto de comisiones, siendo que eso no lo dice el aludido dictamen pericial.

Respecto del reajuste de cesantía, el censor advierte que el Tribunal reconoció la prescripción de los dominicales y festivos que se establecieron con el dictamen pericial, y observa que esa prueba también se apreció equivocadamente "al tomar como base de condenación del referido reajuste de cesantía la parte del dictamen pericial referente a los presuntos dominicales y festivos que no fue estimado por los falladores de instancia, porque la acción por concepto de los citados dominicales y festivos estaba prescrita. Es ostensiblemente errónea afirmar que una cosa existe y no existe, al mismo tiempo".

En cuanto a la indemnización por despido anota, que el sentenciador no dio por demostrado, estándose, que la empresa demandada manifestó oportunamente las causas de la terminación del contrato de trabajo, y no dio por demostrado, estándose, que dichas causas quedaron plenamente demostradas en el proceso.

"Sobre ese particular manifiesta: En efecto, basta la simple lectura de la nota que original obra al folio 54 del expediente y en fotocopia debidamente autenticada al folio 93, para evidenciar que la empresa demandada le manifestó allí al demandante los motivos —con invocación de las normas legales pertinentes— en que se apoyaba para tomar la aludida determinación".

"Las justas causas que la empresa demandada invocó para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, están plenamente demostradas en el proceso con las confesiones que hizo el actor al absolver el interrogatorio de parte que le formuló la parte demandada. (folio 114 a 118)".

"En efecto, el demandante confesó ser cierto que había suscrito el contrato de trabajo que original obra a los folios 51 a 52 vto. y en fotocopia debidamente autenticada a los folios 90 y 91, en el cual las partes contratantes indicaron expresamente como causal de terminación del contrato "que el trabajador no cumpla con la obligación de efectuar las ventas mensuales mínimas a que se refiere la Cláusula Segunda de este Contrato" (Respuesta a la pregunta octava, folio 115 y 116); como confesó también ser cierto que él se obligó, mediante el aludido contrato de trabajo, a efectuar un mínimo de ventas no inferior a \$ 150.000,00 (respuesta a la pregunta novena); que el incumplimiento de la citada obligación contractual constituía justa causa para dar por terminado el citado contrato de trabajo (respuesta a la pregunta décima); como confesó también ser cierto que él incumplió la aludida obligación contractual, si bien aduciendo causas que no se demostraron en el proceso (respuesta a la pregunta décima primera) y que el mencionado incumplimiento dio lugar a la terminación de su contrato de trabajo por parte del patrono. (Respuesta a la pregunta décima segunda)".

Por último, el recurrente se refiere a la indemnización moratoria, en los siguientes términos: "La condenación que se impuso por concepto de indemnización moratoria obedeció a las condenas decretadas en la primera instancia y confirmadas totalmen-

te por el sentenciador *ad quem* en su sentencia acusada, por concepto de comisiones y reajuste de cesantía, condenaciones éstas que, como ya se dejó demostrado antes, tuvieron como causa los errores de hecho evidentes que sirvieron de apoyo a las mencionadas condenas".

Con este primer cargo aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia del Tribunal, y que, en sede de instancia, revoque la de primer grado en cuanto impuso condenas a la empresa demandada por concepto de comisiones, reajuste de cesantía, indemnización por despido, indemnización moratoria y costas y la confirme en lo demás.

En el escrito de réplica el opositor sostiene que el recurrente invocó la violación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que a su juicio no tiene el carácter de norma sustancial, y que, en cambio, omitió acusar el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral para integrar la proposición jurídica.

Respecto del alcance de la impugnación, estima que al mismo tiempo se solicita la anulación y la confirmación de la sentencia. Y en cuanto al dictamen pericial, advierte que su apreciación, en concepto del propio recurrente, ofrece motivos de duda, por lo cual no puede generar el error de hecho con carácter de evidente, y además, se trata de una prueba no calificada para establecer esa clase de error en la casación laboral, según la Ley 16 de 1969.

Se considera

El alcance de la impugnación no es defectuoso, como lo asevera el opositor, pues no resulta contradictoria en este caso la solicitud que formula el recurrente para que se anule la sentencia del Tribunal y para que, en sede de instancia, se revoquen las condenas que el Juzgado le impuso a la sociedad demandada, puesto que el fallo del ad quem se limitó a confirmar el de primer grado. También es equivocado el reparo que se le hace al cargo para descalificar la proposición jurídica, como quiera que el censor no se limitó a acusar el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que hizo extensiva dicha acusa-

ción a las normas que consagran el derecho a las pretensiones a las cuales se concretaron las condenas impuestas por el Tribunal, es decir, que la proposición jurídica comprendió las normas sustanciales relativas a comisiones, cesantía, indemnización por despido e indemnización moratoria. De otra parte, tiene dicho la jurisprudencia de esa Sala, que no es necesario por regla general indicar como violado el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral cuando se propone la acusación por la vía indirecta, para efecto de integrar la proposición jurídica, a menos que la controversia tenga que ver con la aplicación de ese precepto legal.

En cuanto hace relación con la demostración del cargo, él se reduce a fundamentar el ataque a la sentencia respecto de comisiones, reajuste de cesantía e indemnización moratoria en el dictamen pericial; pero esa formulación es defectuosa y conduce al rechazo del cargo, pues según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, el error de hecho sólo puede originarse en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección judicial, mas no de manera exclusiva en el dictamen pericial, por no ser prueba calificada para ese propósito.

Respecto de la indemnización por despido el Tribunal estimó que la empresa demandada había omitido enunciar los hechos concretos que pudieron dar fundamento legal a la justificación del despido, y agregó, como argumento complementario, que aún admitiendo que se hubiese aducido como causal de terminación del contrato de trabajo el deficiente rendimiento en las ventas, consagrada en el artículo 7º, numeral 9º, del Decreto 2351 de 1965, el despido aún así sería ilegal e injusto porque la empresa no acreditó haber dado cumplimiento al procedimiento previo y especial establecido en el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966, ni al aviso previo de quince días.

El fallo acusado, por consiguiente, exhibe como fundamento de la condena por indemnización por despido la falta de prueba del cumplimiento del trámite que el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966 exige para despedir en los casos de rendimiento deficien-

te en el trabajo. Sin embargo, el recurrente no se ocupa de desvirtuar ese soporte de la decisión, pues no hace ningún planteamiento encaminado a demostrarlo, sino que afirma que el demandante admitió, en el interrogatorio de parte, el rendimiento deficiente, hecho éste que es bien distinto del que tuvo en cuenta el Tribunal para fundamentar la condena.

Además, el juzgador ad quem, fundamentó también su fallo en las siguientes pruebas que el recurrente en casación no tuvo en cuenta para desvirtuarlas en su impugnación: Cláusula segunda del contrato de trabajo; documental que obra de folios 75 a 78; interrogatorio de parte absuelto por el demandante.

Por consiguiente, quedando apoyada la sentencia en esas consideraciones y pruebas no impugnadas ni desvirtuadas debe manterse, pues el labor del recurrente, y no de la Corte, hacer la demostración a través de la acusación.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo

Imputa la violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 127, 172 a 174, 176, 177, 65, 66, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de errores evidentes de hecho, originados en la errónea apreciación del dictamen pericial y la comunicación de despido y en la falta de apreciación de la confesión del demandante respecto de "los hechos distinguidos con los numerales 8º y 9º del libelo de demanda con que se inició el juicio".

En primer término, señala el recurrente como error de hecho, que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada le adeudaba al trabajador la suma de \$ 2.798.00 por concepto de comisiones. Para demostrarlo, indica que el dictamen pericial no establece la existencia de esa deuda, sino que el saldo obtenido por el perito, por igual valor, corresponde a las operaciones que efectuó, mas no determina si dicho saldo fue no cancelado. "A lo cual se agrega —dice el censor— que el demandante no pide en su demanda el pago de cualquier saldo de comisiones, sino que se refiere a comisiones específicas, cuya

causalidad no demostró en las instancias del juicio: 'Las causadas por ventas efectuadas a la Granandina de Seguros y a Solveco Ltda., las cuales no le fueron canceladas', como reza textualmente el hecho 9º de la demanda con que se inició el juicio, cuya falta de apreciación por el juzgador *ad quem* contribuyó eficazmente a la violación de las normas legales que se indican en este segundo cargo".

En cuanto a cesantía e indemnización moratoria, indica:

"La condena impuesta por concepto de reajuste de cesantía se fundamenta en el ANEXO PERICIAL N° 4, que se refiere a "promedios semestrales y del último año de servicios, en relación con los presuntos descansos en días domingos y festivos" siendo que el juzgador *ad quem* confirmó en su sentencia acusada la declaración de prescripción que hizo el fallador de primera instancia en el ordenamiento SEGUNDO de su sentencia, de la acción correspondiente a los mencionados presupuestos dominicales y festivos.

"En lo que se deja expresado estriba el ostensible error de hecho en que incurrió el sentenciador *ad quem* —lo mismo que el de primera instancia al tomar como base del referido reajuste por cesantía una parte del dictamen pericial que no fue estimada en las instancias, porque el juez *a quo* decidió que la acción por concepto de los aludidos dominicales y festivos estaba prescrita, lo que fue confirmado por el sentenciador de segundo grado, en su sentencia acusada".

"Como ya se advirtió en el primer cargo, resulta ostensiblemente erróneo afirmar que una cosa no existe para unos efectos y que sí existe, al mismo tiempo, para otros efectos".

"3. La condenación impuesta por concepto de indemnización moratoria se fundamentó en las condenas que se decretaron en la primera instancia y confirmadas totalmente por el sentenciador de segundo grado en su sentencia acusada, por concepto de comisiones y reajuste de cesantía, condenaciones éstas que, como ya se dejó demostrado, tuvieron como causa los errores de hecho evidentes que sirvieron de apoyo a las mencionadas condenaciones.

A través de este segundo cargo, el recurrente pretende que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal, y que, en el grado subsiguiente, revoque las condenas impuestas por el Juzgado respecto de comisiones, reajuste de cesantía e indemnización moratoria, y que modifique la resolución sobre costas.

El opositor, a su turno, critica la forma como se propuso el alcance de la impugnación. Estima que ha debido incluirse en la proposición jurídica el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral y considera, por último, que el error de hecho propuesto no presenta el carácter de manifiesto o evidente.

Para resolver se considera

Ningún reparo le merece a la Sala la formulación del alcance de la impugnación, el cual se ciñe al criterio jurisprudencial que determina la manera como debe enunciársele. Por otra parte, el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, no era responsable en este caso para integrar la proposición jurídica, por las mismas razones que se adujeron al examinar el cargo anterior. En cambio, resulta pertinente la crítica que allí se hizo respecto a que el recurrente hace depender de manera principal el fundamento de la censura en el dictamen pericial, que, como se observó, no puede generar el error de hecho en la casación laboral.

Además, y aún cuando el impugnador se refiere a la demanda inicial del juicio, para significar que el demandante sólo solicitó el pago de las comisiones correspondientes a las ventas a Granandina de Seguros y a Solveco Ltda., es decir, que únicamente reclamó el pago de unas comisiones específicas y no todas las que tuvo en cuenta el perito, es lo cierto que tal deducción no puede inferirse del citado libelo inicial, porque aún cuando allí se mencionan las ventas realizadas por el actor en favor de aquéllas dos sociedades, también lo es que el demandante hizo extensivo su reclamo a otras comisiones. El anterior aserto lo acredita el texto completo de los hechos 8º y 9º, que sólo parcialmente repro-

duce el recurrente, y en los cuales se expresa:

"89). A la fecha de terminación del contrato de trabajo la sociedad demandada no canceló el valor total de las comisiones debidas al demandante, no obstante los reclamos que para el pago de las mismas hizo el actor, tal como constan en varias cartas.

"90) Entre las comisiones adeudadas, entre otras, a mi poderdante se encuentran las causadas por ventas efectuadas a la Granandina de Seguros y a Solveco Ltda., las cuales no le fueron canceladas".

No es acertada la manifestación del recurrente acerca de la no existencia de las acreencias laborales con cargo a la parte demandada a las cuales se contrajo la sentencia del ad quem confirmatoria de la del a quo, por cuanto como ya se observó al analizar el cargo precedente ellas se mantienen con fundamento en las pruebas que analizó el sentenciador, resultando que la prueba pericial básica y fundamental de la decisión no es calificada. Es así, entonces, que no aparece evidenciado el error de hecho que se le imputa al sentenciador.

De otra parte, teniendo presente el no pago oportuno de las obligaciones laborales por parte del patrono al trabajador y no habiendo prosperado la acusación que respecto de las mismas acreencias formuló

el recurrente, menos puede prosperar la impugnación referente a la indemnización por mora, ataque que, por cierto, lo indica el censor como mera consecuencia del éxito de otras pretensiones que, como ya se vio, no era del caso que prosperan.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha siete de octubre de mil novecientos setenta y ocho, en el juicio seguido por Gustavo Guarnizo Doncel contra Olivetti Colombiana S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Los magistrados.

Manuel Enrique Daza Alvarez, Hernando Rivas Otálora, Fernando Uribe Restrepo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION PARA LOS TRABAJADORES QUE LABORAN BAJO LA INFLUENCIA DE TEMPERATURAS ANORMALES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 6686

Acta N° 32

En ambas instancias la “*Cristalería Peldar S. A.*” fue condenada a pagarle pensión de jubilación a *Luis Felipe Marín Acevedo* por haber trabajado bajo la influencia de temperaturas anormales.

Ante esta circunstancia, Peldar recurre en casación contra la providencia del segundo grado, que fue expedida por el *Tribunal Superior de Medellín* el 18 de diciembre de 1978, para impetrar que se le deje sin efecto, se revoque luego la del *Juez Laboral del Circuito de Envigado* y, finalmente se la absuelva de las súplicas del libelo propuesto contra ella por Marín Acevedo.

Así lo dice la demanda de casación (folios 10 a 19 de este cuaderno), donde se propone un solo cargo, replicado por la contraparte, y que dice así:

“Acuso la sentencia por la casual primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la aplicación indebida de los artículos 269, 270 y 273 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado el 269 por el artículo 10 del Decreto 617 de 1954.

“La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma indirecta por haber incurrido el fallador en error de derecho, al haber dado por establecido, sin

estarla, que el actor trabajó durante más de 20 años en labores realizadas a temperaturas anormales, apoyándose en medios probatorios no autorizados por la ley para demostrar ese hecho, por exigir aquella una prueba definida y determinada para su demostración”.

“Para llegar a la conclusión citada, el *ad quem* se basa en los testimonios de Gonzalo Mejía Guerrero (folios 21 y 22) y Antonio José Restrepo (folios 22 y 23), en la inspección judicial practicada en las oficinas de la Empresa (folio 24) y en el dictamen pericial rendido por el perito (fotocopia folios 62 a 65)”.

“Pero, ahora bien, la calificación de la labor efectuada a temperatura anormal, es de competencia en cada caso de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo, (hoy sección de Medicina e Higiene del Trabajo), como en forma perentoria lo exige el inciso 2º del artículo 270, norma ésta que en su parte inicial dice “.... Lo dispuesto en el artículo anterior se aplica ...” y hace relación a los trabajadores dedicados a labores que se realicen a temperaturas anormales. No puede ser de otra manera, por tratarse de un asunto eminentemente técnico, que solamente puede determinarse por los especialistas en Medicina e Higiene Industrial.

“Sobre el particular el doctor Guillermo González Charry dice “... Para la legislación colombiana, la determinación de si un trabajo se ha cumplido a temperaturas anormales corresponde, según el inciso 2º del artículo 269 del Código a la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo”. (prestaciones sociales del Sector Privado, Editorial Temis, 1966 página 162).

"Por tanto, no podía demostrarse la labor a temperaturas anormales, que invoca el actor como fundamento de la súplica relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación especial, sino con la declaración de la Oficina del Ministerio de Trabajo, probanza que en ningún momento se produjo. Al admitir la demostración por otras pruebas, hizo incurrir a la Sala falladora en error de derecho, por cuanto la exigencia que hace la ley revistió de solemnidad la prueba que tiene que aducirse y que viene a ser la única valedera para acreditar la situación fáctica que sirvió de soporte al caso *sub lite*. Si tal error no se hubiera cometido, se habría llegado a la conclusión de no haber sido demostrada la temperatura anormal en las diversas labores que desarrolló el actor al servicio de la demanda y ésta hubiera sido absuelta —como ha debido serlo— del reconocimiento de la pensión especial de jubilación.

"Lo anterior es más que suficiente para que se quiebre la sentencia y en su lugar se absuelva a la demandada, dado que no se estableció el trabajo en altas temperaturas durante 20 años, como lo determinan y exigen las normas infringidas".

La Sala considera

El artículo 10 del Decreto Legislativo 617 de 1954, que sustituyó el 269 del Código Sustantivo del Trabajo e invocado en el ataque, dice así:

"1. Los operadores de radio, de cable y similares, que presten servicios a los patronos de que trata este capítulo, tienen derecho a la pensión de jubilación aquí reglamentada, después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que sea su edad.

"2. La calidad de similares de que trata el numeral 1 de este artículo, será declarada, en cada caso, por la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo".

Y el artículo 270 del Código Sustantivo, que también cita el recurrente, añade:

"Lo dispuesto en el artículo anterior se aplica a los aviadores de empresas comerciales, a los trabajadores de empresas mi-

neras que presten sus servicios en socavones, y a los dedicados a labores que se realicen a temperaturas anormales".

La lectura de los dos textos transcritos disipa cualquier duda en cuanto a que la facultad atribuida por el artículo 10 en su inciso segundo a la llamada antes Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial atañe únicamente a calificar como análogas de las actividades que menciona el inciso primero del precepto, a otras labores en el campo de la radiotelefonía que, por sus características de insalubridad, hagan imperioso que quien las cumpla pueda pensionarse con mayor prontitud que los trabajadores ordinarios.

Pero en ninguna parte de esa norma, ni en el artículo 270 del Código, se exige el concepto de la aludida Oficina como prueba única y específica de que un trabajo se realiza bajo la influencia de temperaturas anormales, como pretende sostenerlo el cargo que se analiza.

Al no existir entonces esta supuesta restricción en cuanto a la forma de comprobar aquella circunstancia de trabajo, queda al arbitrio de quienes la discuten en juicio escoger el medio de prueba que consideren más eficaz y más convincente para buscar el triunfo de su posición dentro del litigio.

Se concluye, por lo tanto, a la luz de lo estatuido por el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, que no existe el error de derecho que el cargo le atribuye al sentenciador ad quem.

No prospera, en consecuencia.

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 acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA "CORPORACION DE INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL" ADSCRITA AL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA. ES UN ESTABLECIMIENTO PÚBLICO

No se produjo por parte del Tribunal Superior la violación de los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., julio veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor: José Eduardo Gnecco C.).

Acta N° 31

Expediente N° 6208

Henry Quintero Salazar, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "Corpal" —en liquidación— solidariamente con la Nación (Ministerio de Salud Pública), para que mediante un juicio ordinario se la condene a pagarle la suma de quince mil cuatrocientos cinco pesos con 59/100 m.l. por concepto de indemnización por despido injusto y la indemnización por mora desde el 24 de marzo de 1971 y hasta la fecha en que los demandados le paguen los derechos que reclama.

Según los hechos de la demanda Henry Quintero Salazar laboró al servicio de la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social desde el 16 de octubre de 1961 hasta el 8 de diciembre de 1970, fecha en que la Gerencia de la Corporación lo despidió de manera injusta e ilegal. CORPAL es una empresa comercial e industrial del Estado conforme a la Ley 28 de 1963, en armonía con los Decretos 1050 y 3135 de 1968, como lo ha dicho la Sala de Casación

Laboral, y las relaciones jurídicas con sus servidores están regidas por un contrato de trabajo. En el lapso comprendido entre el reclamo administrativo y la formulación de la demanda el Gobierno Nacional expidió el Decreto número 1281 de 1973, mediante el cual suprimió la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "CORPAL" y fue sustituido por la Nación (Ministerio de Salud Pública).

Al contestar la demanda el Procurador del Distrito Judicial de Bogotá se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y siete Absolvió a la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "CORPAL" —en liquidación—, y a la Nación (Ministerio de Salud Pública) de los cargos formulados por Henry Quintero Salazar, con costas a cargo de éste, cuyo apoderado apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en fallo de treinta de junio de mil novecientos setenta y siete confirmó el de primer grado, sin costas en la instancia.

Recurrió en casación el apoderado de Henry Quintero Salazar. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del

escrito de réplica de los apoderados judicial de la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "Corpal" y del Procurador Delegado en Civil.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente "que se case totalmente la sentencia recurrida mediante la cual se absolió a los demandados, y que la Corte en sede de instancia revoque la dictada por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 23 de febrero de 1977 y como consecuencia de ello, condene a la parte demandada al tenor de las súplicas de la demanda inicial del pleito, con costas de ambas instancias".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Cargo primero

La sentencia recurrida viola, por interpretación errónea, los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 11 de la Ley 28 de 1963, 4º del Decreto 1071 de 1964 y 1º del Decreto 3182 de 1968, violación que condujo al Tribunal a la aplicación indebida del inciso 1º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968. Y a la inaplicación del inciso 2º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 y 6º del Decreto 1060 del mismo año, en relación con los artículos 11 de la Ley 6º de 1945, 51 del Decreto 2127 de 1945, 3º de la Ley 64 de 1946 y 1º del Decreto 797 de 1949, 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968.

Demostración

El Tribunal se limitó a invocar expresamente para adoptar su decisión de mérito el artículo 1º de la Ley 28 de 1963 y el Decreto 3162 de 1968, estatutos reguladores de la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "Corpal" para calificarla como establecimiento público y aplicar el inciso 1º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, aceptó las consideraciones del fallador de primera instancia al consignar que la demandada es un establecimiento público descentralizado y es por ello por lo que procede la acusación en los términos propuestos. La interpretación

errónea consiste en que la sentencia impugnada al examinar las normas en cita y que se refieren a la estructura jurídica de "Corpal" la califica como un establecimiento público, cuando en realidad de verdad se trata de una empresa estatal, incurriendo el sentenciador en aplicación indebida del inciso 1º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 y en falta de aplicación del inciso 2º del mismo precepto, y del artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 que define que se entiende por "empresas industriales y comerciales del Estado", como quebranto dentro de la misma modalidad de las normas consagratorias de los derechos que reclama con justicia el demandante y que se citan en la acusación. En efecto, la H. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de la Sala de Casación Laboral e interpretando correctamente las normas que rigen la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social diagnosticó con certeza a esta entidad como una empresa estatal. Es así como en sentencia de fecha 15 de diciembre de 1969, con ponencia del Magistrado Carlos Peláez Trujillo, impuso la orientación jurisprudencial que se transcribe: "Pero es que, además, el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 definió como empresas industriales o comerciales del Estado a las que presentan las características con que la Ley 28 de 1963 revistió a la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social y el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 sustitutivo del 4º del Decreto 2127 de 1945, estableció como regla que las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales vinculados por tanto a la administración pública por contrato de trabajo". Punto sobre el cual ya ha dicho la Corte: A la imprecisión de la norma arriba transcrita (artículo 4º del Decreto 2127 de 1945), proveniente de las obvias diferencias que se observan en los establecimientos públicos y empresas oficiales, por razón de su origen y su patrimonio, de su naturaleza y de los cometidos de servicio público que les corresponde, si se les compara con los establecimientos y empresas privadas, pusieron fin las disposiciones del Decreto 1050 de 1968, que distinguen claramente entre es-

tablecimientos públicos y empresas comerciales e industriales del Estado, y el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que la hace entre empleados públicos vinculados por una relación legal o reglamentaria o trabajadores oficiales ligados por una relación de trabajo simplemente. (Casación 4 de junio de 1969. Rafael Ospina vs. Corporación Autónoma de la Sabana de Bogotá 'A la luz de estas nuevas disposiciones, que no hacen sino precisar conceptos poco claros en la legislación anterior, los trabajadores de una empresa del Estado como Corpal, tienen, así pues, el carácter de trabajadores oficiales vinculados a ella por contrato de trabajo' (Ordinal de Julio Beltrán Díaz vs. Corpal). La equivocada inteligencia del Tribunal, al acoger los razonamientos del *a quo*, lo llevaron a inaplicar el inciso 2º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, artículos 6º del Decreto 1050 de 1968, 11 de la Ley 6ª de 1945, 51 del Decreto 2127 del mismo año, 3º de la Ley 64 de 1946 y 1º del Decreto 797 de 1949. Y si la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social es una empresa estatal, como lo sostiene la H. Corte, los presupuestos jurídicos del inciso 1º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 son muy distintos de los del inciso 2º de la misma norma al proclamar que las 'personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales' y siendo ello así la vinculación existente entre Henry Quintero Salazar y Corpal es la del contrato escrito de trabajo, por cuanto en este proceso no ha demostrado la demandada según la misma regla jurídica si en los 'estatutos de dichas empresas se precisarán qué actividades deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos'. Ni menos aún aceptarse la tesis de la inversión de la carga de la prueba —como lo pretende el fallador— con quebranto del artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, al disponer que las 'normas vigentes sobre las materias de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior' y en el supuesto de que se admita que CORPAL es

un establecimiento público. (se subraya). En consecuencia, pido se case la sentencia acusada y se revoque la proferida por el *a quo* y en su lugar se acceda a las peticiones de la demanda".

El apoderado judicial de Corpal replica así:

"Debe rechazarse por estas razones: a) Porque el Honorable Tribunal en ninguna parte interpreta las normas acusadas por el recurrente. El Tribunal únicamente cita el artículo 1º de la Ley 28 de 1963. Interpretar es una función propia de la inteligencia. Implica un juicio. Una confrontación entre lo que dispone la ley —interpretación jurídica— y el concepto que yo tengo de la misma. Ahora bien, si no hubo interpretación mucho menos pudo haber error. Y ésto es claro, ya que el error es un acto del entendimiento, que supone un juicio. b) Porque el Honorable Tribunal no dice nada nuevo cuando considera que CORPAL es un establecimiento público. En efecto, lo que hace es atenerse al tenor literal del artículo 1º de la Ley 28 de 1963. c) Porque ya la Honorable Corte Suprema de Justicia en los Juicios de Bertha Inés Márquez Patiño y María Antonia Valderrama contra CORPAL definió claramente la naturaleza jurídica de la entidad que represento y, por ende, la del vínculo de sus trabajadores, con posterioridad a la reforma de 1968.

El Procurador Delegado en lo Civil observa:

"En este cargo incurre el casacionista en grave error de técnica, pues cuando se acusa la sentencia de violar directamente la norma, por interpretación errónea, es necesario que el juzgador desentrañe, o haga la exégesis de la norma, diciendo que ésta regula o contempla tales hechos; y que el casacionista se refiere o resalte esa interpretación que le da el Tribunal, además debe resaltar el verdadero alcance de la norma; pero limita el cargo a afirmar que el *ad quem* interpretó erroneamente la norma sin decir en que consistió el criterio equivocado del juzgador de segundo grado, para que así la Honorable Corte pueda hacer la confrontación con el criterio del impugnador, y que éste estima como el acertado, y pueda así la Corte corregir el error

en que se halla incurso el Tribunal. Estos requisitos exigidos por la técnica del recurso no se dan en la demanda, lo que hace el cargo inestimable".

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre la naturaleza del vínculo que unió a las partes:

Existencia del Contrato de Trabajo

"La prestación de servicios por parte del actor se halla plenamente demostrada con el memorando dirigido al doctor Joaquín Valderrama B., Liquidador de Corpal (folios 38 a 41); con la comunicación dirigida al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá por el Liquidador de la entidad demandada (folio 50 a 53) y con la constancia suscrita por el Jefe de Personal de la entidad demandada (folio 71). De las pruebas antes mencionadas se deduce que el demandante entró a prestar sus servicios a Corpal el 16 de octubre de 1961 y que trabajó hasta el 8 de febrero de 1971, fecha en que se declaró inusbsistente su nombramiento por medio de la resolución N° G-015 de la misma fecha, habiendo desempeñado diferentes cargos, tales como Auxiliar de Contabilidad, Pagador encargado, Cajero Pagador y Jefe de Sec. IV-23, y cuya última asignación mensual fue la cantidad de \$ 4.090.00. Sentado lo anterior, se procede a estudiar si el actor estuvo vinculado a la entidad demandada por una relación contractual laboral, como se afirma en el hecho séptimo del libelo de demanda, o si por el contrario, lo estuvo en virtud de una relación legal y reglamentaria. Para tal efecto, es pertinente examinar cuál es la naturaleza jurídica de la entidad demandada, para luego determinar si la actividad prestada por el actor es susceptible de ser desempeñada por personas vinculadas por un contrato de trabajo. Al respecto, conviene tener de presente que desde su fundación la entidad demandada fue considerada como un establecimiento público. En efecto, el artículo 1º de la Ley 28 de 1963 dispuso lo siguiente: "Créase la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social como establecimiento público descentralizado, con personería jurí-

dica, patrimonio propio independiente y exento de toda clase de impuesto, derechos de aduana y gravámenes fiscales, así como el depósito previo para importaciones de que trata la Ley 1ª de 1959". Ahora bien, teniendo en cuenta que la finalidad de la Corporación era la de suministrar, sin ánimo de lucro, a las Insituciones de Asistencia Pública o Social, tanto oficiales, semi-oficiales como privadas, productos farmacéuticos y demás elementos de asistencia médica y odontológica, incluyendo elementos de dotación y equipo necesarios para la eficaz prestación de sus servicios, según lo dispone el artículo 2º de la misma ley, es lógico pensar que dentro de esta concepción finalista era viable la celebración de contratos de trabajo con fundamento en lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, vigente por la época en que el actor entró a prestar sus servicios a la entidad demandada, y seguramente en consideración a esta circunstancia se suscribió el contrato de trabajo de fecha 24 de junio de 1963 que obra a folios 15 y 16 de los autos, en el cual consta que el actor es contratado para desempeñar las labores de pagador III. grado 7-nivel B., con una remuneración de \$ 900.00 mensuales. Sin embargo, esta situación cambió radicalmente al expedirse el Decreto 3135 de 1968, por cuanto en su artículo 5º sentó la presunción de que las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, eran empleados públicos con excepción de los trabajadores de la construcción y conservación de las obras públicas quienes se consideran como trabajadores oficiales. Con todo, se estableció que en los estatutos de los establecimientos públicos, se podía determinar qué actividades eran susceptibles de ser desempeñadas por personas vinculadas por un contrato de trabajo. En este orden de ideas, quien invoca la calidad de trabajador oficial, debe aportar a los autos la prueba conducente y legalmente eficaz para desvirtuar la presunción consagrada en el artículo 5º del Decreto antes mencionado, la cual no puede ser otra que la copia del es-

tatuto de personal en que conste que la actividad realizada por el actor, está catalogada como aquéllas que son susceptibles de ser efectuadas por personas vinculadas por un contrato de trabajo. Mas, como en el caso *sub judice* no se acreditó esa circunstancia, forzosamente hay que concluir que el actor estaba comprendido dentro de la presunción consagrada en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, o sea, que se consideraba como empleado público, lo cual se corrobora con la comunicación dirigida al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá por el Liquidador de Corpal (folios 50 a 53), ya que en el numeral 26 se dice que por Resolución N° 193 de 18 de junio de 1970 del servicio civil, fue inscrito en la carrera administrativa en periodo de prueba, lo cual sólo es pertinente en tratándose de empleados públicos más no de trabajadores oficiales. Si ello es así, es lógico que no pueden prosperar las peticiones contenidas en el libelo de demanda, y por ende, deberá confirmarse lo resuelto por el Juzgado".

Se considera

En un caso en el cual el Tribunal Superior hizo consideraciones parecidas y la acusación fue similar a la que ahora se presenta, dijo la Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, en fallo de veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco (Juicio de María Antonia Valderrama contra Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social) reiterada por la Sección Primera en sentencia del veintitrés de septiembre del mismo año (Libia Sabogal contra Corpal), y por la Sección Segunda nuevamente en fallo de diciembre cinco del mismo año Bertha Inés Marquéz Patiño contra la misma entidad, lo siguiente:

*"Resulta, pues, de las traslaciones efectuadas una disparidad de criterio entre lo que el recurrente invoca de la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 1969 y lo sostenido por el fallo *sub judice* sobre la naturaleza jurídica de la entidad demandada. Precisa, pues, analizar aquel fallo de la Corte. Lo primero que debe observarse es que la Sala Laboral pronunció el fallo*

de 15 de diciembre de 1969 para decidir respecto del despido de Julio Beltrán Díaz, efectuado el 20 de enero de 1966, es decir antes de que se hubiese efectuado la reforma administrativa de 1968 y tuvieran vida jurídica los Decretos 1050, 3130 y 3138 de ese año. Por ese tal fallo enfoca el asunto desde el punto de vista de que las empresas industriales y comerciales del estado eran establecimientos públicos y la norma que analiza es el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que regía entonces las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores, para concluir, que no obstante ser un Establecimiento Público por su situación idéntica a las de los particulares o susceptibles de ser manejada por éstos en la misma forma, sus trabajadores estaban vinculados por contrato de trabajo. De allí que la invocada sentencia, luego de analizar el referido artículo 4º, concluye diciendo "...son características que definen la Corporación como Establecimiento Público, diferenciándolo de la empresa privada, pero que en forma alguna se oponen a la vinculación contractual que a los trabajadores de Establecimientos Públicos permitía el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en los casos de excepción allí previstos' (los subrayados son del texto). Y la referencia que en el párrafo siguiente hace el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 y al 5º del 3135 del mismo año, a fin de incluir a Corpal como Empresa industrial o comercial del Estado dentro de la definición de aquel artículo y a sus servidores como ligados por contrato de trabajo dentro de la presunción del segundo, no obstante tratarse de una relación laboral terminada con mucha anterioridad a la existencia de tales estatutos, se debe a que en sentencias anteriores la Sala había considerado esos preceptos como interpretativos con autoridad del 4º del Decreto 2127 de 1945 y, por tanto, incorporados en él. Pero esa doctrina fue rectificada por las dos Secciones de la Sala en sentencia de 2 de agosto de 1972 dentro del proceso seguido por Beatriz Peralta Conde contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, aún no publicada, en la que expresó las siguientes razones para no seguir considerando como interpretativo del artículo 4º del Decreto 2127, el 5º del 3135

de 1968, razones que tienen validez para otros preceptos similares de la llamada Reforma Administrativa. Estas son dichas razones: 'Sin embargo, una consideración más detenida de aquellos decretos conduce a la Corporación en pleno a rectificar la antecitada doctrina, porque, de un lado, el primero de los mismos es de carácter extraordinario, dictado en ejercicio de las facultades de tal índole concedidas al Presidente de la República, y no es jurídicamente posible que una ley resulte aclaratoria o interpretativa de un decreto reglamentario (el 4º del 2127 de 1945); para que este fenómeno ocurra, la norma aclaratoria o interpretativa ha de ser de la misma categoría de la aclarada o interpretada; de otro modo lo que sucede es que el precepto lo que deroga o modifica es el del Decreto Reglamentario, y entonces éste, tendría vigor hasta la entrada en vigencia de la ley, sin que ella pueda mirarse incorporada en aquél o como parte integrante suya. De otro lado, cuando el legislador interpreta con autoridad una disposición, lo hace en otra similar en que de modo claro, si no expresó, aparece el propósito interpretativo. Y el Decreto 3135 de un estatuto de carácter general' por lo cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales', que no muestra ese propósito sino el de regular íntegramente la materia y derogar todas las disposiciones que le sean contrarias, según reza el último de sus artículos'. Sentado lo anterior, procede la Sala a considerar el caso de autos'. El recurrente funda la interpretación errónea de los artículos que señala únicamente en la sentencia de esta Sala, arriba analizadas, sin presentar ningún argumento diferente de los contenidos en ella, pues dice en el aparte denominado 'DEMOSTRACION: 'La interpretación errónea consiste en que la sentencia impugnada al examinar las normas en cita y que se refieren a la estructura jurídica de Corpal, la califica como un establecimiento público, cuando en realidad de verdad se trata de una empresa estatal...'. En efecto: la H. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de la Sala de Casación Laboral, e

interpretando correctamente las normas que rigen la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social, diagnosticó con certeza a esta entidad como una empresa estatal. Es así como en sentencia de fecha 15 de diciembre de 1969, con ponencia del Magistrado Carlos Peldáez Trujillo impuso la orientación jurisprudencial que se transcribe (Copia aquí el aparte de dicho fallo, inserto al comienzo). Pero, ya se hizo notar de qué manera aquella sentencia fue dictada para resolver un caso concreto de un trabajador despedido el 20 de enero de 1966, cuya situación jurídica estaba regida por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 que es el que en ella se analiza y del cual se deduce que estaba ligado a la Corporación dicha por contrato de trabajo, no obstante tratarse de un establecimiento público, y cómo la referencia a disposición muy posteriores de la Reforma Administrativa se efectuó equivocadamente por haberles dado un carácter interpretativo que no tienen, lo que la misma Sala rectificó luego en el otro fallo citado. Ahora bien. El despido del actor de este proceso y en virtud del cual se inició, se produjo el 16 de mayo de 1969, bajo la vigencia de los Decretos 1050, 3130, y 3135 de 1968, que son los aplicables al caso. Y el artículo 45 del segundo de los estatutos nombrados establece 'los establecimientos Públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado continuarán funcionando de acuerdo con las normas generales vigentes y las particulares que las rigen...', y esas normas, respecto de la entidad demandada, están fundamentalmente en la Ley 28 de 1963, cuyo artículo 1º crea 'la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social como establecimiento público' (subraya la Sala) es sabido que el artículo 5º del último de los estatutos dichos sentó la regla general de que los que trabajan en uno de tales establecimientos 'son empleados públicos', sin que quepan más que dos excepciones: los trabajadores de la construcción y sosténimiento de obras públicas y aquellos que desempeñen actividades que los estatutos del respectivo establecimiento consideren que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Ninguno de estos dos casos exceptivos fue

invocado por la actora. Además, los estatutos de la Corporación demandada contenidos en el Acuerdo número 068 de 5 de mayo de 1969, aprobado por el Decreto 970 de 10 de junio de 1969, establece en su artículo 1º que 'la Corporación de Instituciones de Asistencia Social es un establecimiento público...' (subraya la Sala), que 'estará adscrita al Ministerio de Salud Pública'. Y el Art. 51 del mismo determina que 'en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en la Corporación son empleados públicos y por consiguiente de libre nombramiento y remoción. No siendo aplicable, pues, a este negocio el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en cuya virtud dijo la Sala que los trabajadores de Corpal estaban vinculados a ella por contrato de trabajo, tampoco es de recibo la doctrina de la sentencia de 15 de diciembre de 1969 en que tal afirmación se hizo'.

Acoge la Corte las consideraciones expuestas en el fallo cuyos pasajes se han transcritos, por lo cual se concluye que no prospera la acusación en el aspecto estudiado.

Mas como en el cargo se indica como violados los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968, no incluidos en la acusación de las sentencias dictadas en los procesos referidos, se transcribirá también lo que esta Sala de la Corte dijo en relación con la interpretación de los mismos en casación de junio veintiuno de mil novecientos setenta y uno, Marco Antonio Fernández Rivera contra Puertos de Colombia:

"Y no puede pensarse, por otra parte, que lo estatuido en el artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, este dispensado por el artículo 39 del Decreto Ley 3130 del mismo año, porque esta última disposición se remite a lo previsto por el artículo 38 del aludido Decreto 3130, que fue declarado inequívoco por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 1972 y porque, además, el artículo 39 fue apenas norma de tránsito entre dos regímenes legales: el anterior al 26 de diciembre de 1968, fecha en que comenzó a regir el Decreto Ley 3135 de 1968, conforme a su artículo 43, y el contenido en tal Decreto.

De acuerdo con lo anterior, tampoco se produjo por parte del Tribunal Superior la violación de los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Segundo cargo

"Infracción directa, por aplicación indebida, del inciso 1º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, en relación con los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 11 de la Ley 28 de 1963, 4º del Decreto 1071 de 1964 y 1º del Decreto 3182 de 1968; y por falta de aplicación del inciso 2º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 y 6º del Decreto 1060 del mismo año, en relación con los artículos 11 de la Ley 6º de 1945, 51 del Decreto 2127 de 1945, 3º de la Ley 64 de 1946, 1º del Decreto 797 de 1949, 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968.

Demostración

Para el fallador constituye una verdad evidente, quien acoge los fundamentos expuestos por el Juez de primera instancia, que la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "Coral" es un establecimiento público y como consecuencia de ello aplica el inciso 1º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 para concluir que el actor es un empleado público y disponer la absolución de la demanda. Mas ya se vio en el desarrollo del cargo anterior, que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de fecha 15 de diciembre de 1969), la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social es una empresa estatal, lo cual llevó al juzgador a incurrir en rebeldía de modo directo por aplicación indebida e inaplicación de las normas que se citan en el presente cargo, al formular la calificación de que Corpal es un establecimiento público. Este enfoque llevó al Tribunal a desconocer los derechos ciertos e indiscutibles que por los conceptos de indemnización por despido y los denominados "salarios caídos" suplica a la justicia el demandante, cuya vinculación fue la del contrato escrito de trabajo y como tal un trabajador oficial".

Para el opositor, Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social Corpal en liquidación, el cargo debe rechazarse. "Porque el Tribunal no hizo otra cosa que aplicar el tenor literal de la ley, que señala a Corpal como establecimiento público descentralizado; b) Porque si Corpal es un establecimiento Público, sus servidores estaban ligados por una situación legal y reglamentaria. Así lo pregonó claramente el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, c) Porque la Jurisprudencia citada por el señor apoderado recurrente es anterior a la reforma de 1968".

El Procurador Delegado en lo Civil se opone así:

"Al concebir este cargo, el recurrente incurre en error de técnica, pues cuando se acusa por la vía directa, por aplicación indebida, es indispensable que el impugnador se encuentre de acuerdo con los hechos en la forma como los halló demostrados el juzgador, requisito que no se da en el presente caso, porque mientras el Tribunal cataloga la naturaleza de la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social "Corpal", como un establecimiento público, el casacionista sostiene que la dicha Corporación es una empresa estatal. Además, es necesario que se indique cuales fueron los efectos que el juzgador dio a la norma al aplicarla, y que no son los que la norma persigue: pues la aplicación indebida por la vía directa consiste en aplicar la norma a casos no contemplados o regulados por ella. Por encima de estas consideraciones, si nos remitimos a los términos como está concebido el fallo del *ad quem*, y comparado con el texto de las normas que se dicen violadas, concluimos que el Tribunal no incurrió en la causal en momento, ya que tales normas son claras y precisas, y su aplicación fue correcta".

Se considera

El recurrente funda también esta impugnación en el fallo proferido por la Corte el quince de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, cuyos alcances y efectos quedaron analizados al examinar el cargo anterior, así como el verdadero sentido de los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de

1968. *No habiéndose producido el desconocimiento por parte del Tribunal Superior de las normas sustanciales señaladas en el cargo, éste no prospera.*

Tercer cargo

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1º de la Ley 28 de 1963, 1º del Decreto 3182 de 1968, 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, en relación con el inciso 2º del artículo 5º del mismo cuerpo legal, 6º del Decreto 1050 de 1968, 11 de la Ley 6ª de 1945, 51 del Decreto 2127 de 1945, 3º de la Ley 64 de 1946, 1º del Decreto 797 de 1949, 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968, a consecuencia de errores de hecho por falta de apreciación de una prueba.

Demostración

Es evidente que para producir la absolución a que se contrae la sentencia enjuiciada, en su parte resolutiva, el Tribunal incurrió en los errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en el proceso y que singularizó así: a). Dar por establecido, sin estarlo, que el demandante estuvo vinculado a CORPAL mediante una relación legal y reglamentaria, mereciendo la calificación de empleado público; y b). No dar por probado, estándolo, que el demandante estuvo atado a CORPAL por un contrato escrito de trabajo, que prestó sus servicios subordinados desde el 16 de octubre de 1961 hasta el 8 de febrero de 1971, y que fue despedido de manera ilegal e injusta por la empresa demandada. PRUEBA NO APRECIADA. CONTRATO ESCRITO DE TRABAJO DE FECHA 24 de JUNIO DE 1963. Este documento auténtico que registra el plenario a los folios 15 y 16 demuestra de modo palpable la vinculación contractual laboral entre Henry Quintero Salazar y la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social, en las funciones de Pagador. Esta prueba la apreció erróneamente el Tribunal al concluir que el nexo contractual había sido modificado por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, sin tener en cuenta la previsión jurídica que contempla el artículo 39 del Decreto

3130 de 1968, transcrita en el primer cargo. Esta prueba, atacable en el recurso extraordinario de casación, la pareció erróneamente el Tribunal fallador y su desconocimiento, lo llevó a violar las normas citadas en la acusación".

La entidad demandada, como opositora, dice que el cargo debe rechazarse por cuanto el *ad quem* no hizo sino aplicar una doctrina reiterada de la Corte en el sentido de que las normas laborales son de aplicación inmediata.

El Procurador Delegado en lo Civil argumenta: "El artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 fue complementado por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, de suerte que no hubo oportunidad de vigencia de normas anteriores, ya que la fecha del Decreto 3135 de la misma del Decreto 3130. Al entrar a regir el Decreto 3135, el demandante fue afectado en su condición laboral al pasar de inmediato a tener la categoría de empleado público y quedar vinculado a Corpal bajo una relación legal o reglamentaria —presunción no desvirtuada en el plenario y consecuentemente el nexo contractual anterior dejó de tener vigencia, razón por la cual el juzgador de segundo grado no podía tener en cuenta los efectos que en derecho podía generar dicho contrato antes de la vigencia del Decreto en cita; de tal manera que el impugnador no puede afirmar que el fallador de segundo grado dio por establecido, sin estarlo, que el demandante estuvo vinculado a Corpal mediante una relación legal reglamentaria; ni tampoco afirmar que dio por no probado que el demandante estuvo atado a Corpal por un contrato de trabajo. En consecuencia no hubo error de hecho por parte del fallador de segundo grado al no tener en cuenta la prueba a que alude el acusador (contrato de trabajo), ya que, la vinculación del demandante con Corpal cambió fundamentalmente al entrar en vigencia el Decreto 3135 de 1968, y de una relación contractual pasó a una relación legal o reglamentaria, como consecuencia de variar su condición de trabajador oficial a empleado público. Por estas razones no debe prosperar la causal invocada por el recurrente de haberse violado indirecta-

mente la ley por indebida aplicación como consecuencia de un error de hecho".

Se considera

El fallador de segunda instancia dio por demostrado que entre la entidad demandada y Henry Quintero Salazar se suscribió un contrato de trabajo, que obra a folio 15 y 16. Sin embargo consideró que dicho contrato quedó sin validez al entrar en vigencia el Decreto 3135 de 1968, pues en su artículo 5º estableció que los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos, salvo que trabajen en la construcción y conservación de obras públicas o que en los estatutos se determinen actividades susceptibles de ser desempeñadas por personas vinculadas por un contrato de trabajo. No se trata, por lo tanto, de una defectuosa apreciación de la prueba.

Cuanto al artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, que según el recurrente prolongó la naturaleza del vínculo de los trabajadores hasta la aprobación por parte del Gobierno de los estatutos de personal de los establecimientos públicos, la Sala de Casación Laboral se pronunció, como se dijo al estudiar el cargo primero, en el sentido de que dicha norma se remite a lo previsto por el artículo 38 del aludido Decreto 3130, que fue declarado inexistente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de trece de diciembre de mil novecientos setenta y dos, y que apenas fue disposición de tránsito entre dos regímenes legales: el anterior al 26 de diciembre de 1968, fecha en que comenzó a regir el Decreto Ley 3135 de 1968 y el contenido en tal Decreto.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el treinta de junio de mil novecientos setenta y siete por el Tribunal Su-

terior del Distrito Judicial de Bogotá, Sa-
la Laboral, en el proceso ordinario seguido
por Henry Quintero Salazar contra Corpo-
ración Proveedora de Instituciones de Asis-
tencia Social "Corpal" en liquidación.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópíese, notifíquese, insértese en la *Ga-
ceta Judicial* y devuélvase el expediente al
Tribunal de origen.

*José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez
Castello, Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES OFICIALES DEL ORDEN NACIONAL CON SUS TRABAJADORES EN RELACION CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL AUXILIO DE CESANTIA CON POSTERIORIDAD A LA EXPEDICION DEL DECRETO 3118 DE 1968

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta N° 32

Radicación 6047

En el proceso instaurado por *Hernando García Devia* contra la *Nación Colombiana Dirección General de Navegación y Puertos División de Dragados Ministerio de Obras Públicas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral*, en sentencia de veintisiete (27) de enero de mil novecientos setenta y siete (1977) revocó el fallo apelado dictado por el *Juzgado Segundo Laboral del mismo Circuito*, de diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976), que resolvió: "Primero. Condénase a la Nación Colombiana, a pagar al demandante señor Hernando García Devia, la suma de noventa y tres mil trescientos veintitrés pesos con 74/100 M. L. (\$ 93.323.74) por concepto de cesantía. Segundo. Igualmente condénase a la demandada a pagar al demandante señor Hernando García Devia, un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus prestaciones sociales y hasta cuando se verifique el pago de ellas a partir del día 9 de octubre de 1974, y a razón de ciento veintisiete pesos M. L. (\$ 127.00) diarios. Tercero. Sin costas".

El demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que no fue replicada.

El demandante como Alcance de la impugnación, dijo:

"Con la presente demanda en casación pretendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia impugnada en cuanto revocó la proferida por Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla el diecisiete de noviembre de 1976 y que, procediendo como Tribunal de instancia, confirme la de primer grado en cuanto este último dispuso: 'Primero: condénase a la Nación Colombiana a pagar al demandante, señor Hernando García Devia, la suma de noventa y tres mil trescientos veintitrés pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 93.323.74) por concepto de cesantía'. Segundo: Igualmente condénase a la demandada a pagar al demandante, señor Hernando García Devia, un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus prestaciones sociales y hasta cuando se verifique el pago de ellas a partir del día nueve de octubre de 1974, y a razón de ciento veintisiete pesos (\$ 127.00) diarios. Tercero. Sin costas. Y resuelva sobre costas del recurso extraordinario y de la segunda instancia lo pertinente".

Formula el apoderado de la parte demandante un solo cargo, así:

Cargo único

La sentencia acusada viola directamente, por aplicación indebida, los artículos 1º,

2º, 3º, 12, 22, 23, 28, 32, 37, 38, 39 y 40 del Decreto Extraordinario número 3118 de 1968 que, a su vez, condujo a la violación, también por indebida aplicación, de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 en relación con el artículo 26 numerales 3º y 6º del Decreto 2127 de 1945; de los artículos 17 literal a) y 22 de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946 en relación con los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947, 1º del Decreto 2767 de 1945 y 1º inciso 1º del Decreto 2567 de 1946; del artículo 1º de la Ley 45 de 1945 en relación con el artículo 1º del Decreto 3070 de 1945 y el artículo 1º del Decreto 3093 de 1945; de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 2º y 3º de la Ley 64 de 1946 en relación con los artículos 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado este último por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949. Demostración del cargo. Comienza la sentencia acusada afirmando que 'el reclamo administrativo de la cesantía y de los salarios moratorios, lo hizo el demandante a la misma entidad empleadora. Pero, siendo el demandante un trabajador oficial que sirvió a la Nación, quien debe pagarle la cesantía que reclama y la mora en el pago de la misma es el Fondo Nacional del Ahorro y no la entidad empleadora'. (folio 6º del segundo cuaderno). Esta afirmación simple y radical del Tribunal tiene sustento legal en el Decreto 3118 de 1968 que creó el Fondo Nacional del Ahorro como entidad encargada de pagar la cesantía a los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades afiliadas obligatoriamente al Fondo, entre las cuales encuentra la demandada. Y al profundizar en su afirmación citada, se respalda el Tribunal en reciente jurisprudencia no tan simple y radical de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, añadiendo; 'Por lo expuesto, como el trabajador demandante fué un trabajador oficial, él tenía que solicitar el pago de su cesantía al terminar la relación laboral, al Fondo Nacional del Ahorro y no a la entidad oficial, ya que la entidad donde trabajó el demandante obligatoriamente es afiliada al Fondo Nacional del Ahorro. Sobre el particular la Sala Laboral de la Corte ha sentado la siguiente doctrina; '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 Fondo Nacional del Ahorro es el establecimiento encargado de pagar el auxilio de cesantía a los trabajadores de las entidades vinculadas, que únicamente están obligadas a transpasarle 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 exonerado del pago de la cesantía...*' (Los subrayados son mios) (folio 7º del segundo cuaderno). La doctrina de la Corte, citada por el Tribunal en su auxilio, no es tan simple ni radical como la que se desprende de la afirmación inicial del mismo Tribunal, porque es condicionada. La liberación de las entidades vinculadas, al Fondo Nacional de Ahorro de pagar el auxilio de cesantía, no se produjo simple y radicalmente por la creación del Fondo mediante el Decreto 3118 de 1968, sino que se produce a medida que ellas cumplen con la obligación de entregar al Fondo el valor de las cesantías liquidadas año por año, es decir, cuando cumplen la condición impuesta por el decreto mencionado, parece, entonces que la afirmación simple y radical del Tribunal en el sentido que no es la entidad empleadora sino el Fondo Nacional del Ahorro el que debe pagar siempre la cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales, resulta insensiblemente desvirtuada a través de la cita jurisprudencial de la Corte, para convertirse en una afirmación condicional, porque el Fondo no siempre debe pagar las cesantías sino sólo cuando la entidad oficial le ha transpasado sus valores, año por año. Concluye, sin embargo, el Tribunal en la sentencia impugnada que 'acorde la Sala con esta interesante doctrina, se absolverá a las entidades demandadas del cargo de cesantía y salarios moratorios' (folio 8º del segundo cuaderno). La 'interesante doctrina' con la cual se muestra acorde el Tribunal es la de la Corte que el mismo Tribunal citó en la sentencia acusada, según la cual, para que

una entidad vinculada al Fondo Nacional del Ahorro se libere de su obligación de pagar el auxilio de cesantía a sus empleados y trabajadores, es necesario que haya entregado al Fondo el valor del mismo; es decir, esa liberación exige la prueba del cumplimiento de la condición. En el caso *sub lite*, la parte demandada no demostró tal presupuesto, punto éste que no desvirtuó el Tribunal en conclusión que no se controvierte en esta demanda. Por tanto, la demandada no se había liberado de pagar el auxilio de cesantía y el Tribunal erró al absolverla de los cargos formulados en la demanda. Este yerro del Tribunal es inconsiguiente con la doctrina de la Corte que dice seguir. En resumen, el Tribunal afirma aceptar la doctrina condicional de la Corte, pero resuelve según su propia doctrina simple y radical, desconociendo que la sola existencia del Fondo Nacional del Ahorro no es suficiente para liberar a las entidades a 'él vinculadas del pago de la cesantía, sino que se requiere, además, la entrega del valor de esta prestación, por éstas al fondo, simplemente porque éste existe. Tanto la sentencia como el recurrente están de acuerdo en que la demandada no probó el transpaso anual o cumplimiento de la obligación de entregar al Fondo el valor de la cesantía, cuestión que no se discute. La discrepancia radica en que mientras el Tribunal considera que la sola afiliación de la entidad oficial al Fondo es suficiente para exonerarla del pago de la cesantía a sus empleados y trabajadores, la parte actora estima, con apoyo en las normas del Decreto 3118 de 1968 citadas como violadas, que tal exoneración está sujeta al cumplimiento de la condición. Dichas normas, en consecuencia, fueron quebrantadas por indebida aplicación que de ellas hizo el *ad quem* en forma directa. Con el fin de resaltar el yerro del Tribunal, conviene siquiera hacer un examen somero del caso que culminó con la jurisprudencia citada de la Corte, examen que aquél pasó por alto. Dicha doctrina jurisprudencial corresponde al fallo dictado en 14 de octubre de 1975 por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del señor Magistrado doctor José Eduardo Gnecco, al desatar el

recurso de casación interpuesto por el demandante dentro del proceso ordinario promovido por Julio Borelly Mier contra la Corporación Nacional de Turismo. Se trataba, en su planteamiento, de un caso similar al presente. El demandante reclamaba el pago del auxilio de cesantía y 'salarios caídos' directamente a la Corporación Nacional de Turismo, entidad obligada a entregar al Fondo Nacional del Ahorro el valor de las cesantías de sus empleados y trabajadores. Al contestar la demanda, la Corporación alegó, y probó a lo largo del proceso, que el pago de la cesantía no le correspondía hacerlo a ella sino al Fondo, por haber entregado a éste los valores correspondientes a las prestaciones del demandante. Por esta razón, el fallador de primera instancia absolvió a la demandada en fallo que el Tribunal revocó. Interpuesto el recurso de casación, la Corte, en fallo del 14 de octubre de 1975, casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la de primera al tener en cuenta las pruebas allegadas al expediente sobre el cumplimiento de la demandada con el Fondo. Es decir, la demandada, en el caso del señor Borelly, probó el cumplimiento de la condición, o sea, probó la entrega de los valores correspondientes a las prestaciones del demandante al Fondo Nacional del Ahorro. Similares como son los dos casos, sería de suponerse que las conclusiones serían iguales, *supuesto en ambos el cumplimiento de la condición*. Pero, si la condición se cumplió en uno y en otro no, es claro que los fallos deberían ser diferentes, pese a los planteamientos iguales de las demandas. Si el Tribunal aceptó que en el caso de Borelly la Corte absolviera a la entidad afiliada al Fondo Nacional del Ahorro por el cumplimiento de la condición ha debido, con fundamento en la misma doctrina, condenar en el caso presente a la entidad afiliada al Fondo por el no cumplimiento de la misma condición. Siembargo, en forma inconsiguiente, la absolvió. Si la liberación de las entidades vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro de pagar directamente a sus empleados y trabajadores el auxilio de cesantía no se produjo simplemente por la creación del Fondo mediante el Decreto 3118 de 1968, sino que se produce a medida

que ellas cumplen con su obligación de entregar al Fondo el valor de las cesantías liquidadas año por año, según lo dispuesto especialmente por el artículo 32 en concordancia con los artículos 22, 27 y 2º del mismo decreto, es claro que, al no haber sido discutido ni estar probado que la entidad demandada, la Nación Colombiana, Dirección General de Navegación y Puertos —División de Dragados— Ministerio de Obras Públicas hubiera dado cumplimiento a su obligación de entregar al Fondo Nacional del Ahorro el valor de la cesantía adeudada al demandante, la sentencia impugnada que absolió a la demandada del pago del auxilio de cesantía y de la indemnización moratoria violó, en forma directa, las normas del Decreto 3118 de 1968 relacionadas en la formulación del cargo, al aplicarlas a un caso no regulado por ellas, puesto que ha debido condenar a la demandada, aplicando las normas igualmente señaladas en la formulación del cargo, pertenecientes a las Leyes 6ª de 1945, 45 de 1945, 64 de 1946, 65 de 1946, y a los Decretos 2727 de 1945, 2767 de 1945, 3093 de 1945, 2567 de 1946, 1160 de 1947 y 797 de 1949, contentivas de las obligaciones de las entidades oficiales con sus empleados y trabajadores, normas estas últimas que, sin embargo, aplicó indebidamente como consecuencia de la violación de los artículos citados del Decreto 3118 de 1968. Por lo expresado anteriormente, reitero a la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la solicitud formulada en el capítulo cuarto de este escrito, la cual señala el alcance de la impugnación".

Se considera

Sobre lo anterior esta Sección Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de dos (2) de noviembre de 1978, en el proceso ordinario de Vicente Leopoldo Higuera Rodríguez contra la misma demandada en el presente proceso dijo:

"Esta Sala de la Corte por medio de su Sección Segunda se pronunció en varias oportunidades sobre las obligaciones de las entidades oficiales del orden nacional con sus trabajadores en relación con el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía

con posterioridad a la expedición del Decreto 3118 de 1968. Así en sentencia de catorce de octubre de mil novecientos setenta y cinco, Julio Borelly Mier contra Corporación Nacional de Turismo, se pronunció en el sentido de que dichas entidades no estaban obligadas a pagar el auxilio de cesantía a sus trabajadores si a su vez cumplían con las obligaciones que les impuso el Decreto 3118 de 1968 de liquidar el auxilio de cesantía y entregar su valor al Fondo Nacional del Ahorro. Posteriormente en sentencia de diecisiete de agosto de mil novecientos setenta y siete, Manuel Niño Villa contra la Nación —Dirección General de Navegación y Puertos— División de Dragados del Ministerio de Obras Públicas, consideró que las entidades empleadoras oficiales nacionales corrian con la obligación de pagar la prestación si no liquidaban y entregaban los valores liquidados al Fondo Nacional de Ahorro, sometiéndose en tal caso a la indemnización por mora que se desprende del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945. Un nuevo estudio de la segunda situación, o sea cuando la entidad empleadora no cumple las obligaciones que le impuso el Decreto 3118 de 1968, llevó a la Corte, en Sala Plena Laboral, a rectificar la jurisprudencia contenida en el fallo diecisiete de agosto de mil novecientos setenta y siete y otras posteriores, lo que hizo en fallo de octubre veintiseis de mil novecientos setenta y ocho, Manuel Estrada Cardona contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL y otros, no publicado en la Gaceta Judicial en los siguientes términos; 'El artículo 1º del Decreto 3118 de 1968, 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 de los trabajadores oficiales de dichas entidades. Según el artículo 22 de Caja 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 están 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 varía posteriormente y se haría de acuerdo con las normas vigentes a la fecha del decreto, según disposición del artículo 23. A partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán con carácter definitivo la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados, como lo ordena el artículo 27. Cuando el trabajador o empleado se retire, las entidades anteriores liquidarán la cesantía que le corresponda por el tiempo servido en el año de retiro, según lo dispone el artículo 28. Las liquidaciones, una vez en firme, se comunicarán al Fondo Nacional del Ahorro, para que éste las acrechte en cuenta a favor del respectivo empleado o trabajador, y las entregarán cuando son anuales, durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente, según regulación de los artículos 31 y 32. El Fondo entregará a cada trabajador una libreta con mención de la entidad en donde preste sus servicios, y en ella se registrará el valor de las cesantías definitivamente liquidadas; los ahorros voluntarios, y los intereses causados que en 31 de diciembre de cada año se le liquidarán y

abonarán sobre los saldos que figuren en esas fechas (artículos 33, 34 y 35). Mientras dure la vinculación entre la administración Pública Nacional y sus servidores, éstos podrán solicitar al Fondo la entrega total o parcial de los dineros que se hayan acreditado a su favor, pero únicamente para los fines del artículo 16 del Decreto comentado (artículo 36 ibidem). 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 formula. 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 registre el movimiento de la cuenta y de la liquidación hecha por la entidad empleadora en la fecha de retiro. El artículo 39 dispuso 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, ya que vencido el plazo sin que el fondo haya efectuado el pago, éste le reconocerá al empleado oficial intereses moratorios del 2% anual. El artículo 40 establece que en caso de retiro de 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. La Nación, los establecimientos públicos, y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1º de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores, en la forma y plazos señalados en el artículo 49, y los esta-

blecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales cuyos empleados y trabajadores no estuvieren afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social deberán también consignar en el Fondo intereses del nueve (9) por ciento anual hoy aumentado al 12% anual, sobre el saldo de las cesantías que estuviere en su poder el 31 de diciembre de cada año, y si estas entidades incurren en mora al no consignar el valor de las cesantías o de los intereses, el Fondo adquiere el derecho para exigir las sumas respectivas por la vía ejecutiva y para cobrar sobre ellas intereses moratorios del 2% mensual. De acuerdo con las normas cuyo contenido acaba de sintetizarse, el Fondo Nacional de Ahorro fue creado primordialmente para pagar el auxilio de cesantía a los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, constituyéndose un sujeto pasivo de la obligación. Para este efecto las entidades administrativas, descentralizadas o no, quedaron obligadas a liquidar el auxilio de cesantía de sus servidores hasta el 31 de diciembre de 1968 y a entregar su valor al Fondo; dicha prestación cada año, el 31 de diciembre y en la fecha de retiro, del trabajador por la fracción de año, entregando también estos valores al Fondo. Es claro que las entidades cuyos servidores estaban afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, a cuyo cargo estaba el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, no adquirieron con la creación del Fondo Nacional del Ahorro la obligación de hacerlo, pues únicamente se estableció para las mismas las de liquidar el auxilio de cesantía y entregar su valor al Fondo. Cuanto a las entidades descentralizadas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía por no estar sus trabajadores afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, quedaron exonerados de hacerlo, pues de acuerdo con el Decreto 3118 de 1968 únicamente están obligadas a liquidar la prestación y a consignar en el Fondo Nacional del Ahorro, establecimiento público obligado a pagar la cesantía y los intereses a los empleados oficiales. Si no cumplen con liquidar el auxilio de cesantía y entregar

las sumas liquidadas al Fondo no por ello readquieren la obligación de reconocerla y pagarla, porque nada estableció la ley sobre el particular. Por el contrario, el Decreto 3135 de 1968 señaló expresamente qué prestaciones son de cargo de las entidades empleadoras y de las Cajas de Previsión, sin incluir entre ellas el auxilio de cesantía cuya regulación completa se había hecho en el Decreto 3118 de 1968. Además, y esto se afirma respecto de todas las entidades administrativas del orden nacional, descentralizadas o no, con trabajadores afiliados o no antes del 31 de diciembre de 1968 a la Caja Nacional de Previsión, si la ley radicó en el Fondo Nacional de Ahorro la obligación de pagar el auxilio de cesantía a todos los servidores de las entidades vinculadas al mismo, éstas no podrían proceder a liquidar y pagar el auxilio de cesantía, pues por pertenecer a la Administración Pública solamente se les permite actuar dentro de las funciones que señala la ley, sin poder rebasarlas, y la ley dispuso clara y expresamente que el auxilio de cesantía de tales servidores sería pagado por el establecimiento público creado para ese efecto: al Fondo Nacional de Ahorro, excluyendo así de esa función a cualquier otra entidad administrativa. De acuerdo con la jurisprudencia transcrita no está obligada la Nación por medio del Ministerio de Obras Públicas Dirección General de Navegación y Puertos —División de Dragados— a pagar el auxilio de cesantía de sus servidores, por lo cual no aplicó indebidamente el Tribunal Superior de Barranquilla las normas acusadas si llegó a la misma conclusión. El cargo no prospera.

Siendo igual en todos sus aspectos el presente cargo al resuelto en esta Sección Segunda, y antes transrito, son suficientes razones jurídicas expuestas en el para desestimararlo.

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, proferida por el Tribunal Superior del Dis-

trito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, de fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos setenta y siete (1977), en el juicio seguido por Hernando García Devia contra la Nación Colombiana, Dirección General de Navegación y puertos —División de Dragados— Ministerio de Obras Públicas.

Sin costas por no haberse causado.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz, (Salvó voto).

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 6047. Juicio de Hernando García Devia v/s La Nación, Ministerio de Obras Públicas.

Dijo la Sección Segunda de esta Sala, con ponencia del suscripto, en sentencia del 17 de agosto de 1977, lo siguiente:

“Desde la creación del Fondo Nacional de Ahorro mediante el Decreto Ley 3118 de 1968, las cesantías de los servidores de la Nación, salvo algunas excepciones (artículo 4º), constituyen recursos de la entidad (artículo 1º, ordinal a), y a ella le corresponde pagárselas oportunamente a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales (artículo 2º, ordinal a). Para ello, las distintas dependencias nacionales que el Decreto vincula al Fondo (artículo 3º), debieron liquidar y consignar en él las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1968 (Capítulo IV), liquidar y consignar anualmente las que se causeren en adelante (Artículos 27, 32 y 49), para pagárselas al Fondo a quienes dejen de prestar servicios, en la forma prevista por los artículos 37 a 39.

“Pero, de todos modos, es indispensable para que el Fondo debeat responder por una cesantía, que el respectivo organismo o entidad oficial donde preste o prestó servicios quien la reclame haya cumplido con la obligación de consignarla en dicho Fondo, conforme a lo ordenado en las normas que acabaron de mencionarse.

“Si tal consignación no hubiere sido hecha, serán tal organismo o entidad quienes deban satisfacer directamente la cesantía reclamada y correrán de su cuenta las consecuencias del incumplimiento y del retardo en el pago de la prestación que la ley establezca, sin que pueda pensarse que el interesado deba dirigirse a la Caja Nacional de Previsión para solicitarle su cesantía, puesto que a partir de la vigencia del

Decreto Ley 3118 de 1968 es al Fondo Nacional de Ahorro a quien incumbe pagarla, en los términos y condiciones ya descritos. O sea que si al Fondo no se le ha consignado el dinero necesario, no está en el deber de pagar la cesantía reclamada sino que ello le corresponde a la agencia gubernamental que fue patrono de quien pida aquella prestación.

“Sobre el mismo tema que acaba de estudiarse esta Sala se pronunció en fallo del 14 de octubre de 1975 (juicio de julio Borelly Mier v/s “Corporación Nacional de Turismo”) Allí se dijo:

“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 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 sólo actúan

dentro del marco que le 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: al Fondo Nacional de Ahorro.

"Ciento 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".

"Es claro que la obligación directa del Fondo de satisfacer la cesantía no es ineludible sino que está condicionada a que la oficina o entidad a quien sirvió el dependiente oficial haya consignado en dicho Fondo el valor de la prestación. La sola

finalidad institucional del Fondo consagrada en el Decreto Ley 3118 de 1968 no lo responsabiliza pues de manera rotunda e ineludible del pago de las cesantías de los servidores nacionales.

"Todo lo anterior esclarece que cuando una entidad pública del orden nacional es demandada para exigirle directamente el pago de cesantía, debe acreditar que consignó en el Fondo Nacional de Ahorro el monto de esa prestación en los términos de la ley. Si se abstiene de demostrarlo y no comprueba motivos que justifique su conducta o demora, queda sujeta a satisfacer dicho auxilio y a afrontar las consecuencias de su incumplimiento, como lo es el pago de la indemnización por mora consagrada en el artículo primero del Decreto 797 de 1949".

Estas mismas reflexiones, cuya validez jurídica me parece incontrastable a pesar de la ilustrada opinión mayoritaria de la Sala, me llevan a separarme de tal opinión.

Fecha *ut supra*.

Juan Hernández Sáenz.

**PARA CONDENAR POR DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS EL DICTAMEN PERICIAL DEBE ESTABLECER LO DEVENGADO POR EL TRABAJADOR SEMANA POR SEMANA, COMO LO PRESCRIBEN LOS ARTICULOS
176 Y 177 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO**

Para efectos de la remuneración del descanso dominical el salario computable, cuando es variable, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio treinta de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

Acta número 24

Radicación número 5456.

Jafeth López Restrepo, mayor de edad y con domicilio en Cali, demandó, por intermedio de apoderado judicial, a la sociedad denominada *Confecciones Balalaika Limitada*, para que, a través de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, fuese condenada a pagarle comisiones, reajuste de las mismas, indemnización por despido injusto, cesantía, primas de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, indemnización por falta de pago y las costas del juicio.

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos:

“**PRIMERO**: Me vinculé al servicio de la sociedad que demando el día 10 de enero de 1965, habiendo permanecido en forma ininterrumpida a su servicio hasta el día 6 de septiembre de este año. **SEGUNDO**: La empresa procedió a la cancelación de mi contrato, en una forma unilateral e in-

justa, razón por la cual me adeuda la indemnización legal. **TERCERO**: Se acordó en contrato firmado por escrito que la demandada cubriría a mi favor las comisiones por ventas que se realizaran dentro del territorio que se le asignó, bien hechas por mí directamente o por pedidos que enviarían los clientes o llegaran a la fábrica por cualquier otro medio. No obstante este pacto escrito, la empresa no ha cubierto las comisiones a que tengo derecho por este concepto. **CUARTO**: Se acordó también en mi contrato escrito que las comisiones serían del 6 por ciento sobre las ventas. Sin embargo muchos pedidos me fueron liquidados con porcentajes menores. Reclamé, pero no insistí en los reajustes, por cuanto en contrato de trabajo se dijo que en caso de retiro las comisiones se reajustarían al seis por ciento. Al momento de mi desvinculación, he reclamado, pero se me niega el pago que se me adeuda. **QUINTO**: Como lo manifesté en el hecho primero, mi vinculación no ha tenido ninguna interrupción. No obstante ello, la demandada pretende liquidar mi auxilio de cesantía, sobre un período inferior, por lo cual la justicia debe ordenar la liquidación sobre la base real laborada. **SEPTIMO**: Las primas de servicio y las vacaciones no se me han pagado con el salario realmente devengado y con base en las peticiones de reajuste y pago de comisiones, deben reliquidarse”.

La sociedad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, dijo no ser ciertos los hechos y propuso las excepciones de carencia de acción, ineptitud sustantiva de la demanda "y de la parte demandada", pago, compensación, prescripción y la denominada genérica.

El *Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín*, en sentencia de diecisiete de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, declaró probada la excepción de pago respecto de cesantía, primas de servicios y vacaciones; de otra parte, declaró no probados los hechos relativos a comisiones y su reajuste, indemnización por despido, descansos en dominicales y festivos e indemnización por despido, descansos en dominicales y festivos e indemnización por falta de pago, absolviendo respecto de tales extremos. Las costas del juicio las condujo a cargo del demandante.

El *Tribunal Superior de Medellín*, entendida que conoció del recurso de apelación interpuesto por el actor, confirmó el proveído del *a quo* en sentencia de dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta y cinco. No hizo condenación en costas.

El apoderado judicial de *Jafeth López Restrepo* interpuso recurso de casación contra la anterior providencia. Como dicho recurso fue concedido por el Tribunal y lo tiene admitido esta Corporación, que lo ha tramitado en legal forma, se procede a resolverlo con examen de la demanda que lo sustenta. La sociedad demandada no formuló oposición.

El recurso

Se propone a través de dos cargos, con invocación de la causal primera de casación.

El alcance de la impugnación se presenta en cada una de las censuras.

Primer cargo

"Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de violación directa por interpretación errónea de los artículos: 176 y 177 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, que condujo a aplicar indebidamente los artículos: 172, 173, inciso 1º,

artículo 177 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 249, del Código Sustantivo del Trabajo y el 17 del Decreto 2351 de 1965; los artículos 186 y 189 modificado por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965; el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 306 del mismo Código Sustantivo del Trabajo".

Para su demostración, el recurrente empieza por transcribir apartes de la sentencia impugnada y luego expresa:

"Se presenta el cargo como violación directa por interpretación errónea, ya que sin tener en cuenta la situación fáctica, el Tribunal Superior de Medellín equivocó el contenido de los artículos 176 y 177 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar que la única forma para establecer el promedio diario de cada semana, es tomando el perito semana por semana, sin poder hacer el cálculo en otra forma distinta.

"El Tribunal exige que ese promedio se saque semana por semana, sin que se pueda tomar en forma matemática el valor diario de cada semana, de acuerdo con los períodos de pago, es conocido que existen formas matemáticas para lograrlo, cosa que en realidad se hizo en este proceso mediante el Auxiliar de Justicia correspondiente.

"El hecho de negar otro procedimiento distinto para establecer el promedio diario de cada semana, acarrea interpretación errónea de los artículos 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Sobre este punto, en alguna oportunidad la Sección Segunda de la Sala Laboral de la Corte, dijo:

"'Es que el artículo 176 lo que fija es la base para satisfacer la remuneración del descanso dominical, cuando el salario es variable, base consistente en el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, pero no determina la forma de probar ese promedio, por lo que puede hacerse por cualquier medio probatorio idóneo que lo establezca y uno de ellos es el cálculo matemático que permita deducirlo. De lo que se trata es, pues, de la aportación de la probanza de la base indicada y para este efecto sirve cualquier ele-

mento de convicción que dé lugar a establecerla. De otra manera, la prueba del mencionado promedio sólo podría producirse si la liquidación y pago del salario variable se realiza semanalmente y en los demás casos (liquidación y pago por períodos superiores) el trabajador quedaría imposibilitado para establecer su derecho'.

"Y la circunstancia de que el cálculo aritmético mediante el que se averigüe lo devengado en cada semana partiendo el pago quincenal o mensual o trimestral etc., pueda dar un cómputo menos exacto matemáticamente que el que resulta cuando el pago del salario se llevó a efecto semanalmente, no es argumento de validez suficiente para dejar al trabajador sin medio de demostrar la base fundamental que haga efectivo el cobro del valor de los descansos dominicales debidos".

"Quienes compartimos esta idea, no vemos por qué se pretende que solamente exista una sola forma de sacar el promedio diario de la semana, cuando en forma justa y equitativa se puede sacar esa conclusión matemáticamente, sin necesidad de acudir al dato semana por semana.

"Se ha querido presentar como oposición a esta teoría el hecho de que no se puede remunerar los domingos y festivos de un mes, con una cantidad igual, cuando debía ser tomado el promedio dando cantidades diversas. Esto se puede desvirtuar fácilmente ya que bastaría con estudiar un simple ejemplo así:'"

"En las cuatro semanas del mes, el promedio diario tomado semana por semana podía dar lo siguiente: Para la primera semana \$ 50.00 diarios; para la segunda semana \$ 80.00 diarios; para la tercera \$ 60.00 y para la cuarta \$ 100.00 lo que daría para las cuatro semanas la cantidad de \$ 290.00. Si matemáticamente se saca el promedio de esas cuatro semanas, se lograría establecer que el promedio diario para ellas es de \$ 70.00, lo que daría un total para las cuatro semanas ($4 \times \$ 70.00$) la cantidad de \$ 280.00. No existiría entonces ninguna desigualdad al tomarse el promedio en forma matemática, no se perjudicaría al titular del derecho y se daría real aplicación a las normas que crean los descansos en domingos y festivos".

Explica en seguida el casacionista en qué consistió la incidencia de la pretendida interpretación errónea de los artículos 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, en las otras disposiciones legales singularizadas y finalmente formula el alcance de la impugnación, con la pretensión de que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal, para que, en la sede subsiguiente, modifique la del Juzgado en el sentido de condenar a la sociedad demandada al pago de las siguientes pretensiones:

"¹⁹ Los descansos en domingos y festivos comprobados en relación con el salario variable (\$ 25.995.02);

"²⁹ Reajuste de vacaciones de los cuatro últimos años (\$ 1.368.58);

"³⁹ Reajuste de cesantía por el último contrato (\$ 4.634.16);

"⁴⁹ Reajuste de prima de servicios (\$ 2.271.16).

"⁵⁹ Indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones desde el 7 de septiembre de 1974, y hasta el día que se haga el pago de las condenas de salarios y prestaciones, a razón de (\$ 122.74);

"⁶⁹ Condenar a la demandada en costas parciales de primera y segunda instancia".

Para resolver se considera:

El fallo impugnado rechazó el dictamen pericial porque a través de él no se había establecido lo devengado por el trabajador semana por semana, como lo prescriben los artículos 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el perito se había limitado a presentar los promedios mes por mes.

Es evidente que ante ese planteamiento del sentenciador, no le era dado al recurrente proponer el cargo por la vía directa, puesto que el error no habría sido consecuencia del equivocado entendimiento de esas normas, sino de una supuesta conciación errónea del dictamen pericial.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala. Así, en sentencia de 21 de abril de 1977, en el ordinario de Raúl Cano Rivera contra Cyanamid de Colombia S. A., se expresó:

"Cuando el fallador de segunda instancia estima que 'no habrá condenación por descansos dominicales y festivos, ya que no se logró establecer el salario devengado por el actor semana tras semana, como lo exige el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, según las últimas doctrinas que al respecto ha venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia', no interpreta erróneamente la norma, porque esta dice que para efectos de la remuneración del descanso dominical el salario computable, cuando es variable, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados. Otra cosa es que ese promedio se pueda obtener o no con base en salarios devengados en períodos mayores, aspecto sobre el cual ha existido discrepancia. Pero determinar si se probó o no el promedio devengado en cada semana implicaría una cuestión de hecho, ajena a la acusación por interpretación errónea".

En consecuencia, el cargo se rechaza.

Segundo cargo

"Se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de violación directa por interpretación errónea de los artículos 176 y 177 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, que lo condujo a aplicar indebidamente los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965; los artículos 186 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado éste último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965; el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y por último el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Para la sustentación del cargo, el imputador copia un pasaje de la providencia del *ad quem*, y a continuación expresa:

"Se presenta el cargo como violación directa por interpretación errónea, sin tener en cuenta la situación fáctica ya que el Tribunal Superior de Medellín equivocó el contenido de los artículos 176 y 177 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar que la única forma de

establecer el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, es tomando el perito semana por semana sin poderse hacer en otra forma distinta.

"La errónea interpretación es clara, ya que es el promedio diario de la semana inmediatamente anterior a la que el festivo o dominical tuvo ocurrencia, puede sacarse en forma matemática, e inclusive sin necesidad de que se haga pericialmente.

"Sobre este particular merece citarse lo resuelto por esa H. Corte Suprema de Justicia en el proceso de Celio González Santamaría contra Singer Sawing Machine S. A.

"En este caso el apoderado casacionista hizo su planteamiento así:

"La estipulación de un porcentaje cualquiera, el 17.5% en el caso de autos, para retribuir los descansos en domingos y festivos, tampoco desmejora la situación del agente respecto del ordenamiento legal (artículo 176 del Código). Obedece a un cálculo elemental: Si el año tiene 365 de ellos son 52 domingos y 17 festivos (de los cuales caen por lo menos 2 en domingos, normalmente), el trabajador más cumplido, que no falte sin justa causa NI UN SOLO DIA LABORABLE EN EL AÑO, ganará salario de actividad en 299 días y salario por descansos obligatorios en 65 días. Si es jornalero o si es comisionista, siempre el salario de actividad será de un 82.5% y el remuneratorio de los descansos en 17.5% del 100% previsto por total de los 365 días. Y si a ese genio del cumplimiento se le quedare sin remunerar algún festivo, tendrá derecho a reclamarlo, pero NO A QUE EL 17.5% RECIBIDO POR LOS DESCANSOS se tenga como salario adicional por el trabajo".

"La Corte aceptando el planteamiento del ataque formulado, específicamente sobre este aspecto, dijo:

"Ahora bien. Fijado válidamente el salario variable por la labor desarrollada en un 82.5% de las comisiones y bonificaciones convenidas, el dominical debe pagarse, según el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, tomando el promedio de lo devengado durante los días trabajados de la semana inmediatamente anterior, promedio que equivale, sin ninguna falta al

trabajo, por el solo dominical de cada semana, al 16.7%, el que sube al 17.5% si se computan los días laborables y los dominicales y festivos de un año. Una sencilla operación aritmética muestra tales porcentajes'.

"En estas condiciones, si suponemos que en el caso a estudio únicamente se hubiese pactado la remuneración mencionada del 82.5% el patrono hubiera tenido que pagar globalmente en un año el 17.5% del salario variable recibido por su agente. Cuál entonces la razón para que sea ineфicaz, por perjudicial al trabajador la cláusula, del contrato de trabajo que traduce esta realidad? Ninguna... Si es lícito establecer, según se dejó expuesto, como salario variable un 82.5% de las comisiones convenidas, por imperativo matemático el valor de los dominicales y festivos equivaldrá al 17.5% del salario devengado en un año'.

"En este fallo la Corte aceptó en forma amplia que el 17.5% de las comisiones, equivalen a los descansos en domingos y festivos, haciendo el cálculo correspondiente para el lapso de un año. Se puede tomar entonces el valor de los descansos en domingos y festivos cuando se trate de salario variable mediante el cálculo matemático sin ser necesario que se haga semana por semana. Al no haber aceptado esto el Tribunal Superior de Medellín interpretó erróneamente las normas citadas, y en consecuencia debe CASARSE parcialmente'".

Finalmente, el recurrente se refiere a la incidencia de la alegada interpretación errónea de la ley en la violación consecuencial de las normas citadas en el enunciado del cargo.

El alcance de la impugnación se presenta así:

"Al aceptarse el ataque hecho en este cargo contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín esa H. Corte Suprema de Justicia debe CASAR parcialmente y como Tribunal de Instan-

cia modificar el fallo de primera instancia, condenando a "Confecciones Balalaika Limitada" a:

"PRIMERO. Los descansos en domingos y festivos correspondientes al salario variable, de acuerdo con el 17.5% de lo devengado, ascienden a \$ 19.961.49;

"SEGUNDO. Reajuste de cesantía en relación con los descansos en domingos y festivos de acuerdo con el promedio de \$ 564.24 por los 2.468 días trabajados ascienden a \$ 3.552.98;

"TERCERO. Reajuste de las primas de servicio del segundo semestre de 1971 al primer semestre de 1974, que ascienden a \$ 1.756.32;

"CUARTO. Reajuste de vacaciones que por los cuatro últimos años de acuerdo con el promedio de \$ 524.64 ascienden a \$ 1.049.28;

"QUINTO. La indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones desde la terminación del contrato (7 de septiembre de 1974), hasta el día en que se paguen las condenas por salarios y prestaciones, a razón de \$ 117.42 diarios;

"SEXTO. Condenar en las costas de primera y segunda instancia en forma parcial;

"SEPTIMO. Confirmar en lo restante el fallo de primera instancia".

Para resolver se considera:

Advierte la Sala que en este cargo, si bien se plantea una argumentación distinta de la propuesta en el anterior para demostrar la interpretación errónea de los artículos 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo se incurre igualmente en el error de formular equivocadamente la acusación por la vía directa. En consecuencia, se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la Repú-

blica de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, de fecha dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), en el juicio ordinario laboral seguido por Jafeth López Restrepo contra Confeciones Balalaika Limitada.

Sin costas en el recurso.

Cópíese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Rojas Otálora, Manuel Enrique Daza Alvarez, Fernando Uribe Restrepo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL SENTENCIADOR ACEPTE SIN DISTINGOS NI SALVEDADES EL CONTENIDO DE LA NORMA QUE SE DICE INFRINGIDA, PERO DECIDE QUE ELLA NO RESULTA APLICABLE POR NO HABERSE DEMOSTRADO EN LOS HECHOS LA FALTA ADUCIDA, Y MENOS AUN LA "GRAVEDAD" DE DICHA FALTA, EN CASO DE QUE HUBIERA EXISTIDO, CALIDAD ESTA INDISPENSABLE PARA QUE OPERE LA JUSTA CAUSA

No se observa la violación directa por aplicación indebida, que el ataque imputa a la sentencia, por haberse aplicado o dejado de aplicar la norma, a hechos no controvertidos, ya que tales hechos no se precisaron en el cargo..."

En tratándose de la pensión proporcional de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, el trabajador puede demandarla cuando el contrato termina, aún cuando no tenga en ese momento cualquiera de las edades que para cada caso la norma contempla para disfrutarla

Conveniencia o inconveniencia del reintegro de un trabajador despedido injustamente

No existe en nuestra legislación laboral norma que prohíba modificar un contrato de trabajo así sea disminuyendo beneficios del trabajador, siempre que tal modificación se haga de mutuo acuerdo

El principio tuitivo o protectorio debe aplicarse con criterio realista, de manera razonable, y no en forma absoluta y automática so pena de resultar contraproducente

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio treinta y uno de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Doctor Fernando Uribe Restrepo).

Se deciden los recursos de casación interpusos por cada una de las partes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 29 de mayo de 1978 en el juicio ordinario laboral promovido por Gonzalo Niño Sierra contra

Radicación N° 6448

Acta N° 24

la *Empresa Fumigadora Triunfo S. A.*, según demanda presentada el 22 de mayo de 1974 y que trámited el *Juzgado 1º Laboral del Circuito correspondiente*. El demandante, vecino de Cali y con C. C. 2.672.201, solicitó condenas por reintegro, y subsidiariamente por cesantías, salarios, reajuste de primas y vacaciones, primas extralegales, pensión de jubilación, indemnización por despido e indemnización por no pago.

Se apoyó la demanda en los siguientes hechos principales: que el actor prestó servicios a la sociedad demandada, que de Limítada se convirtió en Anónima, mediante contrato de trabajo escrito, desde el 6 de octubre de 1959 hasta el 4 de marzo de 1974, cuando la empresa dio por terminado el contrato en forma unilateral e injustificada; que se pactó por escrito un sueldo fijo, más comisiones del 1% sobre el valor de las ventas netas, pero la empresa, mediante comunicación de mayo 3 de 1972, decidió que la comisión se liquidase solo sobre el valor de las ventas en exceso de \$ 840.000.00; que a causa de tal decisión el actor dejó de percibir comisiones, así: en 1972 por valor de \$ 92.400.22 en 1973 por \$ 100.889.00, y en 1974 por \$ 24.000.00. Que la cesantía y las comisiones pagadas al actor fueron inferiores a las adeudadas, y que no se le pagaron las primas de vacaciones a que tenía derecho por pacto colectivo, correspondientes a 1972 y 1973, ni la prima extralegal del año 1973 equivalente a 20 días de salario, ni indemnización por despido, ni las primas y bonificaciones legales y extralegales durante los años 1972, 1973 y 1974 de acuerdo con su salario real, ni se le reconoció la pensión sanción a que tiene derecho.

La empresa demandada dio respuesta, también por intermedio de apoderado judicial, afirmando no constarle los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. Tramitada la instancia el juez del conocimiento dictó sentencia el 14 de octubre de 1977 condenando a la empresa demandada a pagar al actor \$ 200.790.15 "por concepto de saldo de comisiones devengadas" y \$ 40.810.75 por concepto de reajuste de prestaciones sociales. Absolvió de las demás peticiones y condenó "en costas parciales" a la parte demandada. In-

terpusieron ambas partes el recurso de apelación, y la segunda instancia fue decidida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali mediante sentencia de mayo 29 de 1978 en la cual se decidió revocar la del *a quo* y condenar en cambio a Fumigadoras Triunfo S. A. a pagar al actor \$ 273.967.35 por indemnización por despido injusto, \$ 3.935.60 por Prima extralegal de 1973 y \$ 2.755.62 por Prima Extralegal de vacaciones por los años de 1972 y 1973. Condenó además a la demandada a pagar a Gonzalo Niño Sierra "una pensión restringida de jubilación a partir del día 15 de enero de 1993, fecha en la cual el trabajador cumple los 60 años de edad, en cuantía mensual de \$ 10.212.83. Confirmó en lo demás la sentencia apelada y condenó en "costas parciales de la segunda instancia" a la parte demandada.

Interpusieron ambas partes el recurso extraordinario de casación el cual les fue concedido por el Tribunal y admitió la Corte, la cual entra ahora a decidirlos previo examen de las correspondientes demandas, presentadas en su oportunidad y debidamente admitidas, y de los escritos de oposición respectivos. Se estudiará en primer lugar el recurso de la parte demandada por cuanto en él se discute básicamente la procedencia del despido, de la cual dependen en su mayor parte las condenas decididas en la sentencia acusada.

El recurso de la parte demandada

Consta de cuatro cargos y el alcance de la impugnación es el siguiente:

"Preteniendo con este recurso que la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia case la sentencia impugnada dictada el veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, en cuanto revocó la absolición que impartió el Juez de primer grado a mi poderdante por las prestaciones sobre indemnización por despido injusto, pensión restringida de jubilación, prima extralegal de 1973 y prima extralegal de vacaciones por los años de 1972 y 1973, y en su lugar condenó a Fumigadoras Triunfo S. A. a pagar \$ 273.967.35 por indemniza-

ción por despido; \$ 3.936.60 por prima extralegal, \$ 2.755.62 por prima extralegal de vacaciones por los años de 1972 y 1973, y \$ 10.212.83 mensuales por pensión restringida de jubilación que deberá comenzar a pagarse a partir del día 15 de enero de 1993, y que en sede de instancia confirme la absolución que por los conceptos dichos impartió el Juez de primera instancia en su sentencia de 14 de octubre de 1977".

"En relación con la pensión de jubilación, pido subsidiariamente que en sede de instancia se absuelva de esa pretensión, previa declaratoria de la excepción de petición antes de tiempo".

"Obviamente debe proveerse sobre costas, como es de rigor".

Primer cargo

"Acuso la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea, del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en relación con los Arts. 22, 23, 58, 106 y 108 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que condujo a la aplicación indebida del artículo 8º del mismo Decreto 2351 de 1965 y del artículo 8º de la Ley 171 de 1961".

En la demostración del cargo transcribe el recurrente apartes de la sentencia del Tribunal en donde se acepta la posibilidad de que hubo "algún desobedecimiento" por parte del trabajador demandante "pero le resta gravedad para que dé origen a un despido justo, dada la antigüedad del demandante al servicio de la Empresa y sus buenos antecedentes, introduciendo así un elemento que la norma no contempla, pues ésta no dice que la justa causa desaparece si el trabajador es antiguo o tiene buenos antecedentes, y menos que en estos casos deba sancionarse disciplinariamente, siendo así que es facultad del patrono señalar en el reglamento de trabajo la escala de faltas y de sanciones....".

El opositor, por su parte, transcribe jurisprudencia y doctrina sobre "interpretación errónea" como causal de casación que debe plantearse independientemente de toda cuestión de hecho, lo que hace desestimable el cargo, en su concepto.

Se considera

Afirmó el Tribunal, en la sentencia acusada, luego de analizar la prueba testimonial aportada: "Tenemos, pues, entonces que, no se ha demostrado en el informativo que el trabajador demandante hubiera desobedecido órdenes, ni que hubiera observado una conducta negativa, ni (sic) incitó a sus colaboradores a proceder de igual manera según se desprende de los cargos de la carta de despido" (folio 13 vto). Y más adelante anota: "Y si evidentemente hubo algún desobedecimiento de una orden o algo parecido, ésta (sic) no reviste la gravedad para fulminar un despido, pues una llamada de atención o posiblemente una sanción disciplinaria hubiera bastado....." (folio 14).

No cabe duda, por lo tanto, de que el sentenciador apoyó su decisión en el examen de las pruebas y no en un determinado entendimiento de la norma que establece como justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, "cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador...." (Decreto 2351 de 1965, artículo 7º, a), 6º subraya fuera del texto).

Se atuvo el ad quem al texto legal y lo aplicó en su alcance literal, solo que al analizar la prueba testimonial encontró que no se había demostrado la violación grave de obligaciones laborales, o más exactamente, "gravedad de una posible desobediencia, lo que solo acepta en gracia de discusión, hipotéticamente".

Se trata por lo tanto de una estimación fáctica, dentro de la necesaria amplitud de apreciación de que goza el Juez (Código de Procedimiento Laboral, artículo 61). susceptible de ataque en casación únicamente por la vía indirecta, a través de posibles errores de hecho o de derecho, pero no de tacha por la vía directa escogida por el recurrente, pues bien es sabido que la interpretación errónea proviene del equivocado concepto que se tenga del contenido de la ley, independientemente de toda cuestión de hecho, conforme reiteradamente lo ha

precisado la jurisprudencia de la Corte. Y resulta evidente, en el presente caso, que el sentenciador acepta sin distingos ni salvaguardas el contenido de la norma que se dice infringida, pero decide que ella no resulta aplicable por no haberse demostrado en los hechos la falta aducida, y menos aún la "gravedad" de dicha falta, en caso de que hubiera existido, calidad ésta indispensable para que opere la justa causa.

El cargo, en consecuencia, se desestima.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia de violar directamente la sentencia acusada (sic) por aplicación indebida de los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965 y 8º del mismo Decreto y 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 22, 23, 58, 106 y 108 del Código Sustantivo del Trabajo".

El cargo se demuestra con las mismas premisas en que se apoya el cargo anterior, precisando: "Además, la violación se hace más patente se observa que el Tribunal Superior califica como falta susceptible de sanción disciplinaria un hecho que debe referirse al reglamento de trabajo para que haga esa determinación, conforme los artículos 106 y 108 del Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor, a su turno, considerado equivocado el ataque por la vía directa, por tratarse de una cuestión fáctica.

Se considera

Por las mismas razones expuestas al estudiar el cargo anterior, considera la Sala que también en este caso asiste la razón al opositor, y que por lo tanto no es de recibo el ataque a la sentencia basado en una supuesta aplicación indebida, por la vía directa, por tratarse básicamente de un problema fáctico, que el sentenciador resolvió a través de análisis probatorio, para concluir que no hubo violación de obligaciones por parte del trabajador despedido, y que si alguna hubo, no fue "grave".

Se remite el recurrente al Reglamento de Trabajo para desquiciar la alusión tangencial de la sentencia a una sanción disciplinaria, que insinúa debió aplicarse en

lugar de la sanción de despido. Pese a que el punto resulta secundario, de acuerdo con los párrafos de la sentencia transcritos al estudiar el cargo anterior, observa la Sala que el demandado recurrente no alude a ningún reglamento en concreto, existente y válido, y cuya prueba en el juicio habría correspondido al patrono si de él pretende deducir consecuencias jurídicas.

En razón de lo expuesto, el cargo se rechaza.

Tercer cargo

"Violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961, 260 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo".

En la demostración del cargo observa el recurrente que tanto la pensión de jubilación como la prima extra-legal de diciembre de 1973 y las primas de vacaciones de 1972 y 1973, fueron liquidadas por el Tribunal sobre la base del "último sueldo promedio" que fue de \$ 18.894.44, por lo cual se aplican indebidamente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que habla de "promedio de salarios devengados en el último año de servicios", y las normas convencionales en cuanto señalan el salario básico del mes de diciembre, y el básico de que disfrute el trabajador al salir a vacaciones, para la liquidación de la pensión proporcional de jubilación, de la prima extra-legal y de la prima de vacaciones, respectivamente.

El opositor afirma: "En síntesis el recurrente incurre en el mismo error cometido en el segundo cargo ya que, el hecho básico tenido (sic) por el Tribunal es que el último sueldo promedio fue de \$ 18.894.44. Y el recurrente afirma que la suma de \$ 18.894.44 no es un promedio anual, con lo cual, está contraponiendo éste hecho al afirmado por el H. Tribunal".

Se considera

"El 'último sueldo promedio' de que habla el Tribunal —tomado al parecer de la liquidación que obra a folios 21— no es necesariamente distinto al promedio del último año de servicios, ni a los otros sala-

rios básicos para la liquidación de primas convencionales que cita el cargo. El mismo recurrente se abstiene de indicar cuáles debieron haber sido los básicos correctos, de acuerdo con la ley y con el pacto colectivo.

No se observa por lo tanto la violación directa por aplicación indebida, que el ataque imputa a la sentencia, por haberse aplicado o dejado de aplicar la norma a hechos no controvertidos, ya que tales hechos no se precisaron en el cargo. Ni tampoco pudieron haberse discutido ya que semejante debate no hubiera sido de recibo en el ataque por la vía directa aquí propuesto.

Es inestimable el cargo, en consecuencia.

Cuarto cargo

"Acuso la sentencia recurrida de haber violado directamente, por aplicación indebida, los artículos 8º de la Ley 171 de 1961, 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Decreto 2218 de 1966".

En la demostración del cargo explica el recurrente que se refiere a la excepción de petición antes de tiempo, por cuanto "el Tribunal Superior encontró demostrado que se reunían los requisitos de capital, tiempo de servicios por más de diez años y menos de quince, pero también encontró demostrado que (el trabajador) no tenía la edad de 60 años, por lo cual aplicó indebidamente la norma al condenar a mi poderdante, pues tuvo en cuenta una edad inferior para hacerlo producir efectos".

Se opoya en sentencia de esta Sala, de octubre 15 de 1976, en la cual se dijo: "Según las normas anteriores, la pensión se adquiere cuando se reúnen los requisitos de tiempo de servicios y edad, luego aplicarlas a un caso en que no se ha cumplido la edad requerida es aplicarlas a un caso no regulado por ellas, o sea es hacer aplicación indebida de tales normas".

El opositor indica que la verdadera jurisprudencia de la Corte es distinta pues acepta que el derecho pensional se adquiere aún antes de que se cumpla la edad requerida en cada caso, requisito este que no afecta el derecho en sí mismo sino tan solo su exigibilidad, según sentencia de 5 de octubre de 1978.

Se considera

Tiene razón el opositor pues la verdadera jurisprudencia de la Corte está contenida en la sentencia de 5 de octubre de 1978 en la cual se dijo:

"La Sala de Casación Laboral ha sostenido en forma reiterada, con excepción del fallo de quince de octubre de mil novecientos setenta y seis, Roberto Patiño versus Patiño y Ponce de León Publicidad S. A., de la Sección Primera, que en tratándose de la pensión proporcional de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 el trabajador puede demandarla cuando el contrato de trabajo termina, aun cuando no tenga en ese momento cualquiera de las edades que para cada caso la norma contempla para disfrutarla. Esta jurisprudencia no ha sido rectificada por las dos Secciones de la Sala de Casación Laboral, y ha sido ratificada por la Sección Segunda en sentencia de dieciocho de noviembre de mil novecientos setenta y seis, Moises Lizarsaso Dávila contra "Sears Roebuck de Bogotá S. A." y de cuatro de septiembre de mil novecientos setenta y ocho, Pastor Sánchez Barahona contra sociedad "Desarrollo Industrial y Agrícola S. A.". "DIASA", no publicadas aún en la Gaceta Judicial. En el primero de esos fallos dijo la Corte:

"El Código Sustantivo del Trabajo tiene establecido que las empresas con capital igual o superior a ochocientos mil pesos jubilen a los trabajadores por haber durado a su servicio un lapso que para cada hipótesis pensional la misma ley determina. Además prevé que en caso de despido injusto después de cierto tiempo de servicios o de retiro voluntario luego de 15 años, de labores hay lugar a la pensión según lo añade la Ley 171 de 1961. Resulta entonces claro, en el caso de las pensiones especiales, que es la duración larga del contrato de trabajo, o sea la perseverancia en el servicio de la empresa y el despido injusto o el retiro voluntario lo que genera el derecho a la pensión restringida por jubilación. Quien cumple pues el tiempo mínimo de labores indispensable en cada evento pensional y es despedido ilegalmente o se retira de modo voluntario adquiere el derecho a recibir es-

ta prestación, en la cuantía que para el respectivo caso establezca la ley. Cosa distinta es el comienzo de la exigibilidad de la pensión mensual que pide, conforme a la ley, que el jubilado llegue a cierta edad, que las normas laborales indican para cada clase de pensión. El derecho a la prestación social llamada pensión restringida por jubilación ingresa pues al patrimonio del trabajador cuando cumple al servicio de la empresa el tiempo mínimo requerido por la ley para pensionarse y es despedido sin justa causa o se retira voluntariamente, y si fallece antes de comenzar a recibir las mensualidades de la pensión por deficiencia en la edad para poder cobrarlas, les trasmite ese derecho a sus causahabientes señalados por la ley, quienes empiezan a devengarla desde el momento en que su causante hubiese llegado a la edad indispensable para hacerlo, por el término y en las condiciones que el legislador fije y salvo cuando haya norma que dispone el requisito de esperar a la edad para que los beneficiarios inicien el disfrute pensional. Nada distinto cabe entender cuando el artículo 8º, inciso 2º, de la Ley 171 de 1961, prevee que quien se retira voluntariamente de una empresa obligada a jubilar a sus trabajadores y después de quince años de servicios tenga derecho a percibir la pensión al llegar a los sesenta años de edad. Si ya tiene los sesenta años en el momento del retiro voluntario, comienza a devengar de inmediato la pensión. Si no los ha cumplido todavía, adquiere el derecho a la prestación al retirarse; pero la obligación para la empresa de satisfacer las mensualidades pensionales queda en suspenso hasta que el titular del derecho llegue a la edad exigida por la ley para disfrutarla. Es entonces indudable que no existe petición antes de tiempo cuando la persona que ha cumplido el lapso mínimo legal de servicios para recibir pensión restringida impetrá judicialmente el reconocimiento de su derecho a esa prestación con miras a que comience a pagársele cuando llegue a la edad legalmente requerida para ello".

"De modo que el fallador de segunda instancia aplicó indebidamente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 al declarar probada la excepción perentoria temporal de

petición antes de tiempo, cuando lo procedente era pronunciarse sobre el derecho del demandante a la misma". (Magistrado ponente doctor José Eduardo Gnecco).

De conformidad con esta reiterada jurisprudencia, el cargo no prospera.

De este modo queda estudiado el recurso interpuesto por la parte demandada, al cual no prospera, de acuerdo con lo indicado. En consecuencia no se casará la sentencia en el sentido solicitado por la demandada recurrente.

El recurso de la parte demandante

Consta de siete cargo, referidos a las distintas peticiones de la demanda, así: los tres primeros a la acción de reintegro, los dos siguientes al pago de comisiones o salarios, y los dos últimos a la indemnización por no pago.

El alcance de la impugnación es el siguiente:

"Que la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, case la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala Laboral— folios C. 2-6 a 16, y que como Tribunal de instancia profiera la sentencia así:

"1º. Peticiones principales. Que se case la sentencia y revoque la de primer grado, en cuanto absolvió a la sociedad demandada de las peticiones principales tales como las indicadas en las letras a), b), c) referentes a la acción de reintegro, a la consecuencial de dicha acción de reintegro sobre pago de los salarios causados y no pagados desde el día de su despido hasta el día a que se verifique su reintegro; que se declare que no ha habido solución de continuidad en el tiempo transcurrido entre el despido y el reintegro, respecto a su tiempo inicial de sus servicios, para el reconocimiento y pago de los salarios, aumento de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, causadas y no pagadas durante tal periodo".

"2º. Subsidiariamente. Que se case la sentencia y se revoque la de primer grado, y para el caso de que no sean acogidas las peticiones principales, y se condene, revoque la de primer grado, en las peticiones de cesantía, salarios, comisiones, e indem-

nización por no pago, referidos en el respectivo libelo de demanda, o peticiones subsidiarias que no fueron acogidas por la sentencia del *ad quem*".

El opositor deja al criterio de la Sala las posibles fallas de técnica y se refiere, en conjunto, a las tres pretensiones o alcances de impugnación, sin tratar separadamente cada uno de los siete cargos.

LOS TRES PRIMEROS CARGOS (folios 12 a 51). Se examinan conjuntamente por perseguir un mismo objetivo: la acción de reintegro, y por tener una base legal y jurídica común.

EL PRIMER CARGO sostiene que "la sentencia del H. Tribunal es violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 6º, letra h), 8º, numerales 2 y 4 letra d); numeral 1º y 5º del Decreto 2351 de 1965, declarado en norma permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968".

Transcribe el recurrente el citado artículo 8º, y al comentar el numeral 5º afirma: "Es decir, este elemento de las incompatibilidades constituye la razón para que el juzgador laboral, decida entre el reintegro o la indemnización. También nos dice este elemento de incompatibilidades, que el juzgador laboral tendrá que decidir por el reintegro y no por la indemnización, cuando no encuentre su existencia y por ende, no impida que el contrato de trabajo se reanude, en condición de armonía y buen entendimiento". Subraya que: "Pero esa incompatibilidad tiene que existir dentro de la ejecución del contrato de trabajo, y ser de tal manera grave para impedir la readmision del contrato".

"Luego, cuando el patrono despidie injustificadamente a un trabajador que le ha servido por un tiempo no inferior a diez años, y además ha demostrado no sólo una conducta honesta, leal, competente, en el desempeño de sus funciones, sin haber tampoco incurrido en actos graves de incompatibilidad, por no haber incurrido (sic) o presentado desavenencias (sic) o fricciones graves con su patrono, debe reintegrarlo a su cargo y así debe proceder el juez laboral".

"Es decir, en tal caso, el juzgador laboral, no puede discrecionalmente, sin come-

ter arbitrariedad, o desconocimiento de la ley, o violación por interpretación errónea, abstenerse de decidir el reintegro, o lo que es lo mismo, no puede optar la indemnización".

Cita luego el recurrente jurisprudencia de la Corte, en sentencia de noviembre 28 de 1969; transcribe la sentencia del Tribunal cuando afirma que el actor no cometió falta grave, y agrega:

"Mas a pesar de tales reconocimientos, erró en la interpretación de la ley, y expresamente el artículo 8º numeral 5º, en el sentido de que la incompatibilidad, como obstáculo para ordenar el reintegro del trabajador despedido injustificadamente después de 10 años de servicios, puede surgir por actos que dicho trabajador ejecute aún después de terminado el contrato de trabajo, esto es, cuando se encuentra en la condición de ex-trabajador del respectivo patrono que así lo ha despedido. Este es el error de interpretación en que incurrió el Tribunal. Y lo es porque el espíritu y sentido de la norma, como la interpretación jurisprudencial laboral transcrita, predicen ambos que (subraya)... la incompatibilidad ha (sic) que se refiere el artículo 8º numeral 5º, es la que ha surgido por hechos cometidos por el trabajador durante sus 10 años de servicios...., y en ningún caso después de su despido injustificado. Y lo hizo cuando interpretó el artículo 8º numeral 5º, en el sentido de que esa incompatibilidad se podía extender a actos o conductas del ex-trabajador durante la cesación de sus servicios, ésto es, después de que el patrono lo ha despedido injustificadamente, cuando frente a él, por haberle fulminado tal despido, se encuentra en las condiciones de su extrabajador" (?).

El segundo cargo

Se formula por violación directa de las mismas normas a que se refiere el cargo anterior, y su demostración parte de las mismas premisas legales y jurídicas.

"Lo que hizo el H. Tribunal, mediante su Sala Laboral, en la sentencia recurrida, fue apartarse ostensiblemente de la ley, o en forma manifiesta, por cuanto que de acuerdo con ella, no se trata de que la in-

compatibilidad surja después de terminado el contrato de trabajo, sino que lo que la ley quiere, y así lo manda, es que esa incompatibilidad surja durante la vigencia del contrato, como hechos demostrativos de que por tal incompatibilidad no se hace aconsejable la reanudación del contrato de trabajo".

El tercer cargo

Predica "violación en forma indirecta de la ley sustancial, mediante aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación de unas pruebas".

Como normas aplicadas indebidamente se citan las mismas de los cargos anteriores, además de normas básicas en materia probatoria, y como origen de los errores se señalan documentos auténticos, inspección ocular, dictamen pericial y declaraciones de testigos. La correcta apreciación de estas pruebas, dice el recurrente, ha debido conducir a la aplicación de las referidas normas, en el mismo sentido que se indica en el desarrollo de los cargos anteriores.

"El error consistió en no dar por demostrado, estando, que mi poderdante (suscripción) no incurrió en ningún acto de incompatibilidad que impidiera la reanudación de su contrato de trabajo, ya que así lo afirmó (sic) al prestar sus servicios con eficiencia, honestidad, buena conducta y lealtad, y no haber incurrido en fricciones, desavenencias, desarmonía o malos entendimientos, indicativos de incompatibilidad, durante su tiempo de servicios..... y también juzgar erradamente, que el hecho de que mi poderdante se hubiera hecho socio con fecha 15 de mayo de 1974, como socio de Fumigadoras Campo Limitada, hecho posterior a su despido injustificado, esto es, cuando se encontraba en condición de ex-trabajador de su respectivo patrono, constituyía hecho de incompatibilidad, para no haber ordenado su reintegro. O lo que es lo mismo, juzgar erradamente que la incompatibilidad a que se refiere el artículo 8º numeral 5º puede surgir por actos que el trabajador despedido injustificadamente ejecute aún después de terminado su contrato de trabajo, esto es, cuando se encuen-

tra en la condición de ex-trabajador del respectivo patrono, que lo ha despedido injustificadamente, en o después de haber cumplido sus diez años de servicios".

Cita el recurrente apartes de la sentencia acusada y la jurisprudencia de la Corte antes mencionada, y se refiere en concreto a algunas pruebas, y en especial a la documental de folios 248 y 249 o sea a la certificación de la Cámara de Comercio de Cali sobre la sociedad Fumigadora el Campo Ltda., para afirmar:

"Lo lógico era que el H. Tribunal hubiera concluido que la prueba de los folios 248 a 249, por referirse a un hecho futuro, no podía aún aceptando que creara incompatibilidad, tener incidencia para destruir otra certeza, que por haber sido el fruto (?) del desempeño honesto y leal durante el tiempo en que prestó sus servicios a la sociedad demandada, no incurrió en incompatibilidad, y que por ello en presencia de este último hecho, debidamente probado, tenía que decidirse por su reintegro y en ningún caso por la indemnización por su despido injusto. Como el H. Tribunal no procedió así, incurrió en el error de hecho manifiesto, y aplicó indebidamente los preceptos sustantivos y de medio indicados en el cargo".

EL OPOSITOR, por su parte, observa: "No es cierto, absolutamente inexacto, que los falladores de instancia, al optar por las condenas de indemnización por despido y pensión-sanción, en sustitución de la de reintegro, estén limitadas por la ley a analizar y apreciar exclusivamente las circunstancias inherentes al despido o sea a los hechos mismos que lo motivaron, sucedidos con anterioridad a su ocurrencia o simultáneamente con ella y en todo caso durante la existencia misma de la relación laboral. Son erradas las suposiciones y argumentaciones del recurrente en tal sentido, por cuanto ni la ley ha consagrado tal limitación ni la jurisprudencia laboral la ha deducido o señalado".

Transcribe el artículo 8º, numeral 5º del Decreto 2351 de 1965, y agrega: "Al consagrarse la norma que "el juez deberá estimar y tomar en cuenta" las circunstancias que aparezcan en el juicio, lo deja en libertad, no limitándolo como pretende el recurrente, para apreciar todas las circunstancias,

probadas en el proceso, que imponen concluir no ser "aconsejables" el reintegro". "..... está refiriéndose forzosamente (la ley) a cualquier clase de circunstancias que no hagan aconsejable el reintegro o sea a toda clase de circunstancias que hayan creado o crean incompatibilidades entre las partes, sin limitar su ocurrencia a la costaneidad del despido, o sea sin necesidad forzosa de su ocurrencia durante la existencia de la relación laboral, como atinadamente lo ha concluido reiterada jurisprudencia laboral, acogiéndose a ella prudentemente el *ad quem* al no ordenar el reintegro impetrado por el trabajador, dadas las graves incompatibilidades creadas entre las partes y que forzosamente impedían el reintegro, no siendo éste aconsejable por su misma ocurrencia, plenamente demostrada en juicio".

Finalmente, luego de referirse a los fundamentos de hecho del fallo acusado, indica el opositor: "En el caso de autos, las circunstancias probadas en el proceso constituyen hechos reales, anteriores al despido, coetáneos, actuales, "no futuros", que han creado entre las partes graves incompatibilidades, que imposibilitan una orden de reintegro del demandante, por no ser este aconsejable; en contrario, perjudicial y extremadamente peligroso para los intereses encontrados y contrapuestos de Empresa y trabajador".

Se considera

Dijo el Tribunal en la sentencia acusada:

"La Sala ha optado entre la indemnización de perjuicios y el reintegro, por la primera, pues estando el demandante laborando y siendo socio de una empresa competitiva, es incompatible su reintegro a todas luces, dentro del sentido equitativo, moral y justo, pues de ordenarse éste, se causarían grandes males a la empresa, teniendo un trabajador reintegrado, a sabiendas de que es socio, interesado más en estos momentos en su Empresa Fumigadoras El Campo Ltda., que la misma Empresa Fumigadora Triunfo S. A.".

De otra parte la norma legal aplicable, o sea el aparte 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, dispone ... "Para decidir

entre el reintegro o la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esta apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar el pago de la indemnización". (subraya la Sala).

El supuesto básico de la norma transcrita es el de haberse producido un despido sin justa causa y es exclusivamente en razón de tal despido que la ley plantea la opción judicial de reintegro. De allí que se habla de "las incompatibilidades creadas por el despido".

La decisión que queda al arbitrio del Juez, es la de si al reintegro resulta aconsejable dentro de "las circunstancias que aparezcan en el juicio", las cuales deberán ser estimadas y tomadas en cuenta por el fallador, por mandato de la misma norma. Esta debe ser la base de la decisión del juez, de acuerdo con el texto legal, y se trata evidentemente de una base amplia que cubre hechos o situaciones anteriores al despido, simultáneos y aún posteriores, con tal que aparezcan suficientemente establecidos en el proceso, lo que hace que sean factores "presentes" al momento de fallar. En este sentido, por tanto, tiene razón la crítica que formula el opositor.

Tal ha sido la jurisprudencia adoptada por esta Sección en sentencia de 18 de mayo de 1978, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, en la cual, luego de transcribir la norma en cuestión, se dijo:

"Es evidente que el transrito texto legal, cuando ordena al juez "estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio", se refiere a aquellas que hayan sido objeto de discusión entre las partes en relación con el reintegro y de las cuales éste puede resultar aconsejable o desaconsejable. Pero, de ninguna manera, podría entenderse que la aludida expresión remite a los hechos, causas o motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato, en cuanto pudieran justificarla o no, pues la misma norma parte de la base —y es presupuesto del reintegro o de la indemnización— que el despido ha tenido lugar sin justa causa. Para la considera-

ción de esas circunstancias por el Juez, nada importa, por tanto, que sean las mismas invocadas para la extinción del vínculo, u otras distintas, o que no se hubiese alegado ninguna en aquel momento, pues la materia de la controversia no es la existencia o inexistencia de una justa causa para despedir, sino la conveniencia o inconveniencia del reintegro demandado. Tales circunstancias, de consiguiente, pueden haber surgido con anterioridad al despido y determinarlo; simultáneamente con él o después de efectuado. El mandato para el Juez es ineludible; debe estimarlas si aparecen en el juicio y decidir con base en ellas".

"De otro lado, la frase "en razón de las incompatibilidades creadas por el despido", no identifica, necesariamente, las dichas incompatibilidades con las circunstancias que aparezcan en el juicio" ni con las causas inmediatas de la terminación del contrato. De las referidas circunstancias, que como ya se dijo, pueden ser anteriores, coetáneas o posteriores al despido, fluyen y se hacen ostensibles las incompatibilidades, aún cuando no exista nexo alguno entre ellas y los hechos que provocaron la decisión unilateral, y aún en el caso de que ésta se hubiese adoptado sin ningún motivo. El término "despido" no está empleado en la frase que se examina con referencia a las causas que en un momento dado indujeron al patrono a producirlo sino en un sentido más amplio, como es el de la separación o desvinculación del trabajador de la empresa, pues no cabría hablar de incompatibilidades para el reintegro si la separación no ha tenido lugar. La gravedad de la falta aducida para el despido puede hacer patentes las incompatibilidades, pero éstas también pueden surgir a pesar de que aquella calificación no se dé, o de que la falta no exista o de que no se haya invocado, por haber asumido las partes, o una de ellas, a partir de la terminación del contrato, un comportamiento que las haga surgir. En uno y otro caso las incompatibilidades habrían sido creadas por el despido, pues, sin éste, se repite, no habría reintegro, ni mucho menos, incompatibilidades para realizarla.

"Debe el Juez, en consecuencia, para decidirse por uno u otro extremo, examinar, con la mayor amplitud, todas las circunstancias que aparezcan en juicio, coincidentes o no con los motivos o causas del despido, y con base en ellas formar su convencimiento acerca de la conveniencia o inconveniencia del reintegro". (Expediente Nº 6033).

En cuanto al Tercer cargo, observa la Sala que el Tribunal apreció bien las pruebas que allí se citan y entendió que demostraban fehacientemente —como en efecto lo hacen— que el actor, con posterioridad a su despido, se hizo socio de una empresa competidora de la demandada. No se produjo por lo tanto el error de hecho aducido. La verdadera discrepancia entre el sentenciador y el recurrente se refiere a las consecuencias jurídicas de tal hecho, analizadas por la Sala en el examen de los dos cargos anteriores.

No prospera por lo tanto, con base en lo expuesto, ninguno de los tres primeros cargos antes reseñados.

Cuarto cargo

(Primero sobre "comisiones o salarios") Se formula así: "La sentencia recurrida es violatoria, en forma directa, por no aplicación de los artículos 9, 13, 14, 16 numeral 1º, 21, 27, 43, 55, 57 numeral 4º, 65, 142 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil".

Cita el recurrente la sentencia acusada en cuanto afirma que el actor aceptó tacitamente la modificación de su salario, que según el contrato inicial era, aparte del salario básico, del 1% sobre el valor de las ventas netas, y que según el memorandum de 3 de mayo de 1972, enviado por la empresa al trabajador, debía aplicarse de allí en adelante a ventas cuyo monto mensual excedieran de \$ 840.000,00.

Dice el recurrente: "Luego demostrado y aceptado por el *ad quem*, las estipulaciones expresas contenidas en el contrato de trabajo suscrito entre mi poderdante y la sociedad, y la modificación injusta y grave que le hizo la sociedad, al liquidarle las comisiones del 1% cualquiera que ellas

fueran su cuantía (?), y no cuyo monto excede de \$ 840.000.00 (sic), la conclusión honestísima que ha debido tener el H. Tribunal era que a partir del 3 de mayo de 1972, hasta el día en que su contrato de trabajo le fue terminado, es decir, hasta el 4 de marzo de 1974, quiere significar que la estaban adeudando sus comisiones del 1% conforme a las ventas efectuadas durante el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1972 hasta la fecha en que su contrato de trabajo le fue terminado".

Cita luego el recurrente el principio de la buena fe, y jurisprudencia de la Sala Laboral al respecto, en términos generales:

Agrega: "Esa pasividad (la del trabajador ante la carta citada), no podía significar irrenunciabilidad (sic), porque no hubiera tenido ninguna validez, según lo mandado en el artículo 14, los derechos y prerrogativas que conceden las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público, son irrenunciables. La única pasividad, que por no reclamar un derecho puede constituir una renuncia, es aquella que se extingue (sic) a través de la prescripción extintiva de los derechos laborales, tal como lo dice el artículo 488 del Código Laboral". Alega, luego, que no se dio prescripción.

Finalmente afirma: "Pero el H. Tribunal, al proceder así violó también el artículo 65, ya que, al no condenar y revocar la condena proferida por el juzgador de primera instancia, no aplicó tampoco el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Termina solicitando el reconocimiento de comisiones y de indemnizaciones por no pago.

El apoderado de la sociedad demandada y opositor en el recurso que ahora se estudia, sostiene: "Basa sus impugnaciones el recurrente a la absolución decretada por el *ad quem* en el obligante mandato positivo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, al dar la categoría de ley para las partes a los contratos celebrados, pero intenta aplicarlo incompleta y erradamente al caso de autos, al olvidar la posibilidad de su invalidez, o exoneración de las obligaciones estipuladas, por mutuo consentimiento de los contratantes, o sea el evento acaecido entre demandante y demandada,

atinadamente analizado y relievado por el *ad quem*".

"Es cierto que el contrato o contratos inicialmente celebrados por las partes, cuyos originales o copias obran en autos, estipularon, como remuneración variable pactada a favor del trabajador, la comisión del 1% liquidada sobre el valor de las ventas netas. Pero no menos cierto es que dicha estipulación contractual fue posteriormente modificada por las partes, mediando su mutuo consentimiento, como acertadamente lo concluyó el *ad quem*, acogiéndose además a reiterada jurisprudencia laboral, sentada y sabia y prolíjamente por esa Honorable Sala de la Corte".

Analiza luego el opositor la prueba testimonial, a efecto de demostrar que el actor consintió y aceptó la modificación salarial. Concluye así: "Los hechos anteriores demuestran, inequivocadamente, que el demandante Niño Sierra aceptó, en forma voluntaria y expresa, la modificación de la remuneración originalmente pactada en el contrato de trabajo, y, mas concretamente, la forma de liquidación de la comisión del 1%, con exclusión de las ventas menudeales inferiores a la suma de \$ 840.000.00. Siendo voluntario y expreso el asentimiento del demandante Niño Sierra, pero aún más, siendo exclusivamente tácito, su manifiesta conformidad, evidenciada durante un lapso de tiempo superior a los dos años, lo inhiben legalmente para demandar, después de la terminación del contrato de trabajo, el hipotético reajuste de comisiones, impetrado en el juicio con carencia absoluta de causa y de derecho".

Se considera

En primer lugar debe observar la Sala que la falta de aplicación de ley sustancial, aducida por el recurrente, no es motivo de casación en materia laboral según se desprende del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, tal como fue modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964. Sin embargo ha considerado la jurisprudencia, por amplitud, que dicha falta de aplicación equivale a la violación de la ley por infracción directa propiamente dicha.

Dentro de tal entendimiento se estudiará el cargo.

Observa además la Sala que, repasando con detenimiento los argumentos expuestos por el recurrente, se echa de menos la indicación precisa y clara de la causa, motivo o concepto de las alegadas violaciones. En efecto, la mayoría de las normas laborales citadas, o bien se refieren a la interpretación y aplicación de la ley (artículos 13, 16-1º y 21 del Código Sustantivo del Trabajo), o bien son principios de carácter muy general (artículos 9 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo), y la argumentación del recurrente se reduce en el fondo a afirmar que hubo una "modificación injusta y grave" del contrato, que éstos deben ejecutarse de buena fe, y que la pasividad no implica renuncia.

Procede la Sala, no obstante, a examinar el fondo del cargo que a su entender no es otro que la violación por infracción directa del artículo 1602 del Código Civil según el cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", en conexión esta norma con los preceptos laborales que hacen perentorio el pago de la remuneración pactada (artículos 27 y 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo).

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1622 del mismo Código Civil, las cláusulas de un contrato pueden interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra parte". Este principio justifica plenamente, desde el punto de vista de la hermenéutica, la aseveración del Tribunal cuando en la sentencia acusada afirma: "Si el trabajador recibió dicho memorandum (el de folios 23) en el cual se modifica su salario, no hay constancia en el informativo de su inconformidad, y sólo viene a aflorar ésta después de dos años y dos meses, y ya con motivo del despido, lo que conlleva a que éste aceptó tácitamente la modificación de su salario". Debe observarse que esta afirmación del sentenciador, o sea el fundamento fáctico de su decisión, no puede discutirse en cargo formulado por la vía directa, la cual supone pleno acuerdo entre

el atacante y el fallador en relación con los hechos.

No existe, de otra parte, en nuestra legislación laboral, norma que prohíba modificar un contrato de trabajo, así sea disminuyendo beneficios del trabajador, siempre que tal modificación se haga de mutuo acuerdo. O sea que no está consagrado en nuestro derecho positivo el principio de "la condición más beneficiosa", según se verá con más detalle en el análisis del próximo cargo.

En cuanto a la pretendida violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es admisible por la vía directa planteada por el recurrente, según reiterada jurisprudencia, por implicar básicamente cuestiones de hecho no discutibles aquí conforme viene de indicarse.

En virtud de lo expuesto, el cargo no prospera.

Quinto cargo

(Segundo sobre "comisiones y salarios"). Se enuncia así: "la sentencia incurrió en violación, por errónea interpretación, de los artículos 9º, 13, 14, 16 numeral 1º, 21, 27, 43, 55, 57 numeral 4º, 65, 142, del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con los artículos 1602 y 1625 del Código Civil".

En la sustentación del cargo cita el recurrente la sentencia acusada, en cuanto transcribe jurisprudencia de esta Corte de noviembre 13 de 1964 y de julio 22 de 1972, en el sentido de que "la rebaja del salario, sin reclamo del trabajador, equivale a una nueva estipulación".

Sostiene el recurrente que esta tesis es contraria a los principios generales del derecho laboral (irrenunciabilidad, protección al trabajador), y a las normas civiles sobre efecto de las obligaciones. Se refiere también a la primacia "todopoderosa" del patrono, a la buena fe y al significado que debe tener la "pasividad" del trabajador. Cita la sentencia del juez *a quo*, con la cual está de acuerdo, y solicita que la Corte recoja su jurisprudencia antes citada, rectificándola.

El opositor refiere sus argumentos —indicados en el resumen del cargo anterior,

a este segundo cargo sobre el mismo tema. Agrega que no se produjeron comisiones en los tres primeros meses de 1974, última etapa del contrato, por encontrarse el trabajador en vacaciones, y conforme lo anota el dictamen pericial (folios 236).

Se considera

Además de las dos sentencias citadas por el ad quem, de 13 de noviembre de 1964 (*Ignacio Montoya Aristizábal contra Rafael Restrepo y Cía., Magistrado ponente doctor José Joaquín Rodríguez*), y de junio 22 de 1972 (*Gilberto Gómez Zapata contra Agrícola S. A., Magistrado ponente doctor José Enrique Arboleda Valencia*), la Corte reiteró esa misma jurisprudencia en sentencia de abril 23 de 1977 (*Ciro Saúl Osuna contra Transportes Express Palmira S. A., Magistrado ponente doctor Juan Hernández Sáenz*).

En esta última sentencia se dijo: "Ciertamente ha sostenido esta Sala en varias oportunidades.... que cuando se produce merma en el salario del trabajador sin que este formule queja o reclamo oportuno ante su patrono, debe suponerse su asentimiento tácito a esa rebaja por la sola circunstancia de continuar en el servicio y, por ende, que no le sería valedero calificar esa disminución como incumplimiento del contrato con posterioridad al fenecimiento de este".

No considera la Sala que sea del caso modificar esta jurisprudencia, conforme lo solicita el recurrente. En efecto, aparte de tener apoyo en el artículo 1622 del Código Civil antes citado, la tesis que ha sostenido la Corte de no aceptar en estos casos la llamada "regla de la condición más beneficiosa" tiene sólido fundamento en los mismos principios fundamentales del derecho laboral.

En efecto, el principio tuitivo o protectorio debe aplicarse con criterio realista, de manera razonable, y no en forma absoluta y automática so pena de resultar contraproducente. En efecto, no siempre le es posible a una empresa o patrono sostener, indefinidamente, por razones económicas, algunos beneficios otorgados al trabajador.

De no aceptarse en tales circunstancias una disminución moderada de beneficios, por mutuo acuerdo o con el asentimiento del trabajador, la alternativa podría ser en muchos casos más perjudicial aún para el trabajador quien podría verse obligado a quedar cesante.

De otra parte, aceptar la flexibilidad contractual que ha admitido la Corte en estos casos, que no es necesariamente injusta en especiales circunstancias, puede resultar en realidad más conveniente para el trabajador mismo pues además de proteger su estabilidad en el empleo, puede permitir una mayor amplitud o liberalidad de parte del patrono. Respetar en determinados casos una relativa autonomía de voluntad —que el derecho laboral limita pero no abroga— puede avenirse bien a la especial protección a que tiene derecho el trabajador y realizar la justicia en las relaciones laborales "dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social" (Código Sustantivo del Trabajo artículos 1º y 18).

En el caso sub judice observa la Sala especiales circunstancias que la llevan a aplicar la doctrina tradicional. El trabajador aceptó, al menos tácitamente, la condición menos beneficiosa (descontar del valor de las ventas \$ 840.000.00 antes de liquidar su comisión) y durante más de dos años recibió su remuneración así liquidada, sin reclamo alguno; pese a la modificación, el ingreso laboral del trabajador aumentó en lugar de disminuir ya que en 1971 recibió \$ 107.634.00, en 1972, \$ 161.136.00 ya bajo la nueva estipulación, y en 1973 recibió \$ 268.014.40. La empresa, por su parte, adujo que el cambio era necesario "para compensar sus gastos operacionales" según declara el Gerente en ese entonces (folio 195). Finalmente cabe anotar que el actor era alto empleado de la empresa, con ingenericia en su dirección y manejo, con ascendencia sobre sus compañeros, conforme se desprende de la misma carta de despido (folios 6 y 7), y por lo tanto es de suponer que estaba en condiciones de reclamar y discutir sus condiciones de trabajo.

En virtud de las anteriores consideraciones, el cargo no prospera.

Sexto Cargo

(Primero sobre Indemnización por no pago).

"La sentencia violó en forma directa, la ley sustancial, al no aplicar el artículo 65, con relación a los artículos 48, 467, 468, 469, 16 numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo y las cláusulas cuarta, Décima Tercera del Pacto Colectivo de Trabajo suscrito entre la Sociedad demandada y mi poderdante y que aparece a folios 24 a 31 del expediente, en relación con las condenas prima extra legal de 1973, y prima extralegal de vacaciones de los años 1972 y 1973, tal como lo dice la sentencia del juzgador de segunda instancia".

"Es decir, el sentenciador de segunda instancia aplicó las normas de los artículos 481, 467, 468, 469, 16 numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo y las cláusulas 4ª, decima-tercera del pacto colectivo de trabajo suscrito entre la sociedad demandada y mi poderdante".

"Y dejó de aplicar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra la indemnización por falta de pago".

Cita el recurrente apartes en la sentencia de los que concluye que la empresa debía las primas establecidas en el pacto colectivo, pese al Decreto 671 de 1972, por cuanto no demostró la existencia de un sindicato relativamente mayoritario.

Considera el recurrente que la razón dada por la empresa para abstenerse de pagar tales primas, "es necesariamente inválida" y que implica doble moral, malicia y mala fe. Cita jurisprudencia laboral acerca del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual debe condenarse a la indemnización en presencia del no pago de acreencias laborales, a menos que el patrono moroso aduzca razones poderosas y serias.

El opositor, por su parte, sostiene que la demandada liquidó y consignó la totalidad de lo debido al trabajador. "El Juez de primera instancia —anota— a pesar de haber decretado contra la demandada algunas condenas, la absolvió por indemnización moratoria, calificando su actuación de bue-

na y exonerándola por tanto de la respectiva sanción legal".

Refuta las razones aducidas por el recurrente para impetrar esta condena y agrega: "Aún aceptando la justificación —de la condena a primas extralegales por simple suposición hipotética, sería infundada, arbitraria e ilegal una correlativa condena en indemnización moratoria, por falta de pago (de esas primas), por haber negado la demandada, en forma razonada y honesta, el reconocimiento de tales primas, considerando, de buena fe, inexistente la obligación impetrada por el actor".

Además observa: "Para fundamentar las impugnaciones del recurrente a la absolución por indemnización moratoria, cabe igualmente contradecir su falta de causación, por no constituir, ni factor de salarios, ni obligación prestacional, sino simples auxilios extralegales, las primas acordadas en Pactos Colectivos, cuyo incumplimiento patronal no justifica, por tanto, una condena, legal y válida, en indemnización moratoria, por no consagrarse tal medida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en este caso determinado y concreto, siendo diferentes los eventos previstos por la norma reguladora de la sanción punitiva. Su texto mismo y su uniforme y reiterada interpretación jurisprudencial, me exoneran de mayores alegaciones y argumentaciones, para excluir su aplicación al caso de autos, aceptando aún, en hipótesis, la existencia de la obligación y la falta de dudas, serias y razonables, para negarla".

Se considera

Conviene aclarar, en primer lugar que no es cierta la afirmación del opositor cuando sostiene que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable cuando se trata del no pago de prestaciones extra-legales. Cuando la ley habla de "prestaciones", y no distingue, no le es dado distinguir al intérprete. Al señalar equívocadamente, el opositor, que existe jurisprudencia en tal sentido, parece estar confundiendo lo referente a prestaciones extra-legales, claramente protegidas por la sanción del artículo 65 (Sentencia de mayo 18 de 1972), con el caso de las indemnizacio-

nes, que la jurisprudencia ha excluido del campo de aplicación de ésta norma en razón de la interpretación restrictiva que se impone en este caso (Sentencia de junio 19 de 1956).

Debe observarse, además, que la "no aplicación" o "falta de aplicación", no es causal admisible en la casación laboral según se desprende del texto del artículo 90 del Código Sustantivo del Trabajo y del 60 del Decreto 528 de 1964, conforme reiteradamente lo ha explicado esta Sala. Se ha considerado, sin embargo, con criterio de amplitud para no extremar el rigor técnico propio de este recurso extraordinario, que cuando se aduce en lo laboral esa causal de la casación civil, puede entenderse aplicación indebida propiamente dicha, por la vía directa, pues en ella cabe el anterior concepto.

Subsanando este punto, el cargo sin embargo no es atendible ya que, conforme también lo ha reiterado la jurisprudencia, la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo implica necesariamente el concepto de buena o mala fe, ya que tal aplicación no es automática, y dicho concepto sólo puede acreditarse, declararse o atacarse con base en los hechos. De donde resulta que el ataque en casación debe hacerse ordinariamente por la vía indirecta, con sustento fáctico. Se excluye por lo tanto el ataque directo, que implica completo acuerdo sobre los hechos entre sentenciador y recurrente.

La validez de esta tesis general se comprueba plenamente en el presente caso con la sola lectura del cargo que se estudia, el cual se refiere básicamente a hechos: doble moral, malicia, mala fe, en la conducta de la empresa demandada.

De otra parte el Tribunal, al abstenerse de condonar a la indemnización por no pago, confirmó la absolución del juez a quo, el cual la fundamenta en la consideración de que no se había configurado la mala fe, apreciación que hizo suya el Tribunal. El debate en casación, por tanto, ha debido plantearse con base en los hechos y no por la vía directa escogida por el recurrente.

Por las razones expuestas, el cargo se desestima.

Séptimo cargo

(Segundo sobre indemnización por no pago).

Se propone en los siguientes términos:

"La sentencia violó por interpretación errónea la ley sustancial al no aplicar el artículo 65, en relación a los artículos 481, 467, 468, 469, 16 numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo y las cláusulas 4ª décima tercera, del pacto colectivo de trabajo, suscrito entre la sociedad demandada y mi poderdante y que aparece a folios 24 a 30, 166 a 171, del expediente, en relación con las condenas de primas extralegales de 1973 y primas extralegales de vacaciones de los años 1972, y 1973, tal como lo dice la sentencia del juzgador de segunda instancia".

"Es decir que el sentenciador de segunda instancia aplicó las normas de los artículos 481, 467, 468, 469, 16 numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo y las cláusulas 4ª décima tercera, del pacto colectivo de Trabajo suscrito entre la sociedad demandada y mi poderdante".

"Y dejó de aplicar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la indemnización por falta de pago, por interpretación errónea".

En el desarrollo del cargo el recurrente expone, en líneas generales, la que a su entender debe ser la correcta interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia, y afirma que el Tribunal se apartó de ella al no condenar.

Los argumentos del opositor son los mismos que se resumieron en el examen del cargo anterior.

Se considera

No es admisible el ataque por la vía directa, conforme lo explica la Sala al resolver el primer cargo sobre indemnización por no pago. Es esta razón suficiente para rechazarlo.

Adicionalmente, observa la Sala que el

Tribunal no hizo exégesis alguna del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para precisar su contenido y su alcance normativo. Se limitó a confirmar la absolución del juez a quo, la cual, conforme antes se indicó, tuvo como razón de ser la ausencia de mala fe en la demandada, con base en los hechos. Siendo esto así no puede imputársele errónea interpretación a la sentencia acusada.

Finalmente observa la Sala que en la enunciación de este cargo se enlazan indebidamente dos conceptos que se excluyen entre sí: la aplicación indebida y la interpretación errónea. Ha señalado la jurisprudencia que "la aplicación indebida ocurre cuando no obstante haber entendido rectamente el texto, el juzgador lo aplica en forma que no conviene al caso, en tanto que la errónea interpretación implica la inteligencia equivocada de la disposición legal. No pudiendo la regla normativa.... haber sido a un mismo tiempo bien y mal interpretada respecto del mismo caso, salta a la vista la improcedencia del planteamiento que acumule en el mismo cargo es-

tos dos conceptos de violación, por contradictorios" (Sentencia mayo 31 de 1968).

El cargo, en consecuencia, se rechaza.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de mayo de mil novecientos setenta y ocho (1978) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio seguido por Gonzalo Niño Sierra contra Fumigadora Triunfo S. A.

Sin costas en el recurso.

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

Fernando Uribe Restrepo, Manuel Enrique Daza Alvarez, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FALTAS AL TRABAJO SIN JUSTA CAUSA INVOCADA EN LA CARTA DE DESPIDO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto primero de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta N° 32

José Pasos A., vecino de Medellín, en escrito que “coadyuvó” su apoderado especial, demandó a “Mineros de Antioquia S. A.”, sociedad domiciliada en Medellín, con el fin de obtener reconocimiento de prima de antigüedad, indemnización por ruptura ilegal del contrato, reajuste de prestaciones sociales, cesantías, vacaciones y prima de servicios, pensión de jubilación y costas del proceso.

Según los hechos de la demanda José Pasos R. trabajó al servicio de Mineros de Antioquia S. A., antes Pato Consolidated Gold Limited, del 6 de agosto de 1946 hasta el 1º de julio de 1950 y del 22 de mayo de 1959 hasta el 26 de abril de 1974, en el oficio de Molinero; devengaba un salario de \$ 72.69, que debe ser incrementado con las primas de antigüedad y con un mayor valor de salario en especie; tomaba tres comidas diarias en el restaurante a un costo de \$ 1.60 y se le suministraba también alojamiento, factores unos que no se computaron para el salario y otros se computaron en suma inferior a lo real. José Pasos nació el 19 de abril de 1918; estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de Mineros de Antioquia S. A. y su contrato de trabajo fue terminado en forma ilegal, habiendo manifestado en la liquidación de prestaciones sociales su inconformidad con la misma.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Mineros de Antioquia S. A. aceptó

la prestación de servicios, pero solo por un tiempo de 3 años y 269 días durante el primer período, y 12 años y 270 días durante el segundo, así como el oficio de Molinero. En relación con el salario señaló factores diferentes. También aceptó como cierta la afiliación de Pasos al Sindicato. Negó los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de pago y prescripción y se opuso a las peticiones de la demanda.

Cumplido el trámite de la primera instancia *el juzgado* del conocimiento que lo fue el *Primero Laboral del Circuito de Medellín* dictó, sentencia el seis de junio de mil novecientos setenta y siete, por medio de la cual Absolvió a Mineros de Antioquia S. A. de todos los cargos formulados en el libelo de demanda por el señor José de J. Pasos R., cuyo apoderado interpuso el recurso de apelación.

El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral*, en fallo de veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y siete Confirmó el de primer grado.

Recurrió en casación el apoderado de José de J. Pasos R. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

“Se concreta a obtener que, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, Case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto confirma la de primer grado en lo referente a la absolución de las peticiones de indemnización por despido injustificado y pensión-sanción de jubilación, para que constitua la H. Corte en Tribunal de Instancia, revoque la sentencia de pri-

mer grado en lo referente a las dos peticiones que se acaban de expresar y en consecuencia condene a la sociedad demandada a pagar la indemnización por despido injustificado y la pensión-sanción de jubilación, confirmando en lo demás la sentencia y proveyendo sobre costas como es de rigor".

Con fundamento en la causal primera de casación presenta un solo cargo así:

Cargo único

"Acuso el fallo impugnado por haber infringido indirectamente, por aplicación indebida el Decreto Legislativo 2351 de 1965 en sus artículos 7º literal A. numerales 6, 10 y 11; 8º apartes 1, 2 y 4; 10, 38 y 39 en concordancia con los artículos 467, 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y los artículos 51 y 61 del Decreto 2158 de 1948. La violación de los preceptos sustantivos antes citados se produjo por ostensibles errores de hecho originados en la errada apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras, que en la sustentación del cargo singularizaré. Los errores de hecho consisten: 1º. En dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante faltó al trabajo los días 14 y 18 de febrero de 1974. 2º En dar por demostrado, sin estarlo, que en el periodo de "razonable actualidad" —a que alude la sentencia— (1973 y 1974) el trabajador faltó injustificadamente al trabajo en las oportunidades a que se refiere la diligencia de inspección ocular de agosto 4 de 1976 y los comprobantes de pago de salario de ese lapso. 3º En no dar por demostrado, estándose, que, al trabajador antes de ser fulminado con el despido, no se le dio oportunidad de que justificara o explicara las *supuestas* faltas o ausencias al trabajo. 4º En no dar por demostrado, estándose, que, el comité obrero-patronal no citó y por consiguiente no escuchó al trabajador en sus descargos. 5º En no dar por demostrado, estándose, que los records de faltas o ausencias que registra la inspección judicial u ocular es en el fondo, copia de lo que la empresa a su amanó y en forma unilateral registró en el prontuario del trabajador. 6º En no dar por demostrado,

estándolo, que los records de faltas o ausencias que registra la diligencia de inspección ocular no concuerda con las que registran los comprobantes de pago de salario que obra a fls. 51 a 101. En no dar por demostrado, estándose, que muchas de las *presuntas* faltas al trabajo que la empresa le imputa al demandante, corresponden a fechas, que eran por norma legal día de descanso obligatorio, concretamente domingos. 8º. En no dar por demostrado, estándose, que la empresa no logró demostrar las causales de despido que invocó en la carta respectiva (folios 29). Las pruebas equivocadamente apreciadas por el H. Tribunal son: a) El Acta Nº 1 del Comité de Despidos de marzo 13 de 1972 que obra a fe. 8. b) La carta de despido de folio 29 y 105. c) La diligencia de inspección ocular o judicial de folios 42 a 48, con los documentos anexos a ella, especialmente, los de folios 51, 54, 57, 48, 60, 72, 77, 82, 83, 85, 86, 96, 97, 98 y 101. Las pruebas dejadas de apreciar son: A) El contrato de trabajo de folios 7 y 8. B) Las actas del Comité Obrero Patronal que obran a folios 22 a 25; folios 26; y folios 27. C) Las cartas sobre sanciones dirigidas al demandante y que obran a folios 31 a 32; folios 33 a 34 y folios 35. La sentencia del Tribunal parte de la base de que, con la inspección judicial (folios 42 a 48) y con la incorporación a esa diligencia de los comprobantes de pago de salarios (folios 50 y ss.) quedaron demostradas las ausencias aludidas, al menos las de los años 1973 y 1974 que para efectos del proceso tienen una 'razonable actualidad'. Para concluir que el despido fue justificado. Por lo anterior, se observa que, el Tribunal partió de premisas falsas o equivocadas, como lo es la inspección ocular y los documentos presentados e incorporados al proceso en dicha diligencia. Por consiguiente la conclusión fue también equivocada. En efecto, si el Tribunal hubiera apreciado correctamente la prueba de inspección ocular o judicial (folio 42 a 48) hubiera concluido que, esa prueba no era suficiente como para deducir que, José de J. Pasos hubiera faltado al trabajo los días 14 y 18 de febrero de 1974 y menos que hubiera estado ausente del trabajo en los días anteriores, durante el periodo que, el

Tribunal denomina de 'razonable actualidad'. Y hubiera concluido que, esa prueba no era suficiente, no solo, porque, en el fondo era copia de un listado *elaborado unilateralmente* por la empresa, sino, porque, esas presuntas faltas allí atribuidas al demandante, *no concuerdan* con el record que trae la carta de despido (folios 29 y 105). Porque, si nos referimos a las faltas durante el periodo de 'razonable actualidad' observamos que, en la carta de despido no le imputan ausencias por los meses de mayo, junio y julio de 1973, en cambio en la diligencia de inspección judicial (folios 45) sí. Igualmente, si el Tribunal hubiera apreciado correctamente los documentos de folios 51, 54, 57, 58, 60, 72, 77, 79, 82, 85, 86, 96, 97, 98 y 101 aportados en la diligencia de inspección judicial, hubiera concluido, que de ellos tampoco surgía prueba de las presuntas ausencias *injustificadas* al trabajo. Veamos por qué. En el de folios 51, aparece ausente en diciembre 30 de 1974, que fue *domingo*. En el de folios 54, aparece ausente en noviembre 6 de 1974, que fue *domingo*. En los folios 57 y 58 aparecen anotándole ausencia por el *mismo día* o sea octubre 19 de 1973. En el de folios 60 aparece ausente en septiembre 30 de 1973, que fue *domingo*. En el de folios 72 aparece ausente en mayo 27 de 1973, que fue *domingo*. En el de folios 77 aparecen ausencias en abril, 1 y 8 de 1973, que fueron *domingos*. En el de folios 79 aparece ausente en marzo 18 de 1973 que fue *domingo*. En el de folios 82 aparece ausente en febrero 25 de 1973 que fue *domingo*. En el de folios 83, aparece ausente en mayo 11 y 18 de 1973 que fueron *domingos*. En el de folios 85 aparece ausente en enero 21 y 28 de 1973 que fueron *domingos*. En los folios 86 aparece ausente en enero 14 de 1973 que fue *domingo*. En el folio 96 aparece ausente en febrero 24 de 1974 que fue *domingo*. El de folios 98 está *adulterado* y en el de folios 101 aparece ausente en enero 6 de 1974 que fue *domingo*. Aparte me refiero al documento de folios 97 que corresponde a la segunda década de febrero de 1974 en la cual cayeron los días 14 y 18 de febrero de 1974, que motivaron el despido. Tal documento también fue erróneamente apreciado y por ello, no se puede deducir de él, las

presuntas faltas del 14 y 18. En efecto, esa segunda década está comprendida entre el 11 y el 20 de febrero. Y en el documento le registra la empresa 3 faltas, por los días 14, 17 y 18. También aparece en el mismo documento que el demandante se le paga un domingo como trabajado, le anotan otro domingo como ausente y además le pagan 7 jornales. De lo cual hay que concluir que en tales condiciones no es posible que hubiera faltado los días 14 y 18, porque, si le pagan 7 jornales, más un domingo, más 3 días ausente (14, 17 y 18), nos da un total de once días, lo que es inadmisible en una década, que sólo comprende 10 días. Si el Tribunal hubiera apreciado o tenido en cuenta el contrato de trabajo que obra a folios 7 y 8, hubiera tenido que concluir, que, el demandante no estaba obligado a laborar en dominicales y festivos y por consiguiente también hubiera concluido que el record de faltas a que se refiere el periodo de 'razonable actualidad' no corresponden a la realidad, puesto que se vio no había razón para que se le imputara faltas o ausencias por lo que respecta a domingos y festivos. Es decir, que dichas faltas no ocurrieron. De tal manera que si los documentos de folios 50 y ss., y la inspección ocular adolecen de las serias irregularidades anotadas, es decir, no son exactos, no son prueba confiable, como para deducir de ellos solos la existencia de todas esas faltas y en especial la de los días 14 y 18 de febrero de 1974. Lo anterior, quiere decir que, el Tribunal fundamentó la sentencia en pruebas insuficiente, incompletas, inexactas. Y si bien es cierto, que el Juez no está sujeto a tarifa legal de pruebas y forma libremente su convencimiento, es bien cierto también, que, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral el Juez al apreciar la prueba, se debe inspirar en los *principios científicos que informan la crítica de la prueba*, que fue lo que no hizo el Tribunal. Si el fallador de segunda instancia, hubiera hecho la crítica, el análisis científico de la inspección ocular y de los documentos a ella anexos, en la forma como se dejó demostrado, hubiera tenido que concluir, que no había prueba de las ausencias que se le imputaban al demandante. Es más, si hubiera

tenido en cuenta las actas del comité obrero-patronal de folios 22 a 27 y las cartas sancionándolo (folios 31 a 34) hubiere concluido con la seria crítica atrás anotada, que se le estaba imputado y sancionando faltas inexistentes, como son las atribuidas a domingos y festivos, que por mandato del artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo son días de descanso, y si hubiera apreciado las actas del comité obrero patronal ya dichas y en especial la última (folios 18) hubiera tenido que concluir también con la injusticia del despido, porque al trabajador nunca se le oyeron descargos, conforme lo establecen las convenciones colectivas de trabajo que obran a folios 107 y ss. Y el incumplimiento del trámite convencional torna el despido en injusto. En fin si como se puntualizó, el Tribunal hubiera apreciado correctamente, a la luz de la crítica de la prueba la inspección ocular y los documentos aportados en ella, y no hubiera pasado por alto sobre los documentos que no apreció, hubiera tenido que concluir necesariamente que, el despido fue injusto y, por consiguiente condenar a la indemnización respectiva, conforme a la cláusula 9^a de la Convención Co-Collectiva de Trabajo de folios 142, legalizada conforme al documento de folios 175. Y como consecuencia de ello, condenar a la pensión sanción de jubilación a partir de la fecha en que el trabajador tuviera 50 años de edad".

Para el opositor los documentos de folios 50 a 87 y de folios 90 a 101 son documentos privados declarativos, suscritos por la parte contra quien se esgrimieron y que gozan de la calidad de auténticos por no haber sido tachados de falso. En relación con la inspección judicial dice que el Juez comisionado observó el hecho de que en los archivos de la empresa figuraban algunos datos que transcribió el acta respectiva y ese fue el justo alcance que se le dio en la sentencia impugnada. Agrega que la misma ley concede a los archivos de las empresas papel principal cuando se trata de demostrar el tiempo de servicios de sus trabajadores, artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, que José de J. Pasos, por su carácter de molinero, tenía que trabajar habitualmente los domingos y no siempre

se le daba descanso compensatorio. Por último considera que no se han demostrado los errores de hecho que se atribuyen al fallo recurrido.

Se considera

El Tribunal Superior encontró demostrada las ausencias del trabajo de José de J. Pasos R. con fundamento en la inspección judicial y en los comprobantes de pago de salarios que se incorporaron durante la respectiva diligencia.

En la inspección ocular el Juez comisionado para practicarla solicitó a la sociedad demandada los documentos donde aparecieran registradas las faltas del trabajo. Los funcionarios de la empresa exhibieron el prontuario del trabajador correspondiente al último periodo de su vinculación, que examinado minuciosamente por el juez, arrojó las ausencias que se detallan en el Acta (folios 43, 44, 45 y 46).

Pero no solo examinó el funcionario judicial el prontuario que le presentó la demandada, sino los comprobantes de pago correspondientes a 1973 y 1974, en relación con los cuales anotó "que en estos documentos donde aparece estampada la firma del trabajador, se señalan los días que en la respectiva década se le pagan al trabajador y también aquéllos que en ese mismo lapso el trabajador faltó injustificadamente al trabajo. Dichos documentos dan muestras de las fallas, sin justa causa, en que incurrió el trabajador Pasos R. y también de los días que en cada década le fueron remunerados, según la siguiente transcripción, haciendo notar que los pagos en dicha Empresa se efectúan en tres décadas, así: primera del 1º al 10, terminado el trece; segunda, del once al veinte, terminando el 23 y la tercera del 21 al 30 que se paga al tres de mes siguiente, es decir, que los pagos se verifican los días 3, 14, y 23". Luego aparece en el acta el detalle de los días pagados y de las faltas.

Es decir, que con base en documentos elaborados por la empresa, y otros firmados por el trabajador, que coinciden en términos generales, dedujo el Tribunal la existencia de faltas al trabajo de Pasos R. No encuentra la Sala error en la apreciación de la

prueba, pues el ad quem dedujo la conclusión fáctica de diversos medios, algunos de los cuales son documentos auténticos suscritos por el demandante, que además se encuentran incorporados en originales al proceso. Ni alcanza a desvirtuar dicha conclusión el que supuestamente algunas de las ausencias se hubieran producido en domingos, porque el trabajador aceptó la deducción del salario por esos días y de todos modos aún en el caso de que no estuviese obligado a prestar servicios en ellos quedan demostradas numerosas ausencias en días que no aparecen fueron inhábiles. Lo mismo sucede con la falta de coincidencia entre las faltas al trabajo invocadas en la carta de despido y las detalladas en la relación que aparece en la inspección judicial en lo referente a los meses de mayo, junio y julio de 1973, pues en la inspección ocular se aclaró que correspondían a suspensiones, ausencias que obviamente no podían invocarse como falta grave constitutiva de justa causa de despido.

Argumenta el recurrente que para dar por terminado el contrato de trabajo no siguió el patrono el procedimiento establecido en las convenciones colectivas que obran a folios 107 en adelante. Pero los documentos respectivos, con excepción de la última convención, que no trae nada sobre el procedimiento para despedir, no acreditan la existencia y validez de las mismas, pues carecen de la constancia de haber sido depositadas en el Ministerio de Trabajo dentro de los quince días siguientes al de su firma, requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo para que las convenciones colectivas produzcan efecto.

Cuanto a que según el contrato de trabajo el señor José Pasos R. no estaba obli-

gado a trabajar los domingos y que según las actas del comité obrero patronal se le imputaron faltas en domingos y festivos, encuentra la Sala que además de ausencias en tales días, también se le imputó al trabajador haber faltado en días que no se ha demostrado fueron inhábiles.

El error de hecho para que produzca la casación del fallo de instancia debe ser notorio, manifiesto, y esto no sucede en el caso en estudio, pues, como ya se dijo, la conclusión fáctica del Tribunal Superior tiene su apoyo en lo que dicen las pruebas del proceso.

El cargo, 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 veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y siete por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio seguido por José de J. Pasos R. contra Mineros de Antioquia S. A.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO

Culpabilidad de la Empresa en su ocurrencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto nueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 6666

Acta N° 32

La empresa "Fundiciones Técnicas S. A., Futec" fue condenada en ambas instancias a pagarle al señor José Leonidas Zapata Muñoz indemnización ordinaria de perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por éste al servicio de aquella y atribuido judicialmente a culpa patronal.

Por ello, Futec recurre en casación contra la sentencia del segundo grado, proferida el 30 de noviembre de 1978 por el Tribunal Superior de Medellín, para pedir que se la infirme, se revoque luego la del Juez y se provea absolución en su favor; o, subsidiariamente, que se modifique este último proveido para reducir el monto de las condenaciones conforme a los planteamientos del ataque.

La demanda de casación (folios 11 a 20 de este cuaderno) propone tres cargos que la Sala examinará en seguida:

Primer cargo

Dice así: "La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de errores de hecho, los artículos 199, 204, y 216 del Código Sustantivo del Trabajo, 63 y 1604 del Código Civil, 1º de la Ley 95 de 1890, 83 del Acuerdo 155 de 1963 del Consejo Directivo

del ICSS, y 1º del Decreto 3170 de 1964, aprobatorio del Acuerdo citado.

"Las pruebas mal apreciadas fueron:

"La demanda, folios 1 a 4 y la contestación, folios 13 a 18;

"Las copias de informe del accidente, folios 7 y 20;

"Las declaraciones de Urbano Uribe U., folios 26 y 27, Gabriel Sánchez Bedoya, folios 28 y 29, y Gabriel Naranjo Pizano, folios 59 a 61;

"El informe del ICSS del folio 30, el certificado de la misma entidad del folio 56 vuelto, y la copia de la investigación de folios 64 y 65; y

"La inspección judicial de folios 59 a 62.

"El error de hecho consistió en haber dado por demostrado sin estarlo, que el patrono tuvo la culpa en el accidente de trabajo ocurrido el 29 de marzo de 1976.

Demostración

"El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo exige para la responsabilidad total del patrono por perjuicios, que exista culpa suficientemente comprobada.

"La responsabilidad por culpa en los contratos que como el de trabajo, se celebran en beneficio recíproco de las partes, es la culpa leve según lo prescribe el artículo 1604 del Código Civil.

"El artículo 63 de la misma obra, define la culpa leve como la falta de la diligencia y cuidado ordinario o mediano, o sea, la falta de la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

"El artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo define el accidente de trabajo como el suceso imprevisto y repentino que

sobreviene por causa o con ocasión del trabajo y que produce en el trabajador una lesión orgánica o una perturbación funcional.

"El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 define la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto a que no es posible resistir.

"Según los preceptos mencionados, la culpa nace de que el suceso imprevisto haya sido previsible y se hubiera podido evitar mediante la diligencia o cuidado ordinario, pues el suceso imprevisto que no era previsible o no podía evitarse no proviene de culpa del agente.

"El sentenciador deriva del documento de los folios 64 y 65 la prueba de la culpa de la entidad demandada, pero la copia de esa investigación no demuestra que el accidente hubiera sido previsible y que por ello existiera culpa al dejar de tomarse las medidas aconsejadas por la diligencia y cuidado ordinarios.

"La fotocopia de folios 64 y 65 señalada como causa del accidente, lo siguiente:

"Condición ambiental peligrosa: Uso de equipo inherentemente peligroso al utilizar un tubo defectuoso para la impresión de oxígeno al horno. Además de usar a veces tubería encontrada en la chatarra, sin antes someterlos a una selección adecuada".

"El ambiente peligroso o las actividades que entrañen peligro no son por sí mismos la causa de los accidentes ni establecen la previsibilidad del suceso. Es verdad que el horno de función está en un ambiente peligroso y que las operaciones de fundición entrañan peligro, pero no por ese solo motivo se producen accidentes, sino por factores imprevisibles o por los que siendo previsibles no se preveen o se tratan imprudente de evitar.

"La peligrosidad de la función industrial o del procedimiento empleado sirve para determinar la responsabilidad especial del patrono por el accidente, pero de manera alguna entraña la culpa exigida para la responsabilidad plena de perjuicios.

"Por otra parte, dice la nota sobre la investigación, que a veces se usaba tubería encontrada en la chatarra, sin antes someterla a una revisión adecuada. Pero en el caso concreto del accidente de 29 de marzo de 1976, se dispuso que el tubo fuera espe-

cialmente examinado para evitar que estuviera obstruido, y se amarró el tubo a la manguera de manera especialmente segura por medio de alambre, según lo indican los tres testimonios recibidos en el juicio.

"Deducir del documento comentado la culpa del patrono, es apreciar indebidamente esa prueba, pues allí no se establece ni la previsibilidad del accidente, ni la falta de cuidado para evitarlo.

"Los tres testimonios recibidos en el proceso hablan de que el procedimiento de oxigenación que se empleó el 29 de marzo de 1976, había sido empleado varias veces durante las semanas anteriores, sin que hubiera ocurrido accidente, luego no era previsible ese suceso, y por el contrario, habiéndose experimentado el procedimiento con éxito, no podía exigirse que se tomaran especiales medidas distintas a las que se habían empleado. Esto demuestra que no era previsible el accidente y que no se faltó a la diligencia o cuidado necesarios.

"Las recomendaciones que se hacen al finalizar el informe de la investigación, son posteriores al accidente y por ello no se puede entender que han debido observarse para evitar el suceso, ya que los cuidados que se tuvieron en oportunidades anteriores y el mismo 29 de marzo de 1976, habían evitado que se produjera accidente.

"En la demanda no se señala un hecho o una omisión que constituya falta de la diligencia y cuidado ordinarios. Sino que se relató el proceso seguido, que había operado en otras ocasiones sin producir accidente.

"En la contestación de la demanda no se admite culpa alguna sino que se encuentra el suceso como imprevisto e imprevisible.

"Si el sentenciador hubiera apreciado correctamente las pruebas indicadas en el cargo, habría concluido que no se demostró culpa del patrono en la ocurrencia del accidente y que no cabe responsabilidad de acuerdo con el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que las obligaciones consagradas en el artículo 204 de la misma obra, pasaron al Instituto de Seguros Sociales, y que habiendo pagado ese Instituto el subsidio y la pensión legal, según se demostró con el certificado del folio 56

vuelto, el patrono está exonerado de toda responsabilidad por el accidente, según se determina en el artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 aprobado por el artículo 1º del Decreto 3170 de 1964.

"Por lo anterior, solicito que se case totalmente la sentencia impugnada y que en su lugar, se revoque la de primera instancia, se absuelva a la demandada de todas las peticiones del libelo inicial, y se condene al demandante en las costas de primera instancia". (Las mayúsculas son del texto transcrito).

La sentencia recurrida dijo sobre el punto materia del ataque lo siguiente:

"En el presente caso se reclama es la indemnización ordinaria del artículo 216, ya que el demandante alega que hubo culpa del patrono en la ocurrencia del accidente, al paso que la demandada atribuye su ocurrencia a caso fortuito o a culpa de parte del trabajador.

En el proceso declararon citados por el demandante, Urbano Uribe y Gabriel Sánchez, ambos ayudantes de horno, y testigos presenciales del accidente, y de sus dichos, se desprende que en la empresa anteriormente para rebajar el carbón que salía alto de la fundición se utilizaba un sistema de escamas, y unos 8 o 15 días antes del 29 de mayo de 1976, fecha en que ocurrió el accidente de trabajo al demandante, se empezó a ensayar un nuevo sistema por medio de desoxigenación dirigido por el Ingeniero de Planta doctor Gabriel Naranjo, y consistente en que se conectaba un tubo o lanza a una botella de oxígeno, se introducía el tubo a la colada o fundición y lentamente se abría la llave de la botella de oxígeno. El día del accidente, obedeciendo órdenes del doctor Naranjo, el demandante Zapata introdujo el tubo a la mezcla y su ayudante Urbano Uribe empezó a abrir la llave de la botella de oxígeno, estalló el tubo, hizo explosión, destrozó el guante que tenía el demandante a quien le quedaron los dedos en pedazos. Agrega el declarante Uribe, que ese mismo días en las horas de la mañana también se inyectó la fundición con oxígeno e hizo la primera explosión que alcanzó a entumecerle la mano al actor, y después de ésto fue cuando se llamó al doctor Naranjo, quien les dijo

que amarraran bien con alambre la manguera al tubo, pero no valió porque el accidente siempre ocurrió. Por su parte, el testigo Sánchez dice que antes de ocurrir el accidente, a él le pidieron que hiciera ese oficio, pero no quiso porque unos cuatro días antes había estallado la manguera, y él le dijo a Leonidas Zapata que pusiera mucho cuidado que de pronto no le fuera a estallar el cilindro. Los dos, coinciden en afirmar que el demandante es una persona cuidadosa en su trabajo, que en ese momento no estaba incumpliendo normas de seguridad; que el tubo para el experimento en el momento del accidente, como en otras veces, había sido recogido de la chatarra que se encuentra en el patio, y que esos tubos por lo general están oxidados, con grasa y con huecos. Que después del accidente se volvió, al sistema viejo hasta cuando implantaron uno nuevo de rebajar de carbón con oxígeno, pero ya con un montaje especial que consiste en que por medio de una tubería nueva, se trae de la planta el oxígeno y al pie del horno tiene un manómetro y llaves para graduar el oxígeno.

"El Ingeniero Gabriel Naranjo, quien a la fecha del accidente desempeñaba el cargo de Jefe de Producción, dice que en esos días se estaba tratando de poner en práctica en la empresa un proceso que consiste en oxidar la fundición para rebajar el contenido de carbón y de impurezas. Ese proceso lo habían hecho unas dos oportunidades con el demandante y con buenos resultados. Y el 29 de marzo de 1976, luego de que fue llamado a su oficina por el Jefe de Turno, se trató de repetir el procedimiento, para ello le dijo al demandante que revisara bien el tubo que no estuviera obstruido, se ensambló el tubo a la manguera que provenía del cilindro de oxígeno, se ordenó darle paso al oxígeno, instantes después ocurrió la explosión y el tubo quedó revenitado. Zapata quedó con el tubo en la mano porque era el encargado de introducirlo en el horno; su ayudante Urbano Uribe estaba maniobrando la llave al cilindro. Que este proceso como todo proceso nuevo en nuestro medio, en cualquier empresa empieza por sistemas elementales, pues primero hay que hacer un balance económico del proceso que demuestre si vale la pena su im-

plantación. Que con posterioridad al accidente, se hizo un cese del proceso porque era lógico que el personal se mostrara con reacción a la implantación de este sistema, y unos 8 meses después se implantó pero ya se contrató a la firma Indugas para que instalara el equipo, que básicamente era el mismo y que consta de una batería de 12 cilindros de oxígeno, un manómetro, una manguera que conecta al tubo. La única diferencia es la que el anterior no tenía sino un cilindro, y no recuerda si tenía manómetro. Considera que el accidente se debió a caso fortuito.

"El documento de folios 64 suscrito por el médico Jefe de la Oficina de Salud Ocupacional del I.C.S.S. señala como causa del accidente: "Condición ambiental peligrosa: uso de equipo inherentemente peligroso al utilizar un tubo defectuoso para la impresión de oxígeno al horno. Además de usar a veces tubería encontrada en la chatarra, sin antes someterlos a una selección adecuada".

"De la prueba anterior se desprende que sí hubo culpa de la Compañía en el acaecimiento del accidente de trabajo, por tratar de implantar un sistema nuevo, con economía suma, a tal punto que utilizó para ello elementos rudimentarios, en especial tubos oxidados, y omitió la instalación de manómetros, y otras medidas de seguridad. No existió entonces, de parte del patrono aquella diligencia y cuidado que los hombres ordinariamente ponen en sus negocios, al haber omitido las medidas de protección y seguridad para con sus trabajadores, conducta que fue la causante del accidente. Por tanto es responsable de la indemnización plena de perjuicios a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta indemnización comprende los perjuicios tanto materiales como morales".

Se considera

Al analizar las pruebas que el cargo encuentra erróneamente apreciadas, resulta lo siguiente:

La demanda (folios 1 a 4, Cuad. 1º), y su respuesta (folios 13 a 18 ibidem) sólo plantean las posiciones antagónicas de las partes en el litigio: la del actor, que atri-

buye a culpa de Futec la ocurrencia del accidente de trabajo en que sufrió lesiones permanentes; y la de Futec, que hace depender el siniestro de causas imprevistas e imprevisibles para ella.

El informe rendido por Futec al I C S S (folio 7, reproducido en fotocopia sin autenticar al folio 20, ambos del Cuad. 1º) hace un breve relato del accidente sufrido por Zapata y de sus consecuencias y lo atribuye a una explosión imprevista.

El informe y el certificado del Instituto de Seguros Sociales (folios 30 y 56 v.) dan cuenta de las lesiones y la merma en su capacidad laboral que le ocasionó el accidente a Zapata y de los subsidios y pensión pagados a éste por el Instituto).

La inspección judicial (folios 59 a 62) determina el monto del salario de Zapata y dentro de ella se recibieron la partida de nacimiento del actor, una fotocopia cotejada por el Juez de la investigación del accidente que realizó la Oficina de salud Ocupacional de la Caja Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales y el testimonio del doctor Gabriel Naranjo Pizano, pruebas estas últimas que tienen individualidad propia y distinta de la que corresponde a la inspección ocular, conforme a los preceptos que regulan la naturaleza, valor y demás requisitos y formalidades de los medios de convicción aducibles en juicio.

Ciertamente, como lo dice el cargo, ninguna de estas pruebas demuestra culpa de Futec en la ocurrencia del siniestro que lesionó al señor Zapata.

Pero, en cambio, la investigación hecha por el Instituto de Seguros Sociales (folios 64 y 65, Cuad. 1º) si da base para responsabilizar del accidente a la empresa. En efecto, luego de describir las circunstancias del siniestro, la investigación califica como peligroso el ambiente de trabajo y como inherentemente peligroso el equipo empleado para inyectar oxígeno al horno por "utilizarse un tubo defectuoso". "Además de usar a veces tubería encontrada en la chatarra, sin antes someterlos (sic) a una selección adecuada", según frases textuales del informe, que recomienda finalmente a la empresa varias medidas de precaución para evitar futuros accidentes, entre ellas,

establecer un sistema de inyección mecánica del gas y eliminar el empleo de tubería de chatarra (folios 64 al final y 65).

Si la actividad que realizaba Zapata al accidentarse era peligrosa y lo era intrínsecamente el equipo que utilizaba, según los califica el aludido informe, son patentes el descuido y la negligencia de Futech cuando al emplearse un tubo defectuoso en el proceso de inyección del oxígeno, él estalló y le produjo la pérdida de tres dedos de la mano derecha al operario Zapata Muñoz. O sea, que el criterio del sentenciador ad quem el encontrar culpable de este siniestro a la firma demandada no adolece de ningún yerro de hecho.

Y al no resultar configurado y, menos aún, de manera ostensible dicho error a través del estudio de las pruebas legalmente calificadas para alegarlo en casación, no es procedente el estudio de los testimonios que cita el cargo y que, por lo demás, corroboran el juicio del Tribunal sobre la culpabilidad de la empresa en la ocurrencia del accidente que sufrió el señor Zapata.

No prospera el cargo, en consecuencia.

Cargo segundo

Su planteamiento reza así: "La sentencia impugnada violó por infracción directa, consistente en falta de aplicación, los artículos 83 del Acuerdo 155 de 1963 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, y el 1º del Decreto 3170 de 1964.

Demostración

"El fallador reconoce que el ISS está pagando al demandante una pensión de \$ 619.50 mensuales, pero no descuenta de la condenación por perjuicios materiales, el valor de la pensión de que está gozando y gozará el señor Zapata.

"Esa falta de aplicación de las normas citadas, lleva a que se reciba doble indemnización por unos mismos perjuicios.

"La aplicación de los preceptos citados implica la deducción de lo reconocido por el ISS, según se dijo en sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con fecha 24 de mayo de 1978, así:

"Según el artículo 216 *ibidem* la víctima del accidente de trabajo tiene derecho a demandar la indemnización total y ordinaria de perjuicios. Con todo, la misma disposición busca que no se acumulen la indemnización ordinaria total y la prestacional que consagra el artículo 204. Tal es el principio general previsto en el Código. Al asumir los Seguros Sociales el riesgo por Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales se reemplazó no solo la persona del deudor sino también la cuantía de las indemnizaciones previstas en el artículo 204, quedando éstas sustituidas por la pensión de sobrevivientes, en el caso de muerte del trabajador, sin que por ello se altere el principio contenido en el artículo 216, según el cual no son acumulables ambas indemnizaciones.

"Este principio se encuentra también en el artículo 83 del Acuerdo del I.C.S.S. número 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, en el cual se prescribe:

"Artículo 83. El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente Reglamento por parte del Instituto exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional.

"Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono, o sus representantes, o un tercero, y diere lugar a indemnización común, el Instituto procederá a demandar el pago de esta indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo si lo hubiere.

"Lo dispuesto en el inciso anterior es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertenecientes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con las normas de este Reglamento".

"Los textos transcritos son claros y de ellos se deduce que las indemnizaciones legales a que haya lugar —provengan del

patrón o del ICSS— deben descontarse de la indemnización plena de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con las normas que establecen la sustitución por el ICSS de las obligaciones patronales establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo".

"Si el fallador no hubiera ignorado las normas citadas en el cargo, habría restado a los \$ 14.983.20 en que calculó lo dejado de percibir anualmente por el trabajador, la cantidad de \$ 7.434.00 que recibirá el demandante del ICSS, (619,50 X 12), sin contar los incrementos legales que tendrá la pensión, y habría encontrado que los perjuicios materiales se concretan a dejar de percibir anualmente \$ 7.549.20.

"Para saber que capital es necesario poner a interés del 6% anual para que en 30 años y medio produzca anualmente la cantidad indicada y al cabo de tales años se extinga junto con los intereses devengados, basta multiplicar \$ 7.549.20 por el coeficiente 13.858.00 que en la tabla del ingeniero Egidio Garuffa corresponde a la edad indicada, y se obtendrá como valor de los perjuicios materiales la cantidad de \$ 104.616.81, todo ello aceptando las bases tomadas por el sentenciador tanto sobre la edad como sobre el salario devengado, y sin calcular los incrementos que tendrá legalmente la pensión del ICSS.

"Para el caso de que no se acceda a mi petición sobre casación total del fallo impugnado, revocatoria de la sentencia de primera instancia y absolución total de la demandada, pido que la condenación por perjuicios materiales se rebaje a la cantidad de \$ 104.616.81, mediante casación parcial del fallo impugnado y modificación de la providencia del *a quo*". (Las mayúsculas son del texto transrito).

Se considera

Conforme al artículo 83 del Acuerdo 155 de 1963 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 3170 de 1964; cuando el patrón es declarado culpable de la ocurrencia de un accidente de trabajo y se le condena al resarcimiento pleno de per-

juicios a la víctima de éste, el Instituto tiene derecho al reembolso de las sumas que le hubiere satisfecho al accidentado y su monto es descontable del de la indemnización correspondiente.

Pero si el Instituto no es parte en el juicio respectivo, lo previsto en dicho artículo 83 no da base para que judicialmente se disminuya la carga patrimonial del empresario derivada de la condena al pago de indemnización plena de perjuicios, desde luego que él no puede lucrarse con el aprovechamiento en beneficio suyo de un valor pecuniario que en realidad le pertenece a persona distinta: el Instituto de Seguros Sociales.

Lo que acontece en la hipótesis que se analiza es que el Instituto puede reclamarle judicial o extrajudicialmente al beneficiado con la condena al pago de los perjuicios plenos, el monto de lo recibido por este último a título de simple indemnización laboral y como asegurado por el riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Pero nunca podrá deducirse del monto de la condena dispuesta contra el patrón culpable del siniestro lo pagado a su expensas por el Instituto o la víctima de él, porque tal rebaja constituiría un enriquecimiento sin causa para el empleador y un empobrecimiento ilegítimo e irreparable para la entidad de seguridad social que atendió al percance del trabajador por el aspecto meramente laboral.

No aparecen pues los quebrantos preceptivos acusados en el cargo que, por tanto, no prospera.

Tercer cargo

Su texto es el siguiente: "El fallo acusado viola por aplicación indebida el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Demostración

"El fallador condenó a \$ 30.000.00 como indemnización de perjuicios morales subjetivados, pero no dio fundamento alguno a esa condena y aplicó el máximo que dijo

acordado por la mayoría del Tribunal y que coincide con el máximo señalado por la mayoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

"La aplicación de la norma citada en cuanto a la condenación a indemnización por perjuicios morales en la máxima cuantía, resulta no solamente arbitraria sino también absurda.

"Cómo es posible que quien pierde tres dedos de la mano sienta el mismo dolor que quien sufra desfiguración facial o mutilación mayor o más grave? Cómo se puede entender que en el caso presente se siente el máximo dolor para que se aplique la máxima indemnización?

"La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 27 de septiembre de 1974, dijo:

"Considera la Corte que si el más alto dolor por la muerte de una persona querida es el que hiere a los progenitores por la de su hijo o a los hijos por la desaparición de aquéllos, necesario es concluir que, en el caso que se estudia, ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el daño moral padecido por el demandante. Esa cantidad será la de \$ 30.000,00, que, teniendo presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad.

"Como quiera, pues, que tratándose de daño moral subjetivo, el derecho lastimado de la víctima se establece, no propiamente con la cabal reparación del mismo, por ser incommensurable, sino con una equitativa satisfacción, los jueces al satisfacer esta especie de daño, tendrán presente que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo del parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor.

"La Corte acoge así el criterio de la doctrina moderna de que la condena que tiene manantial en la comisión de un daño moral subjetivo, el llamado *preium doloris*, no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente, resarcimiento que es el objetivo de toda

indemnización, sino procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido", permitiendo a quienes han sido víctimas del sufrimiento, hacerles, a lo menos, más llevadera su congoja".

"Para el caso de que no se acceda a mi petición sobre casación total del fallo impugnado, revocatoria de la sentencia de primera instancia y absolución total de la demandada, pido que la condenación por indemnización de perjuicios morales se rebaje hasta una cantidad regulada racionalmente, lo cual se hará modificando el fallo de primer grado después de casar parcialmente la sentencia impugnada". (Las mayúsculas son del texto transcrita).

La Sala considera

El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el derecho a la indemnización plena de perjuicios en favor del accidentado cuando el percance ocurre por culpa del patrono. Pero esa norma no menciona específicamente cuáles son los factores que comprende ese resarcimiento, ni define lo que ha de entenderse por perjuicios morales subjetivos.

Son normas de la legislación civil, no invocadas en el ataque, las que tratan y regulan ese tema.

Por ello, no puede predicarse aplicación indebida del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando se busca atacar la tasación de los perjuicios morales que hizo la sentencia recurrida.

No prospera el ataque, en consecuencia.

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 acusado.

Sin costas en casación.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, (con salvamento de voto); Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMIENTO DE VOTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. — Bogotá, D. E.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

Comparto la solución que el fallo anterior da a los cargos primero y tercero, más no lo que se refiere al segundo, por las siguientes razones:

El artículo 216 del Código Sustantivo del trabajo es muy claro en cuanto a que del monto de la indemnización total y ordinaria por perjuicios debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el patrono, descuento que se ordena con el fin de evitar que el trabajador reciba una indemnización superior a la plena o total, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa. Las prestaciones de carácter laboral dejaron de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo fue asumido por los Seguros Sociales, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al asumir el riesgo los Seguros Sociales, se reguló el pago de la indemnización total por culpa del patrono en el artículo 83 del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, aprobado por el Decreto 3170 de 1964. Dice así la norma:

“Artículo 83. El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente reglamento por parte del Instituto exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono o sus representantes, o de un tercero,

y diere lugar a indemnización común, el Instituto procederá a demandar el pago de esta indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

“Lo dispuesto en el inciso anterior no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto de acuerdo con las normas de este Reglamento”.

La norma anterior prevé dos situaciones: Primera, cuando el Instituto demanda al patrono para el reconocimiento de la indemnización plena que ha acordado pagar al trabajador, y Segunda, cuando la víctima o sus causahabientes instauren la acción pertinente contra el patrono. No se trata en el caso en estudio de la primera situación sino de la segunda, pues el actor es la víctima del accidente y el demandado el patrono. Ante esta circunstancia, del monto de la indemnización total y ordinaria por perjuicios, “deberá descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto”, tal como en forma clara y expresa lo dice el inciso segundo del transcritto artículo 83.

Si del hecho del accidente de trabajo acaecido por culpa del patrono surgen obligaciones de éste con los Seguros Sociales, ello no sería materia del proceso seguido por la víctima o sus causahabientes contra el patrono.

Las razones anteriores fueron ampliamente expuestas por la Sala de Casación Laboral, Sección Primera, en sentencia de mayo veinticuatro de mil novecientos setenta y ocho, Zoila Rosa Vergara R. y otros contra

Gaseosas Posada Tobón S. A., cuyos pasajes principales dicen:

“Los textos transcritos son claros y de ellos se deduce que las indemnizaciones legales a que haya lugar —provengan del patrono o del ICSS deben descontarse de la indemnización plena de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con las normas que establecen la sustitución por el ICSS de las obligaciones patronales establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo. Es lógico el sistema establecido en la norma últimamente transcrita, que repite y aclara lo dispuesto por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo antes de que el Seguro Social asumiera los llamados riesgos profesionales. Asumidos tales riesgos, el ICSS se reserva el derecho de demandar al responsable del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, que él parcialmente indemniza, cuando el siniestro ocurre por dolo o negligencia grave del patrono o sus representantes, o cuando el responsable es un tercero. Esto es justo y lógico frente al patrono, así esté inscrito en el ICSS, pues es sabido que el dolo y la culpa grave no son asegurables (Código de Comercio artículo 1055). Menos podría responder el Seguro Social por los daños causados al trabajador por un tercero, dolosos o simplemente culposos, ya que de todos modos el tercero —por definición— no está amparado por el ICSS. Pero también es justo, lógico y necesario que opere el seguro en forma efectiva y eficaz cuando el patrono está obligatoriamente asegurado contra el riesgo de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, cuando ha pagado cumplidamente las primas, aportes o cotizaciones correspondientes, cuando tiene un interés asegurable, cuando su responsabilidad es también objeto lícito del aseguro porque no se deriva de dolo o culpa grave, cuando ha cumplido con todos los demás requisitos y condiciones del seguro social obligatorio contra riesgos profesionales, y cuando —en fin— el siniestro específicamente amparado se presenta u ocurre. El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo correctamente interpretado, es aplicable al caso, pues aunque es cierto que ya hoy no es el patrono quien paga directamente las pres-

taciones legales-laborales por accidente de trabajo, es evidente que por él debe pagarles el ICSS, en virtud de subrogación legal y con base en el seguro obligatorio que proteje tanto al trabajador como a la empresa. El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo resulta así de inexorable cumplimiento, antes y después de la asunción de estos riesgos por el ICSS, ya que la indemnización de perjuicios que la norma contempla es una indemnización *total*, que no admite en justicia otras indemnizaciones adicionales por la misma causa”.

“.....

“En cuanto a la razón para que la empresa “pueda descontar unos dineros que no ha tenido que pagar” resulta clara si se parte de bases ciertas y objetivas: porque paga cotizaciones para que el ICSS lo subrole en sus obligaciones y cubra el siniestro, en cuanto sea asegurable. Debe tenerse en cuenta que según la organización del ICSS, las cotizaciones exclusivamente patronales para estos riesgos “se determinan con estricta sujeción al principio de equilibrio financiero y según los métodos de la técnica actuarial, de modo que cubran las prestaciones en especie y en dinero, inclusive los capitales constitutivos de las pensiones otorgadas, más los recargos indispensables para mantener las necesarias reservas de contingencias y para cubrir los gastos que demande la administración de este Seguro”. (Decreto 3170 de 1964, artículo 60). Además, para efectos de la cotización patronal, cada patrono o empresa se clasifica en una de las cinco clases de Riesgo establecidas en atención al grado de peligrosidad que represente. Dentro de la Clase que le corresponde por la índole de su actividad, cada empresa o patrono puede ser colocado en un Grado de Riesgo —inferior, medio o máximo—,” “teniendo en cuenta los índices de frecuencia y severidad de los riesgos producidos, y las condiciones de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, o sea que se considera “el grado de peligrosidad relativa de una empresa” para aumentar o disminuir la cotización patronal, dentro de la Clase de riesgo que le corresponda. De donde resulta que este seguro social funciona como un seguro comercial, para

efecto de las cotizaciones que debe cubrir el patrono (*ibidem*, artículos 50 a 53). También discrepa la Sala del 'fondo de equidad y el estudio social' que se predica de la tesis contraria. El Seguro Social es un sistema técnico de protección mas equitativo y benéfico para los trabajadores que el sistema de prestaciones directas a cargo del patrono, que consagra el Código Sustantivo del Trabajo. Baste comparar, por ejemplo las prestaciones del artículo 204 del Código con las que ofrece el Decreto 3170 de 1964. El Seguro Social es la forma moderna y técnica de proteger eficazmente a un gran número de trabajadores que no podrían aspirar a la misma protección de parte de sus patronos, directamente, por muchas razones, entre ellas la de capacidad económica. En consecuencia, el sentido social y la equidad —científicamente apreciados— señalan la necesidad de que se cumplan a cabalidad las disposiciones legales sobre el seguro social, única forma de que este sis-

tema socialmente irremplazable hoy en día, puede llegar a ser tan amplio y eficaz como el país lo requiere. Observa la Sala, en el análisis de estas normas que la consideración hipotética de posibles resultados injustos, no debería aducirse como un escollo insuperable para la aplicación llana y simple del artículo 216. Este obstáculo aparente no es razón para dejar de aplicar la ley, cuyo texto es claro conforme queda visto. Debería sin embargo ser objeto de interpretación, de acuerdo con los principios generales del derecho, tanto sustancial como procesal, cuando en realidad diera lugar a eventuales situaciones inequitativas e injustas que pudieran implicar abuso del derecho. Este riesgo se corre prácticamente con todas las normas legales pero encuentran correctivo eficaz dentro de la teleología jurídica".

La sentencia de la cual me aparto rectifica, a mi juicio, la jurisprudencia contenida en los pasajes transcritos.

Fecha: *ut supra*.

José Eduardo Gnecco C.

VALOR PROBATORIO DE LA CLAUSULA DEL CONTRATO DE TRABAJO RELATIVA AL PAGO DE LOS DOMINICALES Y FESTIVOS

El artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo establece la manera como se remunera el descanso dominical cuando el salario es variable

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Doctor Fernando Uribe Restrepo).

Radicación N° 6582

Acta N° 27

Marco Fidel Moreno Orjuela, mayor de edad y de esta vecindad, demandó, por intermedio de apoderado, a la empresa denominada *Ediciones Culturales Ltda.*, para que, a través de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, fuese condenada a pagarle descansos remunerados en días domingos y festivos, "reliquidación de todas las prestaciones sociales", comisiones retenidas y pedidos anulados, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización compensatoria y las costas del juicio.

Como fundamento de las anteriores pretensiones propuso los siguientes hechos:

"1º Mi poderdante ingresó al servicio de la demandada el dia 18 de agosto de 1971 y permaneció en el cargo hasta el 5 de febrero de 1973".

"2º El sueldo promedio era de \$ 3.925.00".

"3º El sueldo de mi poderdante era variable".

"4º Mi poderdante no ha recibido el valor de \$ 4.770.50, como tampoco el de \$ 4.236.00 correspondientes a pedidos anulados y a comisiones retenidas, respectivamente".

"5º Se le deben las vacaciones".

"6º Mi poderdante fue despedido injustamente.

La empresa demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial; admitió como ciertos los hechos primero y tercero y negó los restantes, y, en la primera audiencia de trámite, propuso las excepciones de pago y compensación.

El *Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá*, en sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y ocho, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de \$ 2.116.59 por concepto de indemnización por despido, la absolvio de los restantes cargos y declaró no probadas las excepciones. Las costas las dedujo a cargo de la empresa. Contra la anterior providencia interpuso el recurso de apelación el apoderado del demandante.

El *Tribunal Superior de Bogotá*, en sentencia de veinte de octubre de mil novecientos setenta y ocho, modificó la del *a quo* en el sentido de aumentar la condena por indemnización por despido a la suma de \$. 4.980.38 y condenó a la empresa a pagar \$ 9.525.36 de indemnización moratoria. En lo demás confirmó el proveido apelado y no impuso costas por razón de la segunda instancia.

El apoderado de *Marco Fidel Moreno Orjuela* interpuso recurso de casación contra la decisión anterior. Dicho recurso fue concedido por el Tribunal y lo tiene admitido esta Corporación, que procede a resolverlo mediante el examen de la demanda y del escrito del opositor.

El recurso

El alcance de la impugnación se propone de este modo:

"Pretendo la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto por su numeral 1º modificó el literal a) del numeral primero y el segundo del fallo del Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá y por medio del segundo confirmó los numerales tercero y cuarto del proveido de primera instancia, para que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sede de instancia, MÓDIFIQUE el fallo de primera instancia en cuanto al literal a) del numeral 1º en el sentido de condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido, teniendo en cuenta el salario de \$ 5.394.00. —el verdadero salario— y las prescripciones del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; REVOQUE los numerales segundo y tercero y cuarto, y condene a la indemnización moratoria indefinida, al pago de las comisiones retenidas y devoluciones; al pago de la compensación de las vacaciones y a la reliquidación de las prestaciones; así mismo a las costas. Tal es el alcance de la impugnación".

Para el fin indicado, el recurrente propone tres cargos, con fundamento en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1954.

Primer cargo

Se enuncia y desarrolla así:

"Acuso la sentencia de ser violatoria, por la vía indirecta, por aplicación indebida del artículo 172, 173, 174, 176, 177 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 22, 23, 39, 43, 47, 56, 127, 132, 133, 134, 141, 142, 149, 151, 186, 189, 249, 306, del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 7º, 8º y 17 del Decreto 2351 de 1965".

"A tal infracción llegó el Tribunal, como consecuencia de evidentes errores de hecho, consistentes en la equivocada apreciación de unas pruebas".

Pruebas indebidamente apreciadas

"A) Contrato de trabajo (folios 28)".

"B) Interrogatorio de parte (folios 32, 34, 35)".

Demostración del cargo

"En efecto el Tribunal absolvio a la demandada por concepto de remuneración de los domingos y días festivos, por cuanto consideró:

"1º. Que la cláusula segunda del contrato de trabajo implicaba el pago de los descansos remunerados de los domingos y días festivos, ya que en él se indicaba claramente que parte del salario se imputaba al pago del trabajo y cuál al descanso".

"Es cierto que en el contrato existe dicha cláusula, pero de su existencia no puede darse como probado el pago de los descansos. Son dos cosas absolutamente distintas; existencia de una obligación, su forma de satisfacerla y la satisfacción misma, vale decir su solución".

"Un simple examen de la prueba singularizada demuestra claramente la equivocación del Tribunal, equivocación que lo llevó a despachar la súplica en la forma en que lo hizo en la sentencia que se impugna, otra hubiera sido la conclusión del *ad quem* de haber examinado con cuidado la documental que se reseña".

"2º. Que el apoderado del actor en forma espontánea y clara, al formular la primera pregunta del interrogatorio de parte, aceptó o confesó que la demandada había pagado los descansos remunerados de los domingos y días festivos".

"No puede ser más notorio el error, al considerar que en la formulación de una pregunta hay una confesión. Este medio probatorio exige capacidad en quien lo hace. Y tal capacidad no se presume en el apoderado sino para el escrito de demanda y la contestación de la misma. Para los demás casos se exige poder expreso".

"De otra parte la confesión debe ser expresa y terminante de tal manera que la parte que formula una pregunta en busca

de obtener una prueba, no está ejerciendo una acción declarativa que es de la esencia de la confesión sino investigativa".

"No cabe duda que si el Tribunal hubiera examinado bien la prueba singularizada, no habría sacado la conclusión a que llegó y exonerando del pago de los descansos remunerados a la demandada, como lo hizo".

El opositor sostiene la validez de la cláusula del contrato relativa al pago de las comisiones y los descansos en días dominicales y festivos, con la alegación de que "ninguna ley ha fijado hasta ahora el valor mínimo de la comisión que deba reconocerse al agente vendedor por cada venta, en números absolutos o en porcentaje, ni ha sido derogado el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo que garantiza la libre estipulación del salario, en sus diversas modalidades (sueldo, jornal, por obra o a destajo, por tarea, por comisiones de venta, etc), con la única restricción de que su estipulación respete 'el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales', la citada cláusula contractual es absolutamente válida".

Se considera

La sentencia impugnada resolvió la petición relacionada con descansos en días domingos y festivos, mediante el siguiente razonamiento:

"Se reclama el valor del descanso en días domingos y festivos, alegado por el actor que su salario fue variable. Ocurre, sin embargo, que según la cláusula segunda del contrato que suscribieron las partes se convino como remuneración por sus servicios, un salario de \$ 858.00 "por cada venta que haga EL PATRONO por intermedio del EL TRABAJADOR, que se descomponía, así: \$ 714.00 "como comisión" y \$ 144.00 como "equivalente a la remuneración legal del descanso en dominicales y días festivos" (folio 28)".

"Resulta, entonces, que en la remuneración por cada venta se incluía la comisión y el valor de los descansos, en proporción que el valor de éstos casi alcanza la quinta parte del valor de aquélla, lo cual arrojaria aritméticamente un reconocimiento por descansos superior al legal".

"Pero, ante todo debe anotarse que el mismo apoderado del demandante, confiesa espontáneamente al formular el interrogatorio de parte el representante legal de la empresa, que ésta pago al señor MARCO FIDEL MORENO el valor de los descansos remunerados en los domingos y días festivos, folios 32, 34 y 35".

"PRIMERA PREGUNTA: Diga el absoluvente bajo la gravedad del juramento y a sabiendas que si no dice la verdad incurre en delito de perjurio, como es cierto, si o no, que la empresa que ud. representa pagó al señor Marco Moreno el valor de los descansos remunerados de los domingos y días festivos?".

"CONTESTO: Si es cierto. Leída la aprobó.....".

"En estas circunstancias, debe concluirse que si la Empresa pagó al trabajador toda la remuneración pactada, como también lo dice el Perito (folio 92), y, en esa remuneración se incluía el valor de los descansos, el valor de estos le fue cancelado. Deberá confirmarse la absolución del Juez por este concepto y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

A pesar de que la sentencia no es suficientemente clara cuando se ocupa de estimar el valor probatorio de la cláusula del contrato relativa al pago de los dominicales y festivos, es evidente que no se refirió a ella para tener como demostrado el pago de dichos descansos, sino para indicar que las partes convinieron incluir en la retribución el pago de la comisión y el de los descansos. El contrato de trabajo, por lo mismo, no fue apreciado erróneamente.

Procede, en primer lugar, examinar si en realidad se produjo una confesión judicial del apoderado del demandante al formular la primera pregunta del interrogatorio de parte (folios 32, 34 y 35). La pregunta está formulada de manera equívoca y por su forma puede considerársela asertiva, como lo hizo el Tribunal, aunque en el folio resulta claro que no lo es. En efecto, es bien sabido que esta pieza procesal debe ser considerada e interpretada en su conjunto, y basta leer la formulación de las preguntas 2^a y 4^a para concluir que si algo afirmó el apoderado del actor fue que a su poderdante se le debía la suma de

§ 10.222.89 por concepto de descansos remunerados en domingos y festivos, de conformidad además con la primera condena que se solicita en el libelo inicial. Siendo esto así, y puesto que no hubo confesión no es del caso examinar si el apoderado del demandante tenía capacidad para hacerla puesto que con el examen de la presunta confesión, forzoso es descartarla y concluir que el Tribunal se equivocó al encontrarla en donde no existía.

Sin embargo, el haber apreciado erróneamente el interrogatorio no es suficiente para obtener la anulación de la sentencia, pues ésta se sustenta también en el dictamen pericial, que, aún cuando invocado por el Tribunal en último término y como elemento de juicio complementario del interrogatorio, sirvió igualmente para establecer el pago de los descansos reclamados, no obstante lo cual no fue tenido en cuenta por el censor. La acusación, por esa razón, es incompleta e ineficaz, pues si la sentencia se basa al definir un hecho en varias pruebas, es necesario que el recurrente las considere todas para que la acusación resulte debidamente fundada.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

“Acuso la sentencia de ser violatoria, por la vía directa, por aplicación indebida del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 22, 23, 39, 43, 47, 55, 65, 127, 132, 133, 134, 141, 142, 149, 150, 151, 186, 172, 173, 174, 177, 189, 249, 306 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 7º 8º, 17 del Decreto 2351 de 1965”.

Demostración del cargo

*“La censura no se refiere a hechos, sino a juicios del *ad quem* sobre la validez jurídica de unas pruebas”.*

“El sentenciador de segunda instancia no interpretó el artículo 176; no se reveló contra ella, pero sí la ignoró”.

“La ignorancia de la norma lo llevó a reconocerle validez jurídica a la cláusula segunda del contrato de trabajo.

“En efecto, el Tribunal:

“a) Admite la solución o pago de una obligación, antes de que ésta surja a la vida jurídica”.

“No quiere decir otra cosa el Tribunal, cuando admite el pago de los descansos remunerados de los domingos y días festivos, por el solo hecho de que se hubiera pactado en el contrato de trabajo”.

“El artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la forma de remunerar los descansos obligatorios de los domingos y días festivos”.

“La obligación de dar un descanso remunerado al trabajador implica que éste deba laborar. Pero si la remuneración del descanso depende de lo que perciba durante su trabajo y este está sujeto a su esfuerzo y rendimiento —no puede pagarse de antemano un descanso— cuya causa es el producto del trabajo porque todavía no ha surgido la obligación”.

“Así las cosas, si no se sabe cuánto es el monto de la remuneración del trabajo, cómo puede determinarse la remuneración del descanso??”.

“b) Admite que con el trabajo o mejor con el fruto de éste se remunera el descanso”.

“A esta consecuencia lleva la aceptación de la validez de la cláusula contractual censurada”.

“En efecto, sí, en la comisión que recibe el trabajador por sus labores, va implícito el pago de los descansos es una burla a la ley que lo establece”.

“c) Son innumerables las sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en relación con el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo”.

El opositor, en relación con este segundo cargo, se remite al argumento expuesto para el primero.

Se considera

La infracción directa de la ley ocurre cuando el fallador la ignora o se revela contra ella y como consecuencia de ello deja de aplicarla en un caso concreto. Por el contrario, la aplicación indebida, como lo indica la expresión, se presenta cuando el sentenciador aplica el texto legal a un

hecho probado pero no regulado por él, o cuando aplica dicho texto a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley.

En este segundo cargo el recurrente incurre en el equivoco de afirmar que la aplicación indebida del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo se debió a que el Tribunal ignoró ese precepto, pero en lugar de acusarlo en la modalidad dicha, lo hace por infracción directa.

Si se acepta infracción directa, se tiene: el artículo 176 citado establece la manera como se remunera el descanso dominical cuando el salario es variable, y para ese efecto dispone que el salario computable es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados. Pues bien, según el aparte de la sentencia transrito en el cargo primero, el Tribunal no ignoró dicho precepto ni se rebeló contra él en forma de llegar a su infracción directa, sino que lo aplicó, como resulta del hecho de haber aceptado la validez de la cláusula del contrato relacionada con el pago de la comisión y de los descansos en domingos y festivos.

Desde este aspecto, entonces, el cargo aparece indebidamente fundado, porque a través de su desarrollo se afirma que el Tribunal ignoró el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, y como consecuencia de esta transgresión le reconoció validez jurídica a la cláusula segunda del contrato, y está visto que el sentenciador no lo ignoró.

Mas si se admitiera, por amplitud, que el cargo está debidamente propuesto, como aplicación indebida, habría también que rechazarlo.

En efecto, la estipulación convencional en cuestión no significa, como lo sostiene el censor, que se esté pagando por anticipado el descanso, o que se esté reconociendo antes de que exista la obligación, ya que el pacto rige los efectos futuros del contrato, esto es, que en la medida en que se desarrolle la relación laboral y el trabajador obtenga el resultado que genera el derecho a la comisión, se remunera igualmente el des-

canso correspondiente a los domingos y festivos.

El contrato tampoco resulta afectado de ilicitud en cuanto establece que una parte de la remuneración se destine a retribuir el trabajo ordinario y otra los descansos, según se desprende de la jurisprudencia sentada por la Corte en sentencia de 26 de enero de 1972, se dijo entonces:

“.....La Sala no encuentra fundamento jurídico ni de hecho para declarar la ilegalidad o ilicitud de este pacto, por la razón siguiente: no pugna con ningún precepto sustantivo laboral el que las partes fijen como remuneración del trabajo un porcentaje de las comisiones y bonificaciones retributivas del mismo, siempre que no resulten inferiores al mínimo legal. Por ésto, cuando la cláusula del contrato (determina que el 17.5% de las comisiones y bonificaciones recibidas por el trabajador le será pagado “como remuneración de descansos dominicales y de días festivos”), no hace otra cosa que ceñirse a la autorización contenida en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo..... Ninguna norma obliga a que sea el 100% del porcentaje sobre el valor de lo vendido lo que remunere el trabajo del agente vendedor, por lo cual es lícito el contrato que se analiza cuando estipula un tanto por ciento de un porcentaje sobre las ventas, como “el salario variable del trabajador” (Celio González Santamaría contra Singer Sewing Machine Company S. A., Magistrado ponente doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Es evidente que se impone la misma solución legal y judicial cuando en lugar de un porcentaje, se discriminan sumas fijas que guarden entre sí la proporción que existe, en general, entre la remuneración anual y el correspondiente valor de los descansos remunerados en domingos y días festivos. Este último equivale a un coeficiente de 5.143.00, considerando 52 domingos y 18 días festivos, frente a 360 días en el año, al paso que la suma de \$ 144.00 señalada en este caso para el pago de los descansos implica un multiplicador de 5.958 para igualar la remuneración total (\$ 858.00) o sea una proporción superior a la legal y ordinaria.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia de ser violatoria de la ley sustantiva, por la vía indirecta, por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos: 22, 23, 24, 127, 132, 133, 134, 141, 142, 149, 150, 151, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 189, 249, 250, 306 *ibidem*".

"Además con los artículos 6º, 7º, 8º, 17 del Decreto 2351 de 1965".

"Esta infracción se produjo como consecuencia de un error evidente de hecho en que incurrió el Tribunal, al dar

"a) Por establecido, sin estarlo, que no había lugar a una indemnización moratoria indefinida".

"b) En no dar por establecido, estandolo, que se daban los presupuestos fácticos para la aplicación del artículo 65 en forma indefinida. A tal error llegó el fallador de segunda instancia, por la equivocada apreciación de unas pruebas y por haber dejado de apreciar otras".

Demostración del cargo

1º. Pruebas mal apreciadas

"a) El acta de consignación (folios 101 a 102).

"En efecto en este documento está claramente expresada la voluntad de la demandada, al consignar el valor de las comisiones devengadas. Luego contraría el texto mismo de la documental singularizada lo dicho por el Tribunal, en el sentido de esa suma correspondía a compensación de vacaciones".

"Luego si la demandada quedó debiendo el valor de las vacaciones, es imperioso concluir que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 65".

"b) El interrogatorio de parte (folios 32, 34, 35)".

"El Tribunal que la formulación de la primera pregunta implicaba una aceptación del pago de los descansos remunerados los domingos y días festivos. (sic). Sin embargo, es evidente que la formulación de tal pregunta no tiene un carácter de ma-

nifestación expresa, sino que es de investigación. No puede decirse que por ser confesión exonerara a la demandada del pago de los descansos remunerados de los domingos y días festivos".

"2º. Pruebas dejadas de apreciar

"a) Documental de folio (23) reconocida a (folios 41)".

"Según esta prueba la demandada dedujo del valor de la cesantía del trabajador la cantidad de \$ 1.000,00".

"No se le pagó, pues, la totalidad de la cesantía al trabajador, luego se imponía la condena indefinida por mora".

"b) El escrito de la demanda (folio 2)".

"En efecto, en la demanda se pide la reliquidación de las prestaciones sociales. Esta afirmación implicaba el que la demandada no había satisfecho íntegramente las prestaciones del actor".

"Un examen detenido de las pruebas señaladas anteriormente habría llevado al Tribunal a una solución distinta de la adoptada en el fallo que se ataca".

"La demandada no tenía autorización para descontarle al actor valor alguno de su cesantía".

"Y la autorización debía ser expresa y anterior a la terminación del contrato".

"Esta demostrada, pues, la equivocación del Tribunal al dar como demostrados los presupuestos fácticos para limitarla". (sic) Sobre esta acusación el opositor anota: "El tercer cargo sobre supuesta deuda por vacaciones, quedó rebatido de antemano en las sentencias de ambas instancias, que el pretendido ataque no alcanza a vulnerar".

Se considera

El Tribunal estimó, con base en el documento de folios 25, que al trabajador se le había reconocido las vacaciones correspondientes al primer año de servicios que transcurrió entre el 18 de agosto de 1971 y el 18 del mismo mes de 1972. El recurrente no ataca esta prueba.

En cuanto al pago de las restantes vacaciones proporcionales, por el tiempo servido con posterioridad al 18 de agosto de 1972, observa la Sala que aún en el supues-

to de que tuviera razón el ataque, no podría prosperar. En efecto, tales vacaciones proporcionales no se causaron ya que el lapso comprendido entre el 28 de agosto de 1972 —fecha hasta la cual se canceló la prestación— y el 5 de febrero de 1973, cuando terminó la relación laboral, no excede de seis (6) meses, que es el límite mínimo que es el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo para que surja ése derecho.

Asimismo, y aunque acierta el recurrente al considerar que el interrogatorio de parte fue apreciado erróneamente ya que no implica confesión, conforme se indicó en el análisis del primer cargo, es lo cierto que el Tribunal apoyó también su resolución de no condenar el pago de los descansos en días domingos y festivos en el dictamen pericial, respecto del cual nada dice el impugnador, y que, por lo mismo, es suficiente para mantener ese aspecto de la sentencia.

En cuanto a la cesantía, el recurrente afirma, que según el documento de folio 21 se le descontó al trabajador la suma de \$ 1.000.00; pero este hecho no fue alegado en el curso del proceso, y tampoco lo consideraron los falladores de instancia, por lo cual tiene el carácter de medio nuevo, inadmisible por consiguiente en este recurso extraordinario.

Por último, el censor afirma que la petición de la demanda sobre reliquidación de prestaciones sociales implica "que la demandada no había satisfecho integramen-

te las prestaciones"; pero esa afirmación general, pura y simple, ni es suficiente para infirmar la conclusión del Tribunal de que la dicha reliquidación dependía del mayor valor que pudiera tener el salario por no haberse pagado los descansos en días domingos y festivos, ni permite a la Sala conocer en qué consistió efectivamente la parte no satisfecha de las prestaciones sociales.

En consecuencia, 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 impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinte de octubre de mil novecientos setenta y ocho, en el juicio ordinario laboral seguido por Marco Fidel Moreno Orjuela contra Ediciones Culturales Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Fernando Uribe Restrepo, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO NO SE DEMOSTRO SU EXISTENCIA

La anotación que consta en la historia clínica de la trabajadora, ella sola no es demostrativa de la existencia de un accidente de trabajo, pues de la misma no surge que el esfuerzo para levantar un objeto pesado que le indujo la lesión lo hubiese realizado la trabajadora por causa o con ocasión del trabajo que realizaba al servicio de la empresa. Tampoco lo demuestra el dictamen del Médico del Trabajo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. Sección Segunda. Bogotá, D. E., agosto veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta N° 35

Maria Cecilia Villamil, mayor, vecina de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la *Empresa de Licores de Cundinamarca*, para que se le condene a pagarle la indemnización por terminación unilateral, ilegal y sin justa causa del contrato de trabajo; la prima de antigüedad convencional (quinquenio); la indemnización derivada de accidente de trabajo; la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a la terminación del contrato de trabajo, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda María Cecilia Villamil prestó sus servicios a la Empresa de Licores de Cundinamarca en el cargo de operaria de Envasadero, desde el 26 de octubre de 1964 hasta el 25 de septiembre de 1973, devengando un último salario diario de \$ 86,26; la demandada dio por

terminado unilateralmente y sin justa causa, el contrato de trabajo mediante Resolución N° 00626 de septiembre 25 de 1973, y le adeuda a la demandante la indemnización por la terminación ilegal y sin justa causa del contrato de trabajo; la prima de antigüedad convencional (quinquenio); la indemnización derivada del accidente de trabajo ocurrida durante la prestación del servicio, pues solo recibió la atención médica, farmacéutica, etc., y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Al contestar la demanda el apoderado de la Empresa de Licores de Cundinamarca aceptó únicamente como ciertos la fecha de 3 ingreso y salida y el último salario devengado negando los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demandante y propuso las excepciones de prescripción, carencia de acción e inexistencia de las obligaciones que se piden, pues fueron debidamente reconocidas por la empresa.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado del conocimiento*, que lo fue el *Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá*, dictó sentencia el seis de junio de mil novecientos setenta y siete, por medio de la cual absolió a la Empresa de Licores de

Cundinamarca de todos los cargos de la demanda presentada por María Cecilia Villamil, a quien condenó a pagar la totalidad de las costas.

Apeló el apoderado de la parte demandante. *El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral*, en fallo de diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, en cuya parte resolutiva dispuso: 1º. REVOCASE la Sentencia de fecha 6 de junio de 1977, procedente del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en su numeral P R I M E R O, y en su lugar se dispone: CONDENASE a la EMPRESA DE LÍCORES DE CUNDINAMARCA, legalmente representada por el señor Víctor Vega López, o por quién haga sus veces, a pagar a la señorita María Cecilia Villamil, de las condiciones civiles anotadas en el proceso, tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de \$ 2.587.80, moneda corriente, por concepto de LUCRO CESANTE. 2º CONFIRMASE en todo lo demás el fallo recurrido. 3º COSTAS de la alzada a cargo del apelante. TASENSE.

Recurrió en casación el apoderado de María Cecilia Villamil. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. No se presentó escrito de réplica por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula el casacionista así: "Con la presente demanda de casación se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia impugnada en sus numerales segundo y tercero o sea en cuanto confirmó en todo los demás el fallo absolutorio de primer grado y condenó en las costas de la alzada a la demandante apelante y, una vez, constituida la Corte en sede de instancia, revoque la sentencia absolutoria de primera instancia dictada por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá y condené a la Empresa demandada a pagar a la actora, la indemnización derivada del accidente de trabajo, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los sala-

rios, prestaciones sociales e indemnizaciones a la terminación del contrato de trabajo y a las costas de la primera instancia y provea sobre las de segunda instancia".

Con base en la causal primera de casación el impugnador formula un solo cargo así:

Cargo único

La sentencia impugnada viola indirectamente por aplicación indebida, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en relación con los artículos 1º y 3º del Decreto 1848 de 1969; el artículo 1º de la Ley 6ª, de 1945, en relación con el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945; los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, los artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 en relación con el artículo 4º de la Ley 64 de 1946; los artículos 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado éste último por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949. La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo en forma indirecta, por haberlas aplicado indebidamente el sentenciador de instancia, pues con fundamento en ellas absolvio a la Empresa demandada de las súplicas por indemnización derivada del accidente de trabajo y por indemnización moratoria, siendo que su correcta aplicación ha debido conducirla a imponer las condenas por tales conceptos. En la violación indirecta incurrió el sentenciador por evidentes errores de hecho, que aparecen de manifiesto en los autos, en la siguiente forma: 1º. No dar por demostrado estando, que la demandante estando al servicio de la Empresa demandada, sufrió un accidente de trabajo que le originó una disminución de su capacidad laboral en un porcentaje equivalente al 20%. 2º. No dar por demostrado, estando, que la demandante fue atendida por el Servicio Médico del Fondo Prestacional de Cundinamarca, donde se le trató por dolores lumbares, originados en el esfuerzo obtenido por levantar objeto pesado. 3º. No dar por demostrado, estando, que la disminución de la capacidad laboral se debió por causa o con ocasión del trabajo desarrollado por la actora al servicio de la demandada. 4º. Dar por demostrado, sin es-

tarlo, que la Empresa demandada a la terminación del contrato de trabajo, canceló la totalidad de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que por mandato legal estaba obligada. 5º. Dar por demostrado, sin estarlo, que la Empresa demandada obró de buena fe al terminar el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, cuando faltaba solo un mes para que se cumpliera 10 años de servicios por parte de la demandante. Los anteriores errores de hecho se produjeron por la apreciación errónea de algunas pruebas y la falta de apreciación de otra, según la siguiente relación: *Pruebas apreciadas erróneamente.* 1º. Comunicaciones de 20 de junio de 1973 (folio 31), abril 12 de 1975 (folio 32) y de septiembre 20 de 1973 (folio 33). 2º) Diligencia de descargos de la Actora (folios 36 y 37). 3º) Liquidación de prestaciones sociales (folios 38 y 39). 4º. Resolución N° 00626 de septiembre 25 de 1973, de cancelación del contrato de trabajo (folios 40 y 41). 5º. Dictámen pericial de agosto 16 de 1976 (folio 103). 6º). Testimonios de Rafael Gustavo Moya Pinilla (folios 91 a 95) y Aurora Ruiz de Barbosa (folios 99 a 101). *Prueba no apreciada.* Historia Clínica de la Actora (folios 143 a 144).

Demostración del cargo

No se discutió en ningún momento por la Empresa demandada que la actora le prestó sus servicios, en el cargo de Operaria del Envasadero, desde el 26 de octubre de 1964, hasta el 25 de septiembre de 1973, recibiendo un último salario diario de \$ 86.26 m/cte. Tampoco se discutió por la entidad demandada que entre las partes, existió un contrato de trabajo que fue terminado unilateralmente por ella, en la fecha última atrás mencionada. Por otra parte, en un hecho incuestionable y así lo entendió el Tribunal, que la Empresa de Licores de Cundinamarca, es una Empresa Comercial e Industrial a nivel Departamental y por tanto, las personas que prestan sus servicios a dicha entidad, son trabajadores oficiales dentro de la clasificación contemplada en los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968, en armonía con el artículo 3º, in-

ciso b), del Decreto 1848 de 1969, sin que la demandada hubiera acreditado que la actora tenía la calidad de empleada de dirección o confianza, para perder el carácter de su vinculación contractual laboral. Partiendo de esa situación cierta y verdadera el sentenciador de segunda instancia, una vez que examinó el acervo probatorio presentado por las partes y en especial, el de la demandada, llegó a la conclusión de que el despido fue ilegal y sin justa causa y condenó a la Empresa de Licores de Cundinamarca al pago del lucro cesante, correspondiente al tiempo faltante para vencerse el último plazo presuntivo del contrato (26 de octubre de 1973), a razón de un jornal diario de \$ 85.26, por valor de \$ 2.587.80 mcte. Este aspecto se encuentra en firme, ya que la Empresa demandada no interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, ni en esta demanda es materia de impugnación. En cambio, el *ad quem* entendió que la demandante María Cecilia Villamil no había demostrado que hubiera sufrido un accidente de trabajo y que éste se hubiera presentado por causa o con ocasión del trabajo. Pero esta decisión es errónea y contraria a la evidencia procesal. En efecto, el Tribunal no tuvo en cuenta la Historia Clínica N° 20765 (folios 143 a 144), correspondiente a la demandante María Cecilia Villamil, donde aparece que el Médico Traumatólogo, en su informe determina los dolores acaecidos por la paciente, que se le presentaron por el esfuerzo para levantar un objeto pesado. Igualmente apreció erróneamente el dictamen de Medicina Legal (folio 103), prueba no calificada; porque de lo contrario, ha debido condenar a la Empresa al pago de una indemnización equivalente a 5 meses de salario. Al apreciarse debidamente, las anteriores probanzas, se puede llegar a la conclusión que la demandante por razón de sus funciones sufrió de imprevisto fuertes dolores al mover un objeto pesado, o sea por razón de su trabajo, configurándose el accidente de trabajo y en consecuencia, con derecho legítimo a que la Empresa demandada pague la indemnización correspondiente a 5 meses de salario y en este aspecto, se acceda a lo pedido en el alcance de la impugnación. Pero donde es más mani-

fiesta la equivocación del sentenciador, es al estimar que la Entidad demandada con "buenos razonamientos", trató de demostrar que la trabajadora había sido despedida con justa causa y que por lo tanto, no era del caso condenar a la indemnización consagrada en el artículo 797 de 1049 (sic), por el no pago del lucro cesante, ya que a la terminación del contrato, se le cancelaron las prestaciones debidas. En primer lugar, debe anotarse que el Tribunal cometió su primer "*lapsus calami*" al citar como la norma aplicable al punto controvertido, una disposición inexistente; sin lugar a dudas, debía referirse al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que modificó al artículo 12 del Decreto 2127 de 1945. Y si este aspecto, puede tenerse como intrascendente en el quebrantamiento del fallo; por el contrario, la H. Sala al evidenciar los manifiestos errores de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar indebidamente las comunicaciones de junio 20 de 1973 (folio 31), abril 12 de 1975 (folio 32) y septiembre 20 de 1973 (folio 33), la diligencia de descargos de la actora María Cecilia Villamil (folios 36 a 37), la liquidación de prestaciones sociales (folios 38 a 39), la Resolución Nº 00626 de septiembre 25 de 1973 (folios 40 a 41), como pruebas calificadas y los testimonios de Rafael Gustavo Pinilla (folios 91 a 95) y Aurora Ruiz de Barbosa (folios 99 a 101), como pruebas no calificadas, se dará cuenta de que si el sentenciador no hubiera apreciado indebidamente tales pruebas, la decisión hubiera sido totalmente otra. En efecto, del examen de las pruebas atrás señaladas, debe concluirse que la Empresa demandada trató de justificar la terminación del contrato de trabajo con la demandante, pero sin poder hacerlo validamente y sin que se pueda acoger la argumentación del *ad quem*, de que esa posición era suficiente para absolverla de la indemnización moratoria solicitada en el libelo respectivo. Del estudio de las probanzas mal apreciadas por el Tribunal, se debe llegar a otra conclusión, que la entidad demandada estaba interesada en que la trabajadora no cumpliera los 10 años de servicios, por que en ese momento nacían a su favor otros derechos más favorables, como el reintegro en caso de despido injusto.

to y la pensión proporcional de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. En el presente caso, no se busca que la H. Corte aplique en forma automática la norma legal mal citada por el Tribunal, sino que encuentre que no aparecen los "buenos razonamientos" de la Empresa demandada, para que se la hubiera absuelto de la condena por indemnización moratoria y en su lugar, acceder a lo solicitado en la parte pertinente del alcance de la impugnación. Por último, debe recordarse que la condena por dicho concepto, se presenta cuando el patrono o empleador no paga a la terminación del contrato de trabajo, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, que en ese momento se le deben al trabajador oficial o sea a la persona vinculada por un contrato de trabajo con una Entidad o Empresa oficial, y así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. Si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados y que determinaron la violación de los preceptos legales citados en la formulación del cargo, habría tenido que concluir necesariamente que la Empresa demandada debía pagarle a la demandante, el valor de la indemnización por accidente de trabajo, equivalente a 5 meses de salario y la suma de \$ 86.26 diarios a partir del 26 de septiembre de 1973 y hasta la fecha en que cancele la indemnización por lucro cesante, a título de indemnización moratoria o salarios caídos".

Se considera

En la historia Clínica de María Cecilia Villamil, que fue remitida en copia autenticada por el Médico Coordinador del Departamento al Tribunal Superior, quien oficialmente decretó la prueba, se encuentra la siguiente nota (folio 143) "Julio 25 de 1966. Doctor Serrano Z. Traumatólogo. La paciente viene a consultar por dolor lumbar que se inició ocho días después de un esfuerzo para levantar un objeto pesado, el dolor se presenta más que todo con los ejercicios y calma con el reposo". Esta sola anotación no es demostrativa de la existencia de un accidente de trabajo, pues de la misma no surge que el esfuerzo para "e-

vantar un objeto pesado que le produjo la lesión lo hubiese realizado la trabajadora por causa o con ocasión del trabajo que realizaba al servicio de la empresa Licorería de Cundinamarca.

En el dictámen del Médico del Trabajo que fue remitido en agosto 16 de 1977 al Juez 4º Laboral del Circuito, se lee lo siguiente: (folio 103) "Me refiero a su oficio Nº 884 de fecha 22 de junio del presente año, para comunicarle que ha sido examinada en este Despacho la señora María Cecilia Villamil, quien presenta fractura mal consolidada de la Clavícula derecha. Con repercusión leve sobre la fisiología de la articulación, esto disminuye la capacidad laboral en un veinte por ciento (20%) equivalente para efectos de indemnización a cinco (5) meses de salario, según el numeral 24 del artículo 209 del Código Sustantivo del Trabajo". Tampoco acredita esta prueba que la lesión a que se hace referencia en el oficio hubiere tenido origen en un suceso imprevisto y repentino sobreviniente por causa o con ocasión del trabajo.

El análisis anterior lleva a concluir que no incurrió el Tribunal Superior en notorio error de hecho al no haber dado por demostrado que María Cecilia Villamil sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba sus servicios a la Empresa Licorería de Cundinamarca.

En relación con la indemnización moratoria dijo el Tribunal Superior: "A pesar de no haber prosperado las demás condenas, considera la Sala, que con buenos razonamientos la Entidad demandada, trató de demostrar que la trabajadora había sido despedida con justa causa y, por tanto, no es del caso condonar a la Indemnización que consagra el artículo 797 de 1049 (sic), por el nō pago del Lucro Cesante, ya que a la terminación del contrato, se le cancelaron las prestaciones debidas. Se absolverá a la demandada de esta petición y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

No dice el fallador de segunda instancia en que consistieron los "buenos razonamientos" de la entidad demandada. Es claro, entonces, que los mismos deben desprenderse de las consideraciones del Tribunal para concluir que no existió justa causa

para despedir. Dijo así: "En el proceso y como era su obligación la parte demandada presentó las conclusiones a que llegaron los Peritos del Instituto de Medicina Legal, sobre el grado de alcohol que registraba la demandante en el día en que le practicaron el examen. En la declaración del doctor Rafael Gustavo Maya (folios 44 a 45), sostiene que la trabajadora, el 20 de septiembre, se encontraba en estado de embriaguez, por lo cual solicitó la prueba de toxicología para establecer éste hecho, lo cual se realizó y produjo un alto porcentaje, el día en que se realizó dicha prueba. Sin embargo, dentro del proceso, y, por ninguno de los declarantes, se pudo establecer que precisamente en ese día, la actora, hubiera ingerido licores dentro de la empresa. En el interrogatorio de parte a que se sometió a la ex-trabajadora, confesó: "Si había ingerido licor el día anterior". María Cecilia Villamil, si había ingerido licor el día anterior, por cuanto le contó este hecho, a la declarante Aurora Ruiz de Barbosa, quién así lo manifiesta en su declaración que corre a folios 99 a 101 del expediente. Se concluye, que si bien es cierto que la trabajadora se había presentado el día de trabajo indispuesta, no es cierto de que estuviera en estado de embriaguez, y, que su indisposición, a pesar del examen médico, no era índice de haberse presentado en las condiciones que indica el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, en su inciso 2º (sic). Por todo lo anterior, se considera que la Empresa no tuvo una justa causa al hacer el despido y, por tanto, debe pagar el lucro cesante que le correspondía a los trabajadores para vencerse el plazo presuntivo de su contrato, que sería el del 26 de octubre de 1973, por un mes que con un jornal diario de \$ 86.26, dá la cantidad de \$ 2.587.80 moneda corriente".

Si el ad quem reconoció que al hacerle la prueba de Toxicología a la señorita María Cecilia Villamil se le encontró un alto porcentaje de alcohol, pero que no estaba embriagada como lo exige el inciso 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo (sic) no por ello podía tenerse como contraria a la buena fe la posición de la Empresa al despedirla, pues la trabajadora

presentaba síntomas de embriaguez, cuya graduación determinaba, a juicio del fallador, la configuración no de la justa causa del despido. En consecuencia bien podía el Tribunal estimar como aceptables las razones del patrono, aún cuando esa graduación lo llevó a calificar la terminación del contrato como injusta.

No demuestra el recurrente, por otra parte, por qué de las pruebas que considera erróneamente apreciadas se desvirtúa la conclusión fáctica del Tribunal Superior, pues la acusación apenas se limita a decir que de las mismas surge que la demandada trató de justificar la terminación del contrato de trabajo sin poder hacerlo válidamente, oponiendo su criterio al del fallador que consideró que esa posición era suficiente para absolverla de la indemnización por mora, pero sin hacer referencia a cual fue el defecto valorativo de los medios probatorios en que incurrió el ad quem.

Por las razones anteriores el cargo tampoco prospera en este aspecto de la acusación.

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 diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el proceso ordinario seguido por María Cecilia Villamil contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INEXISTENCIA DEL ERROR DE HECHO IMPUTADO POR EL CENSOR

La sentencia de segundo grado no hizo una aplicación indebida del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta N° 27

Radicación N° 6541

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de *Rito Antonio Goyeneche* contra la sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos setenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de trabajo promovido por aquél contra la *Flota Mercante Grancolombiana* para que se la condenase a pagarle la cantidad de \$ 19.307.17 “por concepto de faltante en el valor de las jubilaciones o mesadas pensionales entre el 15 de julio y el 30 de noviembre de 1975, más el valor de los intereses de dicha suma a la rata moratoria”, y “las pensiones de jubilación desde noviembre de 1975 en adelante aplicando el tipo de cambio oficial vigente en el último día de cada mes correspondiente a la mesada pensional, y así mes por mes hasta que la obligación se extinga legalmente”, y las costas del juicio.

En la demanda inicial se relataron los siguientes hechos:

“1. El señor Goyeneche trabajó para la Flota 22 años 4 meses 22 días, y cumplió 55 años de edad el 15 de julio de 1975, fecha desde la cual adquirió el derecho a la pensión plena de jubilación.

“2. El sueldo promedio mensual devengado durante el último año de servicios fue de US\$ 395.74 (dólares americanos), como aparece en la página 4 de la sentencia dictada en otro juicio laboral por el H. Tribunal Superior de Bogotá.

“3. Le corresponde por consiguiente una pensión de US\$ 296.80 (75%). Esta pensión puede ser pagada en dólares o también en pesos colombianos liquidados a la tasa del cambio oficial (certificados de cambio) del día del pago del último día de cada mensualidad por tratarse de mesadas pensionales.

“4. El tipo oficial de cambio del último día de cada mes ha sido, desde cuando causó la pensión así: julio 1975: 31.36, agosto 31.70, septiembre 32.02, octubre 32.36, noviembre 32.68 y así sucesivamente.

“5. Aplicando los tipos de cambio del hecho anterior, la Flota ha debido pagar a Goyeneche los siguientes valores por concepto de pensiones: julio 1975 (15 días) \$ 4.653.82, agosto \$ 9.408.56, septiembre \$ 9.503.53, octubre \$ 9.604.44, noviembre \$ 9.699.42 y así sucesivamente.

“6. La Flota, por el contrario, ordenó pagarle al Señor Goyeneche una pensión de \$ 5.233.22 mensuales, tomando como sueldo la cantidad de \$ 6.977.63, es decir, desconociendo el hecho de que el último sueldo promedio mensual del tripulante fue en dólares y que en la misma moneda debe tasarse la prestación social.

“7. Según la liquidación anexa a la Resolución N° 72 dictada por la Flota el 14 de noviembre de 1975, la causa principal del error proviene de que la Flota aplica un cambio fijo del dólar americano a razón de

\$ 17.649.7, pero esto es ilegal porque la ley laboral ordena aplicar el cambio oficial vigente el día del pago.

"8. Desde el día de su retiro de la Empresa, por despido sin causa justificada calificado así judicialmente y ocurrido en diciembre de 1967, el señor Goyeneche dejó de pertenecer al sindicato y por lo mismo no se puede después —en 1975— pretenderse aplicarle condiciones de trabajo de personal en servicio activo.

"9. La parte demandada debe subvenir a las costas de esta acción por haber dado lugar a ella con su actitud ilegal".

La empresa se opuso a las pretensiones del actor, negando los hechos que les sirven de fundamento. Arguyó que su pensión de jubilación no se regula por la cotización de los certificados de cambio, sino por la convención colectiva de trabajo de 15 de junio de 1966, en la cual se estipuló que la conversión a pesos colombianos se haría a razón de \$ 17.6497 por cada dólar. Propuso las excepciones de cosa juzgada, pago total, o, en subsidio, pago parcial; prescripción, compensación, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

Tramitada la *litis*, el *Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá* la desató, en sentencia de quince de mayo de mil novecientos setenta y ocho, absolviendo a la Flota Mercante Grancolombiana de todos los cargos e imponiéndole las costas al demandante.

De ese fallo apeló el apoderado del actor y el *Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial* lo confirmó en todas sus partes, con costas para el recurrente, por medio de la providencia que es objeto del recurso de casación.

La impugnación

Persigue que la Corte case totalmente la sentencia recurrida y que, en sede de instancia, revoque la del Juzgado, y, en su lugar, condene a la empresa demandada a pagar a Rito Antonio Goyeneche, de la siguiente manera:

"1º *Petición principal.* Una pensión mensual vitalicia de jubilación por valor de US \$ 296.50, o sea el 75% de los US \$ 395.34 devengados como salario mensual prome-

dio durante el último año de servicios, a partir del 15 de julio de 1975, fecha en que cumplió los 55 años de edad, o el equivalente en pesos colombianos de dicha suma liquidados al tipo oficial de cambio del dólar de los Estados Unidos del día en que se verifique el pago de cada mesada pensional. Que se declare probada la excepción de pago parcial de la obligación y se ordene compensar lo pagado por la demandada al actor a título de pensión a razón de \$ 5.233.22 mensuales a partir del 15 de julio de 1975, hasta cuando se verifique el pago de la condena anterior; con costas del proceso a cargo de la demandada, como es de rigor.

"2º Primera subsidiaria.

"En subsidio de la petición principal, que se condene al pago del reajuste por valor de \$ 19.263.86 por concepto de pensiones entre el 15 de julio y el 30 de noviembre de 1975; a la liquidación y pago de la pensión a partir del 1º de diciembre de 1975 con aplicación del tipo oficial de cambio del dólar de los Estados Unidos vigente el día de pago de cada mesada pensional, descontándose lo que durante el mismo lapso de tiempo y por el mismo concepto se haya pagado al trabajador; y, disponiéndose que hacia el futuro está obligada la FLOTA a proceder en idéntica forma; con costas a cargo de la parte demandada.

"3º Segunda subsidiaria.

"Que en subsidio de las dos peticiones anteriores se condene al pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación con aplicación del tipo oficial de cambio del dólar de los Estados Unidos vigente el 31 de julio de 1975, o sea, el de \$ 31.36 por cada dólar; a la compensación de lo recibido por el trabajador desde la misma fecha a razón de \$ 5.233.22 mensuales, y de las costas a cargo de la parte demandada, como es de ley.

"El punto 2º de las peticiones anteriores es el resultado de aplicar el tipo de cambio entre julio y noviembre de 1975, con deducción de lo recibido durante el mismo tiempo por el trabajador, así:

"296.50 x \$ 31.36 (15 días de Jul.)	\$ 4.649.12
"296.50 x \$ 31.70 (agosto)	\$ 9.399.05
"296.50 x \$ 32.02 (septiemb.)	\$ 9.493.93

"296.50 x \$ 32.36 (octubre)	\$ 9.594.74
"296.50 x \$ 32.68 (noviemb.)	\$ 9.689.62
"Valen las pensiones	\$ 42.826.46
"Menos lo recibido por el pensionado	\$ 23.562.60
Reajuste	\$ 19.263.86

En procura de tales propósitos, el recurrente formula dos cargos con apoyo en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964. Se examinan a continuación.

Primer cargo

Acusa infracción directa de los artículos 127, 135, 399 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 13 de la Ley 1^a de 1963, por aplicación indebida del artículo 467 del mismo Código, sin consideración a errores de hecho o de derecho.

En la sustentación del cargo, el recurrente sostiene que, habiéndose desvinculado Goyeneche en el año de 1967 y cumplido la edad para la pensión de jubilación en 1975, al momento de reconocérsele ésta no le era aplicable ninguna Convención Colectiva de Trabajo que se hubiese suscrito entre el sindicato y la empresa por haber perdido la calidad de socio de aquél, según mandato del artículo 399 Código Sustantivo del Trabajo. Pero que el Tribunal, al estimar que la Convención celebrada en 1966 regulaba la situación del actor y liquidarle la pensión con el tipo de cambio en ella previsto, incurrió en una aplicación indebida del precepto 467 *ibidem*, pues el caso no caía bajo el dominio de esta norma. Agrega que la pensión debió liquidarse con sujeción a los artículos 260 y 135 del Código, es decir, con base en el salario promedio devengado en el último año y a la tasa de cambio oficial vigente el día del pago, pero que estos ordenamientos, así como los otros comprendidos en la acusación, se dejarón de aplicar, infringiéndolos directamente el sentenciador, a consecuencia de la indebida aplicación que hizo del 467.

No hubo escrito de oposición.

Se considera

El artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo apenas contiene la definición de lo que debe entenderse por Convención Colectiva, y este carácter no le ha sido negado por el impugnante a la que aplicó el fallador. La Sala echa de menos, en cambio, la inclusión en la proposición jurídica de los artículos 470 y 471 que son los que regulan el campo de aplicación de las Convenciones.

Cabe observar, sin embargo, que el ad quem procedió correctamente al estimar aplicable a la situación de autos la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Flota Mercante Grancolombiana y el Sindicato de sus trabajadores en 1966, con duración de cuatro (4) años, y, por lo mismo, vigente el 7 de diciembre de 1967, fecha en la que se produjo el retiro del trabajador. No ha desconocido el recurrente que la dicha Convención estuvo incorporada al contrato de trabajo de Goyeneche por haber estado afiliado al Sindicato cuando ella regía, luego no cabe duda de que la estipulación que fijó un determinado tipo de cambio para liquidar las pensiones de jubilación de los trabajadores que devengaban sueldo en dólares americanos, en ese entonces, le era aplicable. Esa situación quedó definida y consolidada al producirse el retiro después de 20 años de servicios, sin que importe que la edad para poder comenzar a disfrutar de la pensión se haya cumplido en tiempo posterior. Cosa diferente sería que en 1975, cuando el trabajador demandante cumplió los 55 años de edad, se le hubiese aplicado una norma convencional distinta de aquella y vigente en ese momento, pero ello no aconteció.

Dedúcese, de lo expuesto, que el sentenciador de segundo grado no hizo una aplicación indebida del artículo 467 del Código. Y que tampoco incurrió en las violaciones por infracción directa que el cargo le imputa a consecuencia de aquella primera, pues si no existió la causa, tampoco el efecto pudo producirse.

No prospera la acusación.

Segundo cargo

Afirma violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 43, 127, 135,

260, 399 y 467 (cláusula 3 —aparte d— de la Convención Colectiva de Trabajo Flota Unimar de 1966, folio 295) del Código Sustantivo del Trabajo y 13 de la Ley 1^a de 1963, a consecuencia del evidente error de hecho de haber tenido como demostrado, no estandolo, que Rito Antonio Goyeneche estaba cobijado por el literal d) de la Cláusula 3 de una Convención Colectiva firmada entre la Flota y "Unimar" en 1966.

Tal error lo hace provenir el impugnador de la falta de apreciación de algunas pruebas, conforme a la siguiente sustentación del cargo:

"a) Segundo documentos de folios 5 a 8, que integran uno solo, emanados de la Flota y que por consiguiente gozan de la autenticidad reconocida por el numeral 3 del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, y debe apreciarse según el 61 del Código de Procedimiento Laboral, se lee que el demandante fue retirado del cargo de Oficial Electricista el 7 de diciembre de 1967; que durante el último año de servicios ganó un salario de US \$ 4.744.12 o sea un promedio mensual de US \$ 395.34 (folio 8), y que no obstante que esa fue la moneda del salario, la Flota, según documento de folio 6 que tiene la forma de una resolución, le reconoció a partir del 15 de julio de 1975 una pensión plena de jubilación por valor únicamente de \$ 5.233.22 colombianos.

"b) Que el señor Goyeneche, según consta en sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá, el 18 de octubre de 1971 (folio 37), fue despedido porque el Médico de la Empresa doctor Emiro González Paz remitió a ésta un diagnóstico que dice: 'Manifiéstoles que el señor Rito Goyeneche en mi opinión, no debe continuar navegando más, y ser pues (sic) en forma inmediata en manos de un cardiólogo pues su tensión miocárdica requiere atención permanente'. Que con base en tal diagnóstico la Empresa lo despidió 'al vencimiento de los ciento ochenta (180) días por incapacidad no profesional' (folio 33), pero que ésta causal señalada por el numeral 15 del artículo 7^o del Decreto 2351 del 1965 fue declarada por la sentencia como constitutiva de despido sin causa justificada debido a que si bien Goyeneche había perdido su capacidad

de trabajo como tripulante y no podía seguir navegando, en cambio, como lo dice el Tribunal en aquella sentencia que no fue casada por la Corte, la Empresa 'incumplió el mandato del artículo 16 del Decreto 2351, puesto que no hizo los movimientos que permitieran proporcionarle al señor Goyeneche un trabajo compatible con su situación de incapacitado parcialmente' (folio 40).

"De manera que está demostrado en el plenario que Goyeneche fue despedido en 1967 porque no podía continuar como tripulante en los buques de la Flota, no podía navegar más debido a su cardiopatía. En 1968 Goyeneche trabajó en un Almacén de telas (folio 38).

"Siendo exacto lo anterior, como está demostrado, el Tribunal incurrió en dos errores de hecho al no tener en cuenta que Goyeneche no podía seguir como tripulante y que por lo tanto tampoco podía continuar como afiliado a 'unimar', que es un Sindicato de Marineros.

"Por no haber apreciado las pruebas dichas, el Tribunal incurrió en violación del artículo 399 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual: 'Todo sindicato decretará la separación del socio que voluntariamente deje de ejercer durante un (1) año la profesión u oficio cuya defensa y mejoramiento persigue la asociación'.

"Voluntaria o involuntariamente Goyeneche no podía seguir siendo marino. Como lo dice la sentencia de 1971 la Flota debió haberle buscado una ocupación en tierra. Pero tampoco Goyeneche podía seguir perteneciendo a "Unimar".

"Siendo exacto lo anterior, como lo es incurrió el Tribunal en error de hecho al decir que a Goyeneche le era aplicable la Cláusula 3 aparte d) de la Convención Colectiva de 1966, porque por ministerio de la ley en 1975, cuando Goyeneche cumplió la edad para ser pensionado, ya no podía ser miembro de 'Unimar', como en efecto no lo era.

"Según los artículos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, las convenciones colectivas se aplican a los afiliados, a quienes adhirieron a ellas y a quienes, siendo en todo caso trabajadores de la respectiva empresa, no son sindicalizados, pero existe en

ella un sindicato cuyos afiliados exceden la tercera parte del total de los trabajadores. Pero ni Goyeneche era afiliado ni en 1975 pertenecía a la empresa, ya que había sido despedido en 1967; por lo cual, por virtud de los errores de hecho demostrados, el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando le aplicó a Goyeneche la susodicha Cláusula 3 aparte d) de la convención colectiva de 1966.

Ahora bien: Demostrado también que el Tribunal incurrió en error de hecho, al no dar por demostrado, estándolo, que el sueldo promedio mensual de lo devengado por concepto de salarios por Goyeneche fue pagado en dólares de los Estados Unidos, incurrió el fallador en aplicación indebida del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, porque esta disposición dice que la pensión es del 75% del 'salario'. Si el salario es en dólares, la pensión debe liquidarse en dólares. Esto último, es también lo que disponen los artículos 135 del Código Sustantivo del Trabajo y 13 de la Ley 1^a de 1963. La conversión de los dólares a pesos es un derecho del trabajador pero no una imposición del patrono. Y, en último caso, admitiendo en gracia de discusión que por razones monetarias el pago se haga en pesos colombianos, tal pago debe hacerse al tipo oficial de cambio vigente el día en que se efectúe dicho pago. No del día en que se cause o haga exigible el derecho, porque la pensión jubilatoria es mensual, periódica, y no un derecho instantáneo. Así lo preceptúa el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Lo que se pretende en esta demanda tampoco constituye una novedad. En efecto, en sentencia del 14 de noviembre de 1977, dictada en el expediente 5928 en el recurso de casación interpuesto por la Flota Mercante Grancolombiana S. A. en el proceso laboral adelantado por Hernando Ramírez Ordóñez, esa Sala de la H. Corte no casó la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. En tal proceso en su sentencia del 6 de agosto de 1976, desecharon el tipo de cambio pretendidamente convencional del \$ 17.6497 por dólar aplicado por la Flota, y ordenaron liquidar la pensión con el

tipo de cambio vigente en la fecha en que se causó el derecho. Conoció en la Corte de este proceso el Magistrado doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, a quien tengo el honor de dirigirme.

"En el proceso de Elmer Castillo Sánchez contra la misma Flota Mercante Grancolombiana S. A., el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo del 5 de noviembre de 1973, ordenó a la Flota a pagar al actor una pensión-sanción mensual de jubilación por valor de US \$ 138.27 (dólares americanos) y de \$ 204.01 (colombianos). Por su parte el Tribunal, en el mismo proceso, en fallo del 19 de febrero de 1974, dispuso:

"a) CONDENAR a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. a pagar al señor Elmer Castillo Sánchez de las condiciones civiles anotadas, la cantidad de Ciento Cincuenta y tres dólares con cuarenta centavos de dólar (US \$ 153.40) o su EQUIVALENTE en moneda colombiana al tipo oficial vigente en la fecha en que se efectúe el pago, esto es cuando el beneficiario cumpla la edad de los 60 años, mensuales por pensión de jubilación".

"La Sala de Casación Laboral de la H. Corte en fallo del 13 de febrero de 1975, CASO PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal, pero únicamente en el sentido de rebajar a 50 años de edad la fecha de exigibilidad de la pensión, dejándola en firme en cuanto a la moneda del salario y la forma de su liquidación y pago.

"Respetuosamente considero que una cosa es "el día en que debe efectuarse el pago" a que se refiere el artículo 135 del Código Sustantivo del Trabajo, y otra muy diferente el día en que se causa o hace exigible el derecho a la pensión de jubilación. Este derecho se causa cuando coinciden el tiempo servido y la edad del trabajador, a partir de tal fecha se hace exigible la pensión. Pero, 'el pago' de la pensión es mensual, como lo dispone el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues se trata de un pago periódico dentro de una obligación vitalicia. Y la razón para que el pago en pesos se haga con aplicación del tipo de cambio de dólar en la fecha del vencimiento de cada mesada pensional, parece lógica y clara. Todos sabemos que el tipo

de cambio obedece a una devaluación paulatina institucionalizada del peso colombiano respecto del dólar. Si el trabajador recibe la pensión en dólares queda protegido de esa devaluación, pues al vender el cheque de la pensión en el Banco de la República recibirá más pesos por ella en proporción directa al aumento del tipo de cambio del dólar. No se ve razón para que, si el trabajador estuvo protegido durante todo el tiempo que trabajó con salarios en dólares, en cambio quede desprotegido una vez que sale pensionado, recibiendo cada mes la misma suma en pesos colombianos devueltados o con poder adquisitivo decreciente. Por eso las obligaciones a plazos en que interviene la divisa extranjera se solucionan con su equivalente al tipo del cambio del día de pago. Lo mismo debe ocurrir con la pensión de jubilación, cuya naturaleza es la de no ser una obligación instantánea, sino una obligación de plazos, que se paga mes por mes. La aplicación del tipo de cambio del día del pago es la única que le permite al pensionado precaverse de la devolución pensional.

"Es por este motivo que me he permitido, muy respetuosa y comedidamente, formular el alcance de la impugnación encaminado a que se decrete el pago de la pensión en dólares o en su equivalente en pesos colombianos al tipo oficial de cambio vigente el día de pago de cada mesada pensional. Me parece que es así como se aplica rectamente lo dispuesto por los artículos 127, 135 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Las peticiones subsidiarias solo las propongo para el evento de que la H. Corte no comparta esta convicción legal".

Se considera

No desconoció el Tribunal que Goyeneche había dejado de ser trabajador de la empresa a partir del 7 de diciembre de 1967; ni que su salario durante el último año de servicios le fue pagado en dólares americanos; ni el monto del promedio mensual devengado en ese período; ni la causa por la cual fue retirado del servicio, ni el hecho de que desde la fecha de la terminación de su contrato de trabajo dejó de ser afiliado al Sindicato "Unimar" y que, por lo tanto, no lo era cuando cumplió 55 años de edad.

Por consiguiente, mal pudo haber incurrido en esos errores de hecho, imputados en el desarrollo del cargo bajo el supuesto contrario. Todas esas circunstancias aparecen admitidas por el juzgador, o al menos aquellas que pudieran tener incidencia en la definición del litigio.

El problema de fondo que pretende plantear el ataque —o sea si a Goyeneche, en el año de 1975, cuando cumplió los 55 años de edad y se le hizo el reconocimiento de su pensión de jubilación, le era aplicable o no la Cláusula 3, literal d), de la Convención Colectiva celebrada en 1966— no fue resuelto por el Tribunal a través de análisis de pruebas y de cuestiones de hecho, sino como un punto de derecho, con aplicación de las normas pertinentes a las situaciones fácticas que encontró establecidas, aceptadas por las partes y no discutidas en el juicio ni en el recurso extraordinario. Tampoco, pues, este error de hecho se cometió.

El problema, en verdad, es el mismo que se propuso y se decidió en el primer cargo. A Goyeneche no se le aplicó la Convención Colectiva de 1966 porque se estimara que en 1975, cuando cumplió 55 años y se le reconoció la pensión de jubilación, fuera trabajador de la empresa y estuviera afiliado al Sindicato, sino porque tenía estas condiciones en 1966 y continuó teniéndolas hasta el 7 de diciembre de 1967, tiempo durante el cual rigió aquel convenio, hizo parte de su contrato de trabajo y gobernó sus relaciones con la Flota Mercante Grancolombiana. Al retirarse, esas normas convencionales continuaron siéndole aplicables y no otras. No hubo violación legal alguna al decidirlo así el juzgador.

Los demás aspectos que plantea el cargo no resultan estudiables al no haber sido destruida aquella base fundamental de la sentencia. Empero, no huebla advertir que la Sala, por medio de su Sección Segunda, en fallo proferido el 7 de junio de 1979, dejó aclarado que, en tratándose de pensión de jubilación, debe entenderse por día del pago de la fecha en que el trabajador adquiere la condición o status de jubilado y se le hace el primer pago, y que la cuantía así fijada se devengará en forma vitalicia, sin perjuicio de los aumentos que posteriormente ordene la ley.

Por último, importa observar que la sentencia de este despacho, a que alude el impugnador, nada decidió sobre el tema propuesto, pues, por deficiencia en la formulación del cargo, no fue posible penetrar en el fondo del asunto.

El cargo examinado tampoco prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 28 de junio de 1978, dictada por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio instaurado por Rito Antonio Goyeneche contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora, Fernando Uribe Restrepo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJADOR OFICIAL

No obstante que en el escrito antes transscrito se expresa que los servicios del actor fueron de índole administrativa figurando en la nómina como empleado público, es un hecho evidente que la labor del actor fue la de trabajador oficial de que trata el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta número 36

Radicación 6400

En el proceso instaurado por *Jorge Alfredo Ceballos Burbano contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas—, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral*, en sentencia de tres (3) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), revocó el fallo apelado dictado por el *Juzgado Segundo Laboral del mismo Circuito*, de veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y siete, que resolvió: “PRIMERO. CONDENASE a la NACION —Ministerio de Obras Públicas— representada por el señor Procurador del Distrito Judicial de Bogotá, a pagar, una vez en firme la presente sentencia, al demandante, señor Jorge Alfredo Ceballos Burbano, las siguientes cantidades de dinero: a) La suma de \$ 20.708.00 (veinte mil setecientos ocho pesos) moneda corriente, por concepto de indemnización por lucro cesante. b) La suma de \$ 124.00 (ciento veinticuatro pesos) diarios, a partir del 8 de mayo de 1973, inclusive hasta la fecha en la cual se pague la indemniza-

ción por lucro cesante que se ordena pagar en esta sentencia, a título de indemnización moratoria. SEGUNDO. DECLARANSE NO PROBADAS las excepciones propuestas. TERCERO. ABSUELVESE a la demandada de las demás peticiones impretradas por el actor. CUARTO. Si no fuere apelado el presente fallo, CONSULTESE con el Superior”.

El demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que fue replicada dentro del término legal.

El demandante como alcance de la impugnación, dijo:

“Se concreta a obtener que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto revocó las condenas que por concepto de lucro cesante e indemnización moratoria hizo el juzgador de primer grado, y, que, constituida en Tribunal de instancia, confirme la sentencia del *a quo*”.

Formula el apoderado de la parte demandante un solo cargo, así:

“La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º y 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 4º, 43, 47, 48, 49 y 51 del Decreto 2127 de 1945, 5º del Decreto 3135 de 1968, 1º del Decreto 797 de 1949. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho, por equivocada apreciación de las documentales de folios 31, 40 a 44 y 45, 46 a 93 y 94, 95 a 119 y 121 y 122 a 173 y 174 y 175 del expediente.

Los errores de hecho consisten: a) En no dar por demostrado, estandolo plenamente, que el demandante como simple jefe de taller de maquinaria pesada de un Distrito de conservación de obras públicas, como su mismo nombre lo indica y de su naturaleza se desprende, no podía desempeñar funciones de empleado público previstas en la Constitución o la ley, sino las de trabajador oficial; b) En no dar por establecido que al demandante se le despidió o prescindió de sus servicios, sin previo aviso y con causal o motivo (insubsistencia de nombramiento) que no es justa; y, c) En no dar por acreditado que al actor se le adeuda el lucro cesante por despido, y por su falta de injustificada de pago, se le debe también la indemnización moratoria impetrada en la demanda. El juzgador de segunda instancia, si bien advierte que 'Aunque no es la forma de ingreso a una entidad oficial la que determina el nexo jurídico con un trabajador', concluye que 'vale la pena anotar que la del demandante fue la correspondiente a un acto administrativo, al cual siguió la correspondiente posesión' y la desvinculación mediante una resolución de insubsistencia. No se requiere ningún esfuerzo mental para evidenciar que quien desempeña las funciones de jefe de taller de maquinaria de un Distrito de conservación de obras públicas, como la denominación e índole del cargo lo pregonan, no es ni puede ser empleado público sino un mero trabajador oficial. Conforme al Diccionario de la Lengua Española, el taller es 'el lugar donde se trabaja una obra de manos', y si el taller de maquinaria de un Distrito de conservación de obras públicas del Ministerio de Obras, no puede tratarse sino de la reparación o mantenimiento de maquinaria para la conservación de obras públicas, como que el mencionado Ministerio no se dedica, ni dedicarse puede a la construcción de maquinaria. Basta percatarse cuáles fueron los cargos que desempeñó el demandante (folios 31) para convencerse que repugna el sentido común sostener que el jefe de un taller de maquinaria sea empleado público o desempeñe funciones previstas en la Constitución o en la ley. Como el Tribunal sostiene esta inferencia, apreció erró-

neamente las documentales que se dejan anteriormente precisadas. Si su apreciación fuera correcta, habría concluido que el demandante, aún como jefe de taller de maquinaria del Ministerio de Obras Públicas trabajando precisamente en un Distrito de conservación de obras, no podía estar vinculado sino mediante contrato *ficto* de trabajo: no podía reputársele sino como trabajador adscrito directa o indirectamente a conservación de obras públicas y por tanto, trabajador oficial al tenor de los artículos 1º de la Ley 6º de 1945, 4º del Decreto 2127 del mismo año y 5º del Decreto 3135 de 1968. Habría concluido, igualmente, que al demandante se le despidió o prescindió de sus servicios sin previo aviso, ni justa causa, como que la llamada 'insubsistencia de nombramiento', no tiene ese carácter. En resumen, no habría incurrido en los errores de hecho que se dejan anotados, y no habría transgredido, por aplicación indebida, las normas sustanciales y reglamentarias de derecho laboral que se individualizaron al formular la proposición jurídica completa o de derecho. Se habría condenado a la entidad demandada al pago del lucro cesante por despido y a la indemnización moratoria, por el no pago —sin justificación— de ese lucro cesante, como bien condenó el juez *a quo*. No habría quebrantado el artículo 11 de la Ley 6º de 1945 que consagra el derecho al lucro cesante por despido y a la indemnización moratoria reclamados en la demanda, que desarrollan los artículos 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949".

El opositor replicó así:

"Fundamenta el *ad quem* su fallo en lo establecido por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 que asigna el carácter de empleados públicos a las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencia y Establecimientos Públicos, como norma general, y como excepción, cataloga como trabajadores oficiales a las personas que prestan sus servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas. Ahora bien, como es de lógica, la excepción debe estar plenamente demostrado en los

autos, para poder así catalogar a una persona que trabaja en el Ministerio de Obras Públicas como trabajador oficial. Demostación que no es otra que la relativa a las funciones que tocan directamente con la construcción y sostenimiento de obras públicas. Para el caso, las que tenía que desarrollar Jorge Alfredo Ceballos Burbano como Jefe de Taller de Maquinaria Pesada, Categoría 22, del Distrito de Conservación número 14 con sede en la ciudad de Pasto. En defecto de esto, el *ad quem* consideró no desvirtuada la presunción de ser el demandante empleado público. Además, por estar acreditado que sus funciones eran administrativas, concluyó que no existió nexo contractual entre las partes, para terminar por absolver a la Nación —ministerio de Obras—. Con base en lo anterior, esta Procuraduría considera que el *ad quem* apreció correctamente las documentales que obran a folios 31, 40 a 46, 93, 94, 95 a 119, 121, 122 a 173 174 y 175 del expediente: por lo tanto, no incurrió en la causal de casación invocada por el recurrente. Por otro aspecto, se observa error de técnica en la elaboración de la demanda por lo siguiente: El *a quo* condenó a la Nación —Minobras— de conformidad con varias peticiones impetradas por el actor. El *ad quem* al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revoca totalmente la sentencia de primer grado. Sin embargo, el recurrente al hablar del alcance de la impugnación pretende que la H. Corte ‘case parcialmente la sentencia impugnada’. Es decir, la pretensión esa ambigua. A la H. Corte le quedará así procesalmente imposible decidir el recurso”.

Se considera

El impugnador acusa la sentencia por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de las normas legales que cita en el cargo, a causa de los errores de hecho evidentes originados en la equivocada apreciación de las pruebas que menciona, lo que a su juicio indujo erradamente al Tribunal a considerar que entre las partes en litigio no existió un contrato de trabajo, sobre lo cual la Sala observa:

Obra al folio 175 del cuaderno principal copia expedida en legal forma de la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, de septiembre 25 de 1973 en que declara insubsistente a partir del 17 de enero de 1973 el nombramiento del actor como Jefe de Taller de Maquinaria Pesada V, categoría 22 del Distrito de Conservación número 14, Pasto.

A folio 30 y 31 cuaderno número 1 aparece certificación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de fecha septiembre 8 de 1978, cuyo texto es el siguiente:

“Bogotá, septiembre 8 de 1978. Doctora Alba Luz Mossos Guarnizo. Juez Segundo Laboral del Circuito de Bogotá. E. S. D. Ref: Ordinario 28071 de Jorge Alfredo Ceballos Burbano contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Con relación a su oficio número 652 de mayo 24 de 1976, me permite responder lo siguiente: 1. El señor Jorge Alfredo Ceballos Burbano, con cédula de ciudadanía número 1799330 de Pasto, prestó sus servicios como trabajador, del 4 de julio de 1947 al 31 de diciembre de 1961; del 1º de enero de 1962 en adelante, pasó a ser empleado. 2. Del 1º de enero de 1962 al 17 de enero de 1973, desempeñó los siguientes cargos: Jefe de Talleres de Obras Públicas III, Grado 9, Nivel a; Jefe de Talleres de Obras Públicas III, Grado 13, Nivel a; Jefe de Taller de OO. PP. IV, Grado 14 Nivel a; Jefe de Taller de OO. PP. VI, Grado 16, Nivel b; Jefe de Taller de Maquinaria Pesada V, Categoría 19; Jefe de Taller de Maquinaria Pesada V, Categoría 22, dentro de la Planta de Personal de Empleados del Ministerio de Obras Públicas fijada por el Decreto 2284 de 1971. 3. Si es cierto. 4. Fue declarado insubsistente del cargo de Jefe de Taller de Maquinaria Pesada V, categoría 22, según Resolución Ministerial número 9087 de fecha 25 de septiembre de 1973. 5. El señor Ceballos Burbano, como Jefe de Taller trabajó en el Distrito de Obras Públicas número 14 Pasto, en labores administrativas y figuró en la nómina de empleados públicos, mientras desempeñó dicho cargo. 6. Si es cierto. El señor Ceballos siempre observó buena conducta como funcionario. Atentamente (fdo.) Rubby Am-

paro Cobbo Ramírez. Jefe de División de Personal. (Encargada)".

De los anteriores escritos aparece expresamente admitido que el actor laboró para el demandado como trabajador oficial desde el 4 de julio de 1947 hasta el 31 de diciembre de 1961 y que desde el 1º de enero siguiente hasta el 17 de enero de 1973 sus servicios fueron prestados como Jefe de Taller de Maquinaria del Ministerio de Obras Públicas y en los últimos años en el mismo cargo pero de Maquinaria Pesada. Para la Sala no obstante que en el escrito antes transcrita se exprese que los servicios del actor fueron de índole administrativa figurando en la nómina como empleado público, es un hecho evidente que la labor del señor Ceballos Burbano fue la de trabajador oficial de que trata el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, norma legal que establece, entre otras cosas, que las personas que prestan sus servicios a la Nación son empleados públicos, pero que sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, actividad que fue indudablemente la que desarrolló el actor ya que su labor de Jefe de Taller de Maquinaria del Ministerio de Obras Públicas tenía por fin el de reparar y conservar en funcionamiento la maquinaria usada en la conservación y mantenimiento de Obras Públicas, o sea que su actividad estaba directamente relacionada con las condiciones exigidas por la norma legal mencionada para que se configurara el vínculo contractual laboral.

Por otra parte, los documentos visibles a los folios 31, 40 a 44 y 45, 46 a 93 y 94, 95 a 119 y 121 y 122 a 173, 174 y 175 del expediente consistentes en decretos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, mediante los cuales se acreditan los cargos que como Jefe de Taller de Maquinaria de dicho Ministerio ocupó el actor y las actas de posesión de los mismos, y el de folio 175 correspondiente a la Resolución de 25 de septiembre de 1973 del Ministerio tantas veces citado, en que consta que se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de Maquinaria Pesada V, categoría 22, del Distrito de Conservación número 14 de Pasto, a partir del 17

de enero de 1973, a juicio de la Sala no hace nada distinto de probar la calidad de trabajador público de Jorge Alfredo Ceballos Burbano.

En vista de lo anterior el Tribunal incurrió en los errores de hecho evidentes que afirma el censor y el cargo prospera.

Consideraciones de instancia:

Del certificado visible al folio 30 al 31 del expediente, de fecha 8 de septiembre de 1976, originario del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, expedido en legal forma, junto con la Resolución del citado Ministerio que obra al folio 175, aparece constancia de que los servicios del actor al Ministerio mencionado lo fueron del 4 de julio de 1947 y que el 17 de enero de 1973 fue despedido mediante decisión unilateral del demandado, ruptura que no tuvo justa causa por cuanto éste no presentó prueba alguna para acreditar la buena fe que hubiera tenido con tal proceder.

Al folio 174 obra fotocopia expedida en legal forma, donde consta que el actor devengó en los últimos años de servicios, como Jefe de Talleres de Maquinaria Pesada del Ministerio de Obras Públicas, una remuneración mensual de \$ 3.720.00.

Al folio 27 del expediente obra certificación, expedida en legal forma por el Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas en que consta que José Alfredo Ceballos Burbano fue socio activo de éste hasta el 17 de enero de 1973.

De los folios 180 al 220 del proceso aparece fotocopias de las convenciones Colectivas de Trabajo celebradas entre el Sindicato del Ministerio de Obras Públicas y éste, cuyo estudio no es necesario en razón de que su aplicabilidad no tiene lugar en el presente caso por cuanto se está resolviendo en sede de instancia y el proceso subió al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto solamente por la demandada.

Establecido lo anterior debe casarse la sentencia impugnada y en su lugar sostener la dictada por el Juez a quo conforme a las condenas proferidas por conceptos de indemnización moratoria e indemnización por despido, por encontrarse correc-

tamente verificadas las operaciones aritméticas y declarar en consecuencia no probadas la excepción de la inexistencia de la obligación. También la de prescripción en razón de que el retiro del trabajador fue el 17 de enero de 1973 y la demanda fue notificada al demandado el 14 de octubre de 1975.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, y en su lugar CONFIRMA la proferida por el

Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977).

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERRORES DE HECHO

(No se demostraron los errores predicados en el cargo)

HA SOSTENIDO LA JURISPRUDENCIA QUE LA AFILIACION EN EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES NO ES PRUEBA CONCLUYENTE SINO MERO INDICIO DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE AFILIANTE Y AFILIADO

INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO

“Ciertamente la sentencia recurrida, cuya motivación quedó transcrita en el primer cargo, no es modelo de claridad ni de sindéresis, pero de su texto surge que no solamente por el concepto que critica el cargo sino por el examen de otros elementos de juicio, como la abundante prueba testimonial producida, llegó a la conclusión el Tribunal que no existió un contrato de trabajo entre Ortiz y Yanguas...”

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre seis de mil novcientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 6679

Acta N° 38

En el juicio propuesto por *Reinaldo Ortiz Cabrera* contra *Mario Yanguas Otero*, mediante fallo pronunciado el 15 de diciembre de 1978 el *Tribunal Superior de Cali* revocó el de la primera instancia para absolver integralmente a Yanguas de las súplicas del libelo.

Inconforme con este resultado, Ortiz acusó ante la Corte dicho fallo para imponer su casación y la ulterior reforma del

de la primera instancia con aumento de las condenas que en él fueron dispuestas.

En la demanda de casación (folios 9 a 25 de este cuaderno) así lo expresa, y propone dos cargos, que se analizarán en seguida.

Cargo primero

Fue planteado así: “Violación indirecta por aplicación indebida de los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: 23 (sobre elementos esenciales del contrato); 24 (sobre presunción del contrato de trabajo); 54 (sobre prueba del contrato de trabajo); 65 (sobre indemnización por falta de pago); 186 (sobre vacaciones); 189 (sobre compensación en dinero de las mismas); 249 (sobre auxilio de cesantía); 306 (sobre prima de servicios); también por aplicación indebida de los siguientes artículos del Decreto 2351 de 1965: 5º (sobre

contrato a término indefinido); 8º (sobre indemnización por terminación del contrato sin justa causa); a través de los artículos 2º, 34 y 39 del Decreto Ley 433 de 1971; de los artículos 2º y 8º del Acuerdo número 565 de 1975 del Seguro Social, aprobado por Decreto 594 de 1976; de los artículos 251, 252, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil (sobre documentos públicos auténticos), y 228 *ibidem* (sobre prueba testimonial), y 61 y 145 del Código de Procedimiento Laboral; a causa de evidentes errores de hecho provenientes de falta de apreciación de algunas pruebas y de apreciación errónea de otras.

"Los errores de hecho cometidos por el Tribunal son:

a) Aceptar como demostrado un contrato de trabajo entre las partes únicamente desde el 9 de septiembre de 1970 hasta abril de 1971 (siete meses), mientras la realidad probatoria demuestra que ese contrato de trabajo duró hasta el 19 de abril de 1972 (diez y nueve meses y diez días); b) aceptar como probado —sin estarlo— que el demandado pagó al demandante todas las prestaciones sociales correspondientes a ese mismo contrato de trabajo; c) No aceptar como probado —estándolo— que existió otro contrato de trabajo entre las partes, desde mediados de 1974 hasta el 23 de marzo de 1976; d) No aceptar como probado —estándolo— que este contrato de trabajo fue terminado unilateralmente y sin justa causa por el demandado; e) No dar por demostrado —estándolo— que el demandado incurrió en mala fe al no pagar al demandante las obligaciones laborales que tenía con él.

"Las pruebas dejadas de apreciar son:
a) El acta de la Inspección de Trabajo de folio 3, y b) El documento roto de folio 5.

"Las pruebas mal apreciadas son: a) La demanda; b) La contestación de la demanda; c) El certificado del Seguro Social de folio 54; d) La inspección judicial de folios 55 ss (de la cual hacen parte el dictamen pericial de folios 59 ss, y las declaraciones de renta en él mencionadas); e) Los testimonios de Fabio Montes (folio 29); José Olmedo Higuita (folios 32 y 35); Luis Arcadio Rincón (folio 37); Manuel Otero (folio 42); Mario Antonio Herrera (folios 45

y 47) y Margarita Beltrán (folios 48 y 50).

Sustentación del cargo

"A pesar de que la demanda planteada la existencia de una sola relación entre las partes, relación que se habría extendido desde el 9 de septiembre de 1970 hasta el 23 de marzo de 1976, en el proceso no alcanzó demostración. En cambio, aparecen con toda claridad dos relaciones: Una que se extendió desde el 9 de septiembre de 1970 hasta el 19 de abril de 1972 y otra que se extendió desde mediados de 1974 hasta el 23 de marzo de 1976.

"La prueba central de ambas relaciones es el certificado del Seguro Social que obra a folio 54 del expediente. Este es un documento público porque el Instituto Colombiano de Seguros Sociales es un establecimiento público, y la persona que suscribe el documento es un funcionario público en ejercicio de su cargo (artículo 251 Código de Procedimiento Civil). Es auténtico porque todo documento público se presume auténtico mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad (artículo 252 Código de Procedimiento Civil). Esta autenticidad no solo se refiere a su forma externa sino a su contenido porque el documento hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que contiene (artículo 264 Código de Procedimiento Civil).

"Por consiguiente, este documento prueba por sí solo que Reinaldo Ortiz estuvo inscrito en el Seguro Social como trabajador asalariado de Yanguas en las fechas que en él se indican.

"El artículo 2º del Decreto Ley 433 de 1971 señala las personas que están sujetas al seguro social obligatorio, a saber:

"a) Los trabajadores que, en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje, presten sus servicios a patronos de carácter particular;

"b) Ciertos trabajadores que presten sus servicios a ciertas entidades públicas;

"c) Los trabajadores independientes y los trabajadores autónomos o pequeños patronos, dentro de las modalidades que fijen los reglamentos del Instituto;

"d) Los trabajadores en un contrato sindical;

"e) Las personas que integran otros grupos de población económicamente activa.

"La forma y condiciones como estas distintas personas se inscriben en el seguro social y disfrutan de sus derechos son establecidas en los reglamentos del Instituto, cuya naturaleza se indica en el artículo 10 del mismo decreto.

"En tanto que los trabajadores vinculados por contrato de trabajo son inscritos por su propio patrono, los trabajadores independientes (que no tienen patrono) deben ser inscritos por cooperativas y asociaciones de trabajadores independientes, en la forma como lo previó el artículo 34 del mismo Decreto 433. En desarrollo de estas normas, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales expidió el reglamento para la extensión del seguro social a los trabajadores independientes, por medio del Acuerdo 565 de 1975, Acuerdo que fue aprobado por Decreto 594 de 1976. Este reglamento dice en su artículo 2º que la cobertura de los trabajadores independientes se hará mediante la celebración de contratos facultativos con organizaciones, sindicatos, cooperativas y otras asociaciones, y el artículo 8º establece los mecanismos para la afiliación al seguro social de tales trabajadores.

"No está previsto, pues, por la ley o por los reglamentos que un patrono pueda afiliar al seguro social a un trabajador independiente. Por el contrario, el artículo 39 del Decreto Ley 433 de 1971 fija multa de \$ 100.00 a \$ 5.000.00 para quien infrinja los reglamentos sobre inscripción en el seguro social.

"De ahí que resulte completamente impropia la conclusión a que llegó el Tribunal acerca de que Yanguas inscribió a Ortiz en el seguro social "por mera liberalidad". No se pueden hacer liberalidades con el patrimonio ajeno: menos aún, violando la ley. A este planteamiento defensivo de Yanguas hay que aplicarle la regla latina de que nadie puede alegar en su defensa su propio delito, su propia turpitud.

"El certificado de folio 54 prueba, pues, por sí solo, que Reinaldo Ortiz era un trabajador asalariado de Yanguas, bajo contrato de trabajo, durante el tiempo en el cual aparece inscrito en el seguro social.

Durante todo el tiempo, porque la prueba que emana de un documento público es indivisible (artículo 258 Código de Procedimiento Civil). No podría decirse que el certificado prueba para un período pero no para otro.

"Veamos ahora la forma como el Tribunal apreció este certificado, en relación con los vínculos que existieron entre Yanguas y Ortiz.

"La primera relación"

"Dijo el Tribunal a folio 18v.:

"Ninguno de los testimonios traídos al expediente indican las diferentes etapas en que el demandante estuvo como trabajador o como contratista independiente. En la demanda se afirma que éste si estuvo como trabajador de Yanguas entre el 9 de septiembre de 1970 y abril de 1971".

"Si se lee cuidadosamente la demanda, se encontrará que en tal documento nunca se dijo semejante cosa. Allí se afirmó que Ortiz fue trabajador de Yanguas desde 1970 hasta 1976. La apreciación de la demanda que hace el Tribunal es incorrecta.

"En medio de esta supuesta ausencia de pruebas, el Tribunal encontró una ceja de luz y dijo a folio 19v.:

"... en la contestación de la demanda se confesó una relación laboral del 9 de septiembre de 1970 a abril de 1971 y que esas prestaciones le fueron pagadas, así también lo confirma Manuel Otero, cuando éste con Ortiz laboraron ese período como trabajadores de Yanguas y reconfirma que esas prestaciones sociales les fueron canceladas a ambos".

"Con esta sencilla frase, el Tribunal resuelve dos cuestiones fundamentales: a) La duración del contrato de trabajo que fija en siete meses (de septiembre 9 de 1970 a abril 1971, y B) El pago de todas las prestaciones sociales correspondientes a este contrato, pago que acepta sin examen ulterior.

"A) Duración del contrato. El certificado de folio 54 prueba que Ortiz estuvo inscrito como trabajador de Yanguas desde septiembre 9 de 1970 hasta abril 19 de 1972, o sea durante 19 meses y 10 días, y el Tribunal cercena limpiamente un año entero

de trabajo. Obsérvese que el certificado del seguro social no obra solo. Obra, además, la contestación de la demanda, en la cual, al responder el hecho primero, la parte demandada confiesa:

"a) Que entre las partes existió un contrato de trabajo; y b) Que ese contrato de trabajo se inició el 9 de septiembre de 1970 (o sea la misma fecha en que Ortiz fue inscrito en el seguro social).

"Es cierto que la contestación de la demanda dice que el contrato duró hasta abril de 1971, cambiando el número del año verdadero. Esta mala memoria del demandado se suma a otros factores de mala fe que mencionaré adelante. El certificado de folio 54 y la confesión hecha en la contestación de la demanda demuestran con toda evidencia que entre las partes existió un contrato de trabajo que duró 19 meses y 10 días (entre septiembre 9 de 1970 y abril 19 de 1972). Contra tales evidencias, el Tribunal aceptó únicamente un contrato por 7 meses (de septiembre 9 de 1970 a abril 1971), dejando de lado un año entero de servicio.

"B) *Pago de las prestaciones sociales.* Repito lo dicho por el Tribunal a folio 19 v.:

".... en la contestación de la demanda se confesó una relación laboral del 9 de septiembre de 1970 a abril de 1971 y que esas prestaciones le fueron pagadas, así también lo confirma Manuel Otero, cuando éste con Ortiz laboraron ese período como trabajadores de Yanguas y reconfirma que esas prestaciones sociales fueron canceladas a ambos".

"El Tribunal valora como una *confesión* la afirmación de Yanguas de que pagó las prestaciones. La afirmación de pago en boca del demandante constituiría una confesión; pero en boca del demandado no es otra cosa que una *excepción* que está obligado a demostrar. El Tribunal apreció indebidamente esta pieza del proceso al darle un valor que no posee.

"Abierto como está el paso para examinar la prueba testimonial, veamos las declaraciones de Manuel Otero (folio 42 ss.) quien, después de relatar las circunstancias en que Ortiz vino a trabajar con Yanguas, dice:

"... todo lo que he relatado sucedió entre los años de 1969 y 1970 sin recordar el mes y ambos trabajamos un año y nos liquidaron un año de prestaciones..." (folios 43).

"El Tribunal encontró en esta frase (folio 19v.) la prueba del pago de todas las prestaciones sociales de un contrato de trabajo que duró 19 meses. El testigo no explica las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el pago, ni la forma en que el hecho llegó a su conocimiento (datos esenciales según el artículo 228 Código de Procedimiento Civil). No menciona qué prestaciones sociales le pagaron a Ortiz. Ni siquiera afirma que le *pagaron*; solo dice que a ambos les *liquidaron* un año de prestaciones. En el remoto caso de que este testimonio sirviera como prueba de pago, sería de pago parcial porque solo se refiere a un año, y no a los 19 meses y 10 días que duró el contrato de trabajo.

"Es cierto que el Juez no está sujeto a la tarifa de prueba pero si obligado por el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral a aplicar los principios científicos que informan la crítica de la prueba. Nada más incompleto e inepto, desde este punto de vista, que la declaración de Manuel Otero para demostrar el pago de la obligación por parte de Yanguas.

"A consecuencia de la mala apreciación del certificado de folio 54, de la demanda, de la contestación y de la declaración de Manuel Otero, el Tribunal negó los derechos impetrados e incurrió en aplicación indebida de las normas citadas en el cargo porque exoneró al demandado de la obligación de pagar prestaciones e indemnizaciones insolutas.

"Y no cabe decir que los derechos del demandante en relación con este contrato de trabajo estuvieran prescritos porque esta excepción no fue examinada en la sentencia ya que no fue propuesta ni alegada. Tampoco cabría decir que los comprobantes de pago desaparecieron en un incendio porque tal suceso nunca fue demostrado.

La segunda relación

"En la contestación de la demanda, al responder el hecho primero, el demandante

confesó que existió una relación de servicio personal entre las partes desde mediados de 1974 hasta el 23 de marzo de 1976, o sea durante 21 meses aproximadamente. Y adujo que esa relación no fue contrato de trabajo sino contrato de arrendamiento de obra, con lo cual la carga de la prueba quedó invertida porque —admitida la presunción del servicio— correspondía al demandado destruir la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

“Sinembargo, el certificado del seguro social (folio 54), en su calidad de documento público auténtico, da fe de que el demandante estuvo afiliado al seguro social, durante ese mismo período, como trabajador asalariado de Yanguas, en tres ocasiones que suman 9 meses y 7 días. Luego la presunción del artículo 24 Código Sustantivo del Trabajo, solo está en juego en cuanto a los restantes 11 meses y 23 días, porque, sumadas confesión y certificado, quedó redondeada la prueba del contrato de trabajo por aplicación del artículo 54 Código Sustantivo del Trabajo.

“A pesar de que la prueba emanada de documento público no puede ser anulada o contrarrestada sino en la forma prevista en el artículo 252 Código de Procedimiento Civil (o sea, mediante tacha de falsedad, que nunca fue propuesta), el Tribunal encontró la presunción del artículo 24 había sido destruida para todo el período en cuestión por las contrapruebas presentadas al proceso. Tales contrapruebas cubren los siguientes aspectos:

“a) La inscripción en el seguro social era simulada porque Ortiz le daba a Yanguas el dinero para que éste pagara las cuotas Yanguas lo tenía asegurado por “mera liberalidad”;

“b) El trabajo no lo hacía personalmente Ortiz, sino con ayuda o con la colaboración de sus propios empleados;

“c) No está demostrado que existiera continuada subordinación porque Ortiz no tenía horario y tenía autonomía o libertad de artífice para confeccionar las joyas y, además, corría con el riesgo.

“Veamos cada uno de estos aspectos de la sentencia:

“a) *Inscripción en el seguro social.* El Tribunal presentó la situación así (folio 19):

“Más adelante este mismo testigo (se refiere a Manuel Otero) expresa: ‘Yanguas me inscribió en el seguro pagándole yo todo el seguro sin él tener derecho a asegurarme, en las mismas condiciones, estuve el señor Reinaldo Ortiz asegurado’ (folio 43 vto.).

.....
“Todo ello está diciendo que no necesariamente una inscripción en los seguros sociales nos está dando por establecido que por ese hecho se trata de un empleado...

“No podemos tildar de mala fe al demandado por el hecho de inscribir en el seguro social a Ortiz, como lo hizo también con Manuel Otero y si lo hizo fue por mera liberalidad, pues sabía que se trataba de un trabajador independiente y lo protegió contra posibles riesgos...”.

“Pero el Tribunal olvidó que a folio 18 v. acababa de citar al mismo Manuel Otero cuando dijo:

“Todo lo que he relatado sucedió entre los años de 1969 a 1970 sin recordar el mes y ambos trabajamos un año y nos liquidaron un año de prestaciones, entonces allí fue cuando yo me quedé con el taller y el señor Ortiz empezó a trabajar conmigo no solamente él sino otras cuatro o cinco personas”.

“De acuerdo con ésto, si Yanguas le pagó prestaciones sociales a Otero por ese período fue porque éste laboraba bajo contrato de trabajo. Por otra parte, Yanguas aceptó que, durante ese mismo período, Ortiz también trabajó bajo contrato de trabajo. A pesar de ésto, ambos tuvieron que pagar *todo el seguro social*. Es bien sabido que, en los riesgos de enfermedad común, maternidad, invalidez, vejez y muerte el patrono paga dos tercios de la cuota del seguro social y el trabajador paga un tercio, y que, en los riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, el patrono paga toda la cuota y el trabajador nada. Sinembargo, tanto Otero como Ortiz tenían que pagar *todo el seguro social*. Por qué razón?

"La razón que el Tribunal acoge es la "liberalidad" de Yanguas; o sea, todo lo contrario de la realidad, que muestra un abuso de éste con los dos trabajadores, haciéndoles pagar las cuotas que a él correspondían.

"Además, no era cierto, como lo afirma la contestación de la demanda (respuesta al hecho tercero), que Ortiz diera a Yanguas la plata para pagar el seguro social. La verdad era otra: Yanguas descontaba a Ortiz las cuotas del seguro social de los pagos semanales que le hacía, tal como lo afirma Margarita Beltrán a folio 50 v., declaración que, en este aspecto, fue ignorada por el Tribunal. Margarita dice que le descontaba préstamos y las cuotas del seguro.

"La declaración de Otero se refiere concretamente al período en que Ortiz y él trabajaron juntos como asalariados de Yanguas, entre 1970 y 1972, ya que, a partir de este último año, Otero se estableció por su cuenta en el taller que Yanguas le cedió. La declaración de Margarita Beltrán se refiere a los seis años durante los cuales trabajó como secretaria de Yanguas, o sea hasta el 31 de marzo de 1975, última fecha en que aparecen en la nómina del joyero (dictamen pericial, folio 63), porque ella se retiró antes que Ortiz (folio 49v.). Margarita no hace separación alguna —sobre ésto de las cuotas del seguro— entre el período en que Ortiz trabajó admitidamente como asalariado (1970-1972) y el período en que trabajó como "contratista" (como ella le llama). En relación con el período comprendido entre el 31 de marzo de 1975 y el 23 de marzo de 1976 no existe prueba atendible acerca de este problema de las cuotas del seguro social.

"El Tribunal hace una inferencia contraria a la lógica y a la realidad cuando se apoya en el testimonio de Manuel Otero como prueba de la simulación consistente en haber afiliado al seguro social a un trabajador independiente como si fuera un asalariado, sin percibirse de que —en el tiempo al cual se refiere Otero— nadie discute la calidad de asalariado de Ortiz, y de que, entonces, Yanguas está erigiendo su defensa sobre el abuso que cometía contra sus trabajadores.

"Hay que detenerse en la declaración de Manuel Otero porque el Tribunal se apoya en ella constantemente para fundamentar su sentencia, otorgándole un valor del que carece. Otero trabajó como asalariado de Yanguas hasta abril de 1972, fecha en que Ortiz y él se retiraron, y Otero se estableció por su cuenta en el taller que le cedió Yanguas. Así que, cuando Otero se refiere a las relaciones entre las partes a partir de 1974, se está refiriendo a una época en que el propio Otero ya no trabajaba con Yanguas. Por consiguiente, Otero está colocado en la misma situación del testigo Luis Arcadio Rincón, cuya declaración fue desechada por el Tribunal aduciendo que era una persona externa a la joyería. En efecto, Otero tenía su propio taller con numerosos obreros, según el mismo lo dice, situado en otro lugar. Sin embargo, el Tribunal toma al pie de la letra todo lo que Otero dice acerca de esta época, sin hacerle la menor crítica.

"La declaración de Otero está en contradicción con lo que dicen los testigos que trabajaron con Yanguas en esta última época y fueron compañeros de Ortiz. Contradice incluso lo que dice Margarita Beltrán, quien fuera secretaria de Yanguas durante seis años. Contradice hasta lo que el propio demandado acepta como cierto. Tal es su afán de proteger a Yanguas, porque Otero es primo de ambos litigantes (folio 42 v.) pero Yanguas es el primo rico y Ortiz el primo pobre. Además, está agraciado con Yanguas porque éste le cedió el taller cuando se trasladó al centro de la ciudad.

"Otero afirma, por ejemplo, que "cuando llegaba un cliente, Reinaldo Ortiz podía contratar la joya dentro de la joyería" (folio 43) en tanto que Margarita dice (folio 48v.) que eso siempre se hacía de común acuerdo entre los dos (Yanguas y Ortiz).

"Otero afirma, por ejemplo, que "si él (Ortiz) quería iba a trabajar porque él tenía obreros que eran los que trabajaban" (folio 43v.). En tanto que todos los testigos, incluyendo a Margarita Beltrán, afirman que Otero trabajaba él mismo, incluso en horas y en días en que nadie más trabajaba. Ni siquiera el propio demandado negó

que Otero trabajara personalmente, aunque ayudado por otros.

"Otero afirma, por ejemplo, (folio 44) que "cuando el cliente era de la joyería el 50% era para la joyería y el 50% para don Reinaldo Ortiz, cuando los clientes eran de don Reinaldo Ortiz la plata iba derecho al bolsillo de él". En tanto que Margarita Beltrán dice (folio 47v. que "lógicamente el pago lo hacían directamente a don Mario por ser el dueño de la joyería" y a folio 52 explica que, si Ortiz recibía directamente algún trabajo, era al escondido de don Mario porque allí se llevaba control de todos los trabajos.

"El Tribunal no hizo una crítica del testimonio de Otero como le ordena el artículo 61 Código de Procedimiento Laboral sino que la aceptó sin examen, haciendo caso omiso de que no reúne ninguna de las cualidades que exige el artículo 228-2 Código de Procedimiento Civil, puesto que no explica la circunstancias de tiempo, modo y lugar ni la forma como los hechos llegaron a su conocimiento. Sin embargo, le da gran valor a este testimonio y casi toda la sentencia se apoya en él, a pesar de que —repite— para esa época Otero no trabajaba en la joyería de Yanguas.

"En cambio el Tribunal desestima la declaración de Olmedo Higuita, aduciendo que debe tomarse "con beneficio de inventario" (folio 18) solo porque éste trabajó únicamente un mes en la joyería, lo cual hace imposible, según el Tribunal, que esté más enterado que los otros testigos. Como si, en un mes una persona no pudiera enterarse de las horas de entrada y salida de sus compañeros, de la modalidad del trabajo, de la remuneración, etc.

"b) *Prestación de un servicio personal.* A folio 16 v. la sentencia cita los testimonios de Fabio Montes y Margarita Beltrán sobre los ayudantes de Ortiz, para concluir que:

"el trabajo no lo hacía personalmente Reinaldo Ortiz, sino con la ayuda y colaboración de sus propios empleados".

"de donde deduce la inexistencia del contrato de trabajo. Esto muestra que el Tribunal confunde dos cosas: una cosa es que

Ortiz no hiciera el trabajo personalmente; otra distinta que lo hiciera personalmente pero con la ayuda o colaboración de un ayudante.

"Las declaraciones de todos los testigos, incluyendo a Margarita Beltrán (que asume tanta pugnacidad contra Ortiz), dan a conocer que Ortiz hacía el trabajo personalmente; que trabajaba más horas que cualquiera otro en la joyería: más horas que su ayudante; incluso en días sábados y domingos. Sobre el número de ayudantes, Fabio Montes explica (folio 31 *in fine* y folio 31 v.) que era el único ayudante, hasta que vino Cesar García a grabar anillos y montar piedras por solicitud del propio Yanguas; José Olmedo Higuita explica que cuando él trabajó en la Joyería, Ortiz no tenía ayudante. Así que cuando Margarita Beltrán habla de cuatro ayudantes, está hablando de personas que se sucedieron en el tiempo, no de cuatro ayudantes trabajando simultáneamente.

"Es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acerca de que la utilización de ayudantes no desvirtúa el contrato de trabajo, cuando se trabaja personalmente. Entre muchas sentencias, se pueden citar: Casación de 16 de febrero de 1954, *Miranda vs. Chardón*; Casación de 12 de diciembre de 1959, *Gaceta Judicial 2217/19* página 1979.

"De modo que, el hecho de que Ortiz utilizara ayudantes, con conocimiento y autorización de Yanguas y trabajando él mismo personalmente, no destruye la presunción del artículo 24 del Código Sustitutivo del Trabajo, contrariamente a lo que el Tribunal decidió.

"c) *Salario.* El Tribunal admite que el demandante recibía un pago por su trabajo. No rechaza la calidad de salario de este pago sino que critica la forma como el Juzgado llegó a la conclusión de que se trataba de \$ 3.500.00 semanales. Todos los testigos, incluso Margarita Beltrán, están de acuerdo en que Ortiz recibía un pago semanal por su trabajo. Esta era la encargada de hacerle los cheques que, en algunas ocasiones le cambiaba en la misma joyería. Lo importante es que Ortiz recibía un pago

semanal por su trabajo, una remuneración, un salario. Para efectos de la prueba del contrato de trabajo, su cuantía es secundaria.

"d) *Continuada subordinación*. Dice el Tribunal a folio 18:

"No está demostrado que existiera una continuada subordinación...".

"Olvida el Tribunal que la carga de la prueba está invertida; que, demostrada la prestación del servicio, es al demandado a quien corresponde demostrar que *no hubo* continuada subordinación. Comete, pues, una impropiedad el Tribunal al echar de menos la prueba de la subordinación.

"Dentro de este orden de ideas, el Tribunal exige al demandante que demuestre el cumplimiento de un horario, que es parte de la subordinación, cuando es al demandado a quien corresponde demostrar que *no lo hubo*. Al respecto dice a folio 18:

"Y si en algunas ocasiones cumplió horario igual o semejante al de los empleados de la joyería, lo hizo por pura disciplina, con el objeto de acoplarse a un tiempo, y no por este hecho se puede decir que se lo imponían, como acontece con los otros trabajadores subordinados".

"¿De donde sacó el Tribunal ésto de la 'pura disciplina'? ¿Esto de 'acoplarse a un tiempo'? En ninguna parte del expediente se menciona semejante cosa. Es, pues, una inferencia gratuita del Tribunal.

"El Tribunal piensa que (folio 18v) si una obra no gustaba a la clientela y Ortiz tenía que repetir su confección, era señal de que Ortiz trabajaba a su propio riesgo, noción que confunde con la de "correr un riesgo". Cualquier trabajador, asalariado o no, que ejecute mal un trabajo tiene que corregirlo o repetirlo. Si el defecto implica pérdida de materiales, en ninguna parte se dice que Ortiz perdiera tales materiales, era Yanguas quien los suministraba. El fenómeno de que el trabajador tenga que emplear más tiempo suyo en la repetición de un trabajo defectuoso ocurre siempre que se paga por tarea, por unidad de obra o a destajo. No puede decirse que el uso de ese tiempo demuestre que el trabajador está trabajando su propio riesgo.

"A folio 17 el Tribunal cita a Fabio Montes diciendo que "había ocasiones en que

éste (Ortiz) no estaba, pues había salido a hacer arreglar algún anillo, hacer alguna diligencia". Pero omite aquella parte en que el mismo testigo (folio 29v *in fine*) dice que "había veces en que don Mario llegaba y él (Ortiz) había salido y entonces don Mario le decía que él sabía que él tenía que entrar temprano a la hora que entraban todos allí a trabajar", frase que demuestra claramente la subordinación de Ortiz.

"El Tribunal cita el testimonio de Mario Antonio Herrera (folio 17v.) para apoyar su conclusión de que Ortiz no tenía 'horario', partiendo de la suposición equivocada de que la existencia de una hora de entrada y una hora de salida rígidas es la única manera de demostrar la existencia de órdenes en cuanto a tiempo o cantidad de trabajo, que menciona el artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo. Cuando un trabajador trabaja por un salario fijo está sujeto (en general, no todas las veces) a una hora de entrada y una hora de salida; pero cuando el trabajador gana por tarea o por unidad de obra su jornada depende generalmente del cumplimiento de las mismas; de ahí que el artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo hable de *tiempo o cantidad de trabajo*. Herrera dice que, cuando llegaban a trabajar, Ortiz estaba esperando que abrieran; que, a veces, cuando salían a almorzar, Ortiz se quedaba trabajando; que, a veces, Ortiz laboraba los sábados, mientras los demás descasaban; que, a veces, Ortiz salía un poco antes que los otros trabajadores. Esto demuestra que Ortiz no tenía límite en su capacidad de poner trabajo al servicio de su patrono, que para él no existía el reloj, que para él no existía horario, en el mejor sentido, que era un excelente trabajador. Pero no desvirtúa el hecho demostrado (con la declaración de Montes acabada de citar, por ejemplo) de que Yanguas le exigía a Ortiz el cumplimiento de órdenes en cuanto a la hora de entrada ni el hecho demostrado (con la declaración de Margarita Beltrán) de que Ortiz estaba obligado a entregar el trabajo para la fecha en que Yanguas lo hubiera prometido al cliente. Por lo demás, es bueno repetir que no era sobre Ortiz sobre quien pesaba la carga de la prueba de la subordinación.

"El Tribunal llegó a una conclusión equívocada cuando encontró que el demandado había logrado destruir la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y que no estaba probado el contrato de trabajo correspondiente al periodo comprendido entre mediados de 1974 y marzo 23 de 1976.

"Terminación del contrato."

"En la contestación de la demanda (respuesta al hecho primero) se confiesa que la relación entre las partes duró hasta el 23 de marzo de 1976 en que "ante la perdida frecuente de oro que se estaba presentando se le suspendió el suministro de oro ...". Y al responder el hecho cuarto, repite que "se le suspendió el suministro de oro y se le ofreció trabajo a sueldo fijo que no quiso aceptar".

"Como el trabajo de Ortiz consistía en elaborar el oro que Yanguas le entregaba, suspenderle el suministro de oro era colo-carlo en imposibilidad de cumplir sus labores, era despedirlo, terminar su contrato, como en efecto sucedió. Pero el demandado no demostró, ni siquiera intentó hacerlo, que el oro se estuviera perdiendo. Menos aún, que Ortiz se lo estuviera robando. Por eso la indemnización del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 es procedente.

"Mala fe."

"A folio 3 aparece el acta levantada el 6 de mayo de 1976 ante la Inspección de Trabajo. Consta allí la acusación que se formula contra Yanguas sobre ruptura del contrato del trabajo. El apoderado de Mario Yanguas no negó el hecho y dijo textualmente:

"Quiero dejar también constancia de que los restos del documento roto por mi poderdante, no aparecen sino firmados por el trabajador que reclama en esta audiencia. Aclaro, firmados por el patrono o contratista señor Mario Yanguas y no por el señor Reinaldo Ortiz".

"En la demanda, el demandante repitió en el hecho octavo la misma afirmación y, al contestar la demanda, el demandado aceptó nuevamente la veracidad del suceso, diciendo:

"Es una queja del apoderado del demandante y no un hecho relevante. El docu-

mento que se rompió no era contrato de trabajo, pues éstos no se elaboran en papel sellado, era un contrato de arrendamiento, que no fue firmado sino por Ortiz de manera que no puede establecerse nada de lo afirmado por el apoderado del demandante, sobre la presunta existencia de un contrato de trabajo".

"Como folio 5 del (sic) expediente aparece un sobre que contiene varios pedazos del contrato que rompió Yanguas, y que éste acepta haber roto, pedazos en los cuales aparece la firma de Yanguas, no la Ortiz (sic). La destrucción de este documento aceptada por Yanguas y el escamoteo de parte del mismo (que nunca fue negado) es un indicio poderoso de que el documento roto probaba el contrato de trabajo entre las partes. Si se tratara de un contrato de arrendamiento, ¿con qué objeto había de romperlo y escamotear parte del mismo? Si Ortiz exhibe un documento aduciendo que es un contrato de trabajo, pero se trata de un contrato de arrendamiento, ¿a quién conviene que ese contrato esté idem-nine para que pueda ser leído y apreciado? El papel sellado es un impuesto del cual están exentos los contratos de trabajo. Esto no quiere decir que los contratos de trabajo no puedan, o no deban, o simplemente no se escriban en papel sellado.)

"Otra prueba de mala fe es que, al contestar la demanda, cambió la fecha de terminación del primer contrato, mencionando el año de 1971, en lugar del año de 1972. El hecho de descontar la totalidad de las cuotas del seguro social al trabajador es otra prueba de su mala fe.

"Por eso es procedente la condena del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo.

"Las declaraciones de renta. Las declaraciones de renta examinadas por el perito en su dictámen, y en las cuales no aparece Ortiz como empleado de Yanguas son documentos que emanan del propio demandado y que prueban contra él pero no contra el demandante". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

El Tribunal, de su parte, discurrió así:

"Reinaldo Ortiz Cabrera, en demanda dirigida contra Mario Yanguas Otero, solicita

el pago de cesantía, vacaciones, primas, indemnización por el despido injusto y salarios caídos.

"Se afirma en el libelo que prestó los servicios desde el 9 de septiembre de 1970 hasta el 23 de marzo de 1976, que ejerció las funciones de joyero y que tenía un promedio de \$ 13.000.00 de sueldo cuando fue despedido.

"En la contestación de la demanda se dice:

"Las relaciones entre Mario Yanguas y Reinaldo Ortiz no fueron laborales. Fueron las determinadas en el Código Civil capítulo VIII, del libro 4º, título 26, relativas a la confesión de obra material, Mario Yanguas le entregaba oro para que Ortiz confeccionara la obra material y se pactaba un precio. De este precio Ortiz pagaba a sus trabajadores, que los tenía. Y su vinculación laboral que existió entre septiembre 9 de 1970 y abril de 1971 fue terminada cancelándosele a él y a Manuel Otero sus prestaciones sociales. Después de este hecho el demandante se fue a trabajar con Manuel Otero en un taller de propiedad de éste, con quien trabajó hasta mediados de 1974, fecha en la cual volvió a recibir oro de manos de Yanguas para que elaborara joyas, hasta el 23 de marzo de 1976 en que ante la pérdida frecuente de oro que se estaba presentando se le suspendió el suministro de oro y se le ofreció que celebrara contrato de trabajo, oferta que no aceptó. Se le ofreció entonces que se le alquilaba una parte de la joyería para que instalara en ella su taller y tampoco aceptó. Cuando trabajó como empleado de Yanguas se le liquidaron sus prestaciones sociales. Y cuando estuvo como artífice sus trabajadores eran entre otros: César León García, Fabio Montes, Olmedo Higuita, Marino Ríos. A estos joyeros les pagaba su sueldo, sus prestaciones sociales y estaban bajo su continua subordinación y dependencia".

"Desde la contestación de la demanda, y con las pruebas recepcionadas, se indica que la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se está discutiendo, y como ésta no es de derecho, sino *juris tantum*, admite prueba en contrario, y para definir la controversia es necesario apelar a los elementos esenciales del contrato

de trabajo, se transcribe el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo:

"1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

"a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

"b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrón, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y

"c) un salario como retribución del servicio.

"2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

"Para el trabajador independiente se deben de reunir los siguientes requisitos:

"a) La prestación de un servicio o ejecución de una obra, bien en forma personal o por medio de otras personas, pero el trabajo debe realizarse por sus propios medios;

"b) Autonomía técnica y directiva para realizar la obra o prestar el servicio, y

"c) Que exista un precio determinado.

"El artífice Reinaldo Ortiz Cabrera había recibido un local con llave en las dependencias de la joyería de propiedad del demandado.

"De conformidad con el testimonio de la ex-secretaria de Mario Yanguas, y del testimonio de Fabio Montes Chacón (folio 29), el artífice Reinaldo Ortiz tuvo varios empleados a su cargo, y entre ellos estaban Fabio Montes Chacón, quien laboró con éste desde comienzos del año de 1975 hasta febrero de 1976.

"La ex-secretaria de Mario Yanguas (folio 50 vto.) al contestar una de las preguntas expresó: "los trabajadores eran contratados por Reinaldo Ortiz, quien les pagaba su sueldo y dependían de él únicamente", y en cuanto a los nombres de esos trabajadores de Ortiz, "yo sé de César, su apellido no lo recuerdo, Fabio, tampoco lo

recuerdo, eran unos cuatro, pero los dos últimos no les recuerdo el nombre y apellidos".

"O sea, que el trabajo no lo hacían personalmente Reinaldo Ortiz, sino con ayuda o con colaboración de sus propios empleados.

"El artífice debe de conservar su autonomía técnica y directiva para realizar la obra o prestar el servicio, pues la forma de realizarse el trabajo era que un cliente encomendaba la fabricación de una joya y don Mario Yanguas le entregaba a Reinaldo Ortiz el encargo de hacer esa joya, para entregarla al cliente en una fecha determinada.

"Si esa obra no se podía hacer allí, se confeccionaba en otro taller. No se obligaba al artífice a hacer obras de las cuales no tuviera el conocimiento necesario, ni la habilidad y arte indispensables para ello.

"Lo mismo acontecía con pequeñas reparaciones como gravaciones (sic) de nombres o limpieza de joyas, las cuales eran enviadas por el demandante donde otros artesanos expertos en esos trabajos, éste pagaba y después don Mario Yanguas le reconocía ese valor.

"El hecho de que exista autonomía, libertad o independencia en la dirección y ejecución de los trabajos, no se puede desacatar el requisito de la subordinación del contrato de trabajo, pues esa autonomía o libertad debe de tenerla el artífice para poder confeccionar la joya, utilizando toda su creatividad, experiencia y demás circunstancias que lo acreditan y le dan las aptitudes propias de un artista en esos trabajos, que en algunos casos llegan a hacer obras de arte.

Subordinación o continuada dependencia

Fabio Montes Chacón (folio 29), trabajador del demandante, expresa que él iba a las ocho y media a trabajar al taller y ya Reinaldo Ortiz estaba allí, había ocasiones en que éste no estaba, pues había salido a hacer arreglar algún anillo, hacer alguna diligencia. Que cuando Reinaldo Ortiz iba a salir se lo decía a la secretaria o a don Mario Yanguas cuando él estaba.

"Manuel Antonio Otero Ortiz, quien trabajo al demandante de Bogotá, y quien estuvo también trabajando para éste en alguna

ocasión, afirma categóricamente: "él (Reinaldo) trabajaba como contratista de joyería o sea que cuando llegaba un cliente podía contratar dentro de la joyería. No tenía horario fijo ni tampoco don Mario Yanguas le podía exigir nada, si él quería iba a trabajar porque él tenía obreros que eran los que trabajaban, los cuales están a mando del señor Ortiz".

"El podía hacer lo que quisiera en el taller porque inclusive él mandaba a hacer joyas a otros talleres y esos trabajos los pagaba Reinaldo Ortiz".

"Mario Antonio Herrera Villegas (folio 45), quien fue en dos ocasiones empleado de la joyería, respecto a este punto expresa: "casi por lo regular se puede decir que nosotros cuando llegábamos a trabajar muchas veces lo encontraba esperando de que también abriera para empezar labores, respecto a si era el mismo orario (sic) de nosotros dijo de que allí había cambio de horario porque a veces nosotros salíamos a medio día y a veces el señor Reinaldo Ortiz se quedaba allí trabajando, como en otras ocasiones salía un poco antes que nosotros, aún más hubieron oportunidades de que laboraba hasta los sábados, del cual en un tiempo que nosotros no trabajamos los sábados él quedaba allí".

"Margarita Beltrán Ricaurte (folio 48), quien trabajó como secretaria por seis años de Mario Yanguas, afirma que Reinaldo trabajó un tiempo como ayudante de Manuel Otero y que después estuvo con don Mario como contratista. Que cuando un cliente ordenaba un trabajo, el precio lo hacían de común acuerdo Reinaldo y don Mario, pero el pago lo recibía directamente el dueño de la Joyería. Y en cuanto al horario dice: "el Sr. Reinaldo Ortiz no tenía horario fijo, al no ser empleado de la joyería no tenía horario porque él podía entrar a la hora que quería, en muchas ocasiones se quedaba trabajando a la hora del almuerzo como también laboraba los días sábados y domingos puesto que don Mario le había dado una llave la cual se la quitó a raíz de una pérdida de unos relojes que hubo".

"Más adelante expresa: "Don Mario le entregaba a él la mercancía o trabajo para elaborar, el cual él debería entregar a la

fecha que se le dijera al cliente, para casos de la joyería se le exigía cumplimiento".

"José Olmedo Higuita León, quien sólo trabajó un mes en la joyería, y al igual que Luis Arcadio Rincón, vendedor de mercancías, dice que iba a la joyería tres veces por semana, sí les consta horarios de entrada y salida, los promedios que éste devengaba, en fin, están más enterados que los otros testigos mas vinculados a don Reinaldo y don Mario Yanguas, por lo que deberán de ser tomados como dicen los civiltistas "con beneficio de inventario".

"No está demostrado que existiera una continuada subordinación, pues el demandado al entregar materiales y encargar una obra, y si examina la obra para ver si se le pusieron los mismos materiales especificados, el artífice no puede conveitirse en trabajador. En el fondo, exigirle cumplimiento no se trata de órdenes con la significación que tiene el vocablo para destacar el trabajo dependiente, pues las órdenes deben de referirse al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

"Ahora, que el demandado hubiera autorizado al demandante para estar antes de las 7 de la mañana y a veces para quedarse laborando media hora más o una hora más que los otros empleados de la joyería, o trabajara en las horas de la noche o en los días sábados en la tarde, no está indicando que estuviera cumpliendo un horario, puesto que esa obligación de resultado implica entre más obras confeccionaba más dinero recibía, no importándole el factor tiempo.

"Y si en algunas ocasiones cumplio horario igual o semejante al de los empleados de la joyería, lo hizo por pura disciplina, con el objeto de acoplarse a un tiempo, y no por este hecho se puede decir que se lo imponían, como acontece con los otros trabajadores subordinados.

"A Reinaldo Ortiz se le suministraban los materiales y las herramientas, según la ex-secretaria de la Joyería, eran del actor y del demandado.

"Además, cuando una obra no gustaba a la clientela, Reinaldo Ortiz tenía que repetir la confección de ella, o sea, que corría con un riesgo, cual era la pérdida de la labor en la realización de esa obra, o pérdida de dinero, si eran sus empleados los

que habían realizado dicha labor, pues tenía que cancelarles a éstos sus salarios o volver Ortiz a confeccionar la joya perdiendo un trabajo que ya había realizado y dedicarse a otro y otros que iban a reportar más beneficio.

"Inscripción en los Seguros Sociales. Con la demanda se presentó (folio 6), una inscripción de los Seguros Sociales en la que aparece inscrito Ortiz por la Joyería Mayanguas, de fecha septiembre 9 de 1970 al 31 de marzo de 1976.

"En la inspección judicial, la parte demandada presentó (folio 54) otro certificado donde aparece con varias entradas y salidas llama mucho la atención es que en el año de 1975 tiene dos entradas y salidas en forma contradictoria con la relación de cheques dados a Ortiz (folio 27) entre octubre 17 de 1974 y marzo de 1976.

"También se afirma en la demanda que Ortiz estaba inscrito en los seguros sociales con un salario que no era el que le correspondía.

"Ninguno de los testimonios traídos al expediente indican las diferentes etapas en que el demandante estuvo como trabajador o como contratista independiente. En la demanda se afirma que éste sí estuvo como trabajador de Yanguas entre el 9 de septiembre de 1970 y abril de 1971.

"En la demanda se afirma que éste sí estuvo afiliado y Manuel Otero, primo del demandante y quien lo trajo de Bogotá, explica muy bien esta situación así: "Todo lo que he relatado sucedió entre los años de 1969 a 1970 sin recordar el mes y ambos trabajamos un año y nos liquidaron un año de prestaciones, entonces allí fue cuando yo me quedé con el taller y el Sr. Ortiz empezó a trabajar conmigo no solamente él sino otras cuatro o cinco personas. Reinaldo Ortiz trabajó conmigo unos dos años de 1970 a 1972 y de allí él se fue para Bogotá y regresó a los nueve meses y vino a trabajar conmigo, salió donde mí y fue a donde don Mario Yanguas a trabajar un año completo o sea que trabajó en el año de 1974, y de allí regresó nuevamente a Bogotá, inclusive se llevó la familia, y estuvo unos nueve a diez meses y regresó a Cali otra vez a trabajar donde don Ma-

rio Yanguas hasta la fecha que hubo el problema que fue en el año de 1976".

"Más adelante este mismo testigo expresa: "Yanguas me inscribió en el Seguro pagándole yo todo el seguro sin él tener derecho a asegurarme, en las mismas condiciones estuvo el señor Reinaldo Ortiz asegurado". (folio 43 vto.).

"No todos los papeles se pudieron presentar en la inspección judicial, pues con ocasión de un incendio, pocas cosas quedaron, y entre ellas están las declaraciones de renta de Mario Yanguas (folio 59 y ss.), donde Reinaldo Ortiz no figura como empleado en ninguna de ellas.

"Todo ello está diciendo que no necesariamente una inscripción en los Seguros Sociales nos está dando por establecido que por ese hecho se trata de un empleado, y que por lo tanto hay que desechar todas las otras pruebas que están en el informativo, en donde se discuten, la relación con razones valederas, cual es la de que Reinaldo Ortiz era un contratista independiente de donde se concluye que tenía un contrato de resultado y a riesgo de contratista y lo ejecuta por sus propios medios, teniendo además, autonomía técnica y directiva.

"No podemos tildar de mala fe al demandado por el hecho de inscribir en el Seguro Social a Ortiz, como lo hizo también con Manuel Otero y si lo hizo fue por mera liberalidad, pues sabía que se trataba de un trabajador independiente y lo protegió contra posibles riesgos, y es tan cierto que se hizo por mera liberalidad, que en la demanda se afirma que estaba inscrito en los Seguros Sociales pero nunca con el salario real. Y se cuidó el apoderado del demandante de traer el certificado del Seguro con los sueldos respectivos, donde parece deducirse que éste estaba afiliado con base en los salarios mínimos.

"En cambio, en la contestación de la demanda se confesó una relación laboral del 9 de septiembre de 1970 a abril de 1971 y que esas prestaciones le fueron pagadas, así también lo confirma Manuel Otero, cuando éste con Ortiz laboraron ese periodo como trabajadores de Yanguas y reconfirma que esas prestaciones sociales les fueron canceladas a ambos.

"Ninguno de los testigos habla del tiempo en que estuvo Ortiz como trabajador independiente, y en la contestación de la demanda se confiesa ese periodo desde mediados de 1974 hasta el 23 de marzo de 1976, que es la que pudiera haber servido en el caso de que hubiere resultado una posible relación laboral, ya que la inscripción de los Seguros Sociales se contradicen, entre sí, (folios 6 y 54), como también con la relación de los cheques girados a favor de Ortiz y que obran a folio 27.

"También el Juzgado no se detuvo a analizar cada uno de los testimonios que obran en el proceso y le calculó al demandante un salario promedio, de acuerdo con un testigo que laboró un mes donde el demandado, y de un vendedor de mercancías que iba dizque tres veces por semana, enterándose de todo el rodaje de la joyería. En cambio, el trabajador de Ortiz nunca supo cuanto le pagaban, Manuel Otero tampoco y menos Manuel A. Herrera Villegas, que según él, estuvo trabajando con Yanguas en dos ocasiones.

"Más bien lo hace la ex-secretaria cuando, dice, por cuanto ella era la que elaboraba los cheques, que había semanas que le hacía cheques de \$ 3.000.00 \$ 4.000.00, que era de acuerdo a la entrega de mercancía, pero de ninguna manera está diciendo de que Ortiz se ponía un promedio de \$ 3.500.00 semanales, pues lo que está diciendo es que había semanas que ganaba menos.

"La relación de cheques (folio 27) no está en forma semanal, sino girados indistintamente, y así como hay pagos de \$ 277.00 también los hay de \$ 9.090.00 en mayo 28 de 1975. Y dicha relación está de enero de 1975 a septiembre de ese mismo año, donde faltarían unos meses para buscarse el promedio de marzo a marzo de su último año.

"Se habla de todo esto por la sencilla razón de que el Juzgado fulminó una sentencia desproporcionada en todo sentido, olvidándose que la finalidad de las normas laborales es lograr una justicia equitativa en las relaciones que surgen entre patrono y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Se considera

En cuanto a los documentos que el ataque tiene como no apreciados por el Tribunal ad quem, el Acta de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Valle (folio 3 y 3v. Cuad. 1º) da cuenta de unas afirmaciones hechas por el apoderado del señor Ortiz sobre la existencia de un contrato de trabajo entre éste y el señor Yanguas y de la denuncia sobre el hecho de que Yanguas rompió un documento en presencia de la Inspectora Clara Rodríguez y sólo devolvió parte de él por exigencia de la Inspectora. Da cuenta además de varios asertos del apoderado de Yanguas y el reconocimiento por éste de que su poderdante si rompió el aludido documento que, según él, no contenía un contrato de trabajo. Y da cuenta, finalmente, de que no hubo conciliación entre las partes.

Al folio 5 del mismo cuaderno figura un sobre dentro del cual aparecen varios fragmentos de una hoja de papel sellado, sin que pueda llegar a conocerse el texto de lo escrito en ella.

Nada demuestran entonces tales pruebas sobre los yerros de hecho predicados en el cargo.

Respecto a las pruebas que el recurrente tiene por mal apreciadas en la sentencia objeto de la impugnación, acontece que en la demanda y su respuesta (folios 9 a 14 y 18 a 20, Cuad. 1º, Yanguas sólo acepta la existencia de contrato de trabajo con Ortiz por el lapso comprendido entre el 9 de septiembre de 1970 y abril de 1971, pero añade que le fueron pagadas a este último sus prestaciones. También acepta que Ortiz estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, pero que era éste y no Yanguas quien pagaba las cotizaciones correspondientes. En lo demás, a través de la demanda y su respuesta las partes sostienen las mismas posiciones que mantuvieron durante el curso de las instancias.

El certificado del Instituto de Seguros Sociales (folio 54, Cuad. 1º), que el Juez decretó como prueba en la inspección ocular que practicó (folio 56 ibídem), muestra que Ortiz estuvo afiliado al Instituto durante varios lapsos. Pero, según lo ha

sostenido la jurisprudencia, esa afiliación no es prueba directa y concluyente sino mero indicio de la existencia de contrato de trabajo entre afiliante y afiliado, ya que esta inscripción en el Instituto bien puede obedecer a causas distintas, no siempre licitas, del reconocimiento llano de un vínculo laboral entre aquellos.

La inspección judicial (folios 55 a 56 ibídem) solo da cuenta de que se pusieron a disposición del Juez varios libros y documentos, cuyo examen no hay noticia dentro del acta de la diligencia, y de la posesión del perito Alfar Ospina, a quien se le informó sobre las cuestiones que debía estudiar. Su peritaje (folios 59 a 63 ibídem) constituye prueba distinta e independiente de la inspección misma y, de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, no es hábil para fundar en ella la existencia de errores de hecho alegados en casación. Y las declaraciones de renta del demandado Yanguas, a que alude también el ataque, no obran en autos, pues apenas se hace referencia a ellas en la peritación.

Examinadas como quedan las pruebas calificadas que el cargo tiene como fuente de los errores de hecho que le atribuye al sentenciador ad quem, ha de concluirse que de ellas no surgen de manera evidente los aludidos yerros. Y, en tales circunstancias, no es dable analizar los testimonios de Montes, Higuita, Rincón, Otero, Herrera y Beltrán, que también invoca el recurrente, por impedirlo el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

No prospera este cargo, por lo tanto.

Segundo cargo

Reza así: "violación directa, por aplicación indebida" del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que condujo a la violación también por aplicación indebida de los artículos 65, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptados como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

Sustentación del cargo

El Tribunal decidió que la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo había quedado destruida, por dos

razones: a) porque la prestación del servicio personal había tenido lugar con la colaboración o ayuda de otras personas, y b) porque el demandante no había demostrado la continuada subordinación. Esto condujo al Tribunal a absolver al demandado de todas las pretensiones (sic) formuladas en la demanda.

"Prestación personal del servicio. Después de analizar varias pruebas relacionadas con la prestación del servicio por parte del demandante, dijo el Tribunal (folio 16v.):

"O sea, que el trabajo no lo hacía personalmente Reinaldo Ortiz, sino con ayuda o con la colaboración de sus propios empleados".

"Con base en este criterio, el Tribunal desconoció la existencia del contrato de trabajo, a pesar de que la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la ayuda para la prestación del servicio personal no desvirtúa éste ni desvirtúa el contrato de trabajo. Una cosa es que no se preste un servicio personal sino que el trabajo sea ejecutado por obreros del contratista; otra cosa es que el trabajo se ejecute personalmente, pero que se reciba ayuda de terceros, especialmente si esa ayuda es conocida, autorizada y hasta solicitada por el propio patrono, como en el caso de autos. Al respecto se pueden citar, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte: Casación de 16 de febrero de 1954, Miranda vs. Chardón y Casación de 12 de diciembre de 1959, Gaceta Judicial 2217/19, página 1979.

"Continuada subordinación. Al analizar el elemento subordinación, dijo el Tribunal (folio 18).

"No está demostrado que existiera una continuada subordinación..." o sea que exigió al demandante demostrar la subordinación, siendo que la carga de la prueba

no pesaba sobre él; porque, una vez demostrado al servicio personal, surge la presunción del artículo 24 Código Sustantivo del Trabajo de que tal servicio se presta bajo contrato de trabajo. A partir de ese momento, se invierte la carga de la prueba, y es al demandado a quien corresponde demostrar que no hubo continuada subordinación". (Las subrayas son del texto transcritto).

Se considera

Ciertamente la sentencia recurrida, cuya motivación quedó transcrita en el primer cargo, no es modelo de claridad ni de sindéresis, pero de su texto surge que no solamente por el concepto que critica el cargo sino por el examen de otros elementos de juicio, como la abundante prueba testimonial producida, llegó a la conclusión el Tribunal de que no existió un contrato de trabajo entre Ortiz y Yanguas.

Y como esas otras fuentes de convicción del sentenciador no pudieron ser desvirtuadas por el recurrente, según se vio en el estudio del primer cargo, ha de permanecer incólume el fallo atacado.

No prospera el cargo, en consecuencia.

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 acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA SUSTITUCION PENSIONAL A QUE TIENEN DERECHO LAS HERMANAS DEL PENSIONADO SOLTERAS O VIUDAS, LOS PADRES Y HERMANOS INVALIDOS DEL FALLECIDO APARECE CONSAGRADA EN LOS ARTICULOS

12 DE LA LEY 171 DE 1961 Y 1º DE LA LEY 5º DE 1969

"LA VIUDEZ ES JURIDICAMENTE SEMEJANTE AL ESTADO DE SOLTERIA EN CUANTO SE REFIERE A LA FACULTAD DE CONTRAER MATRIMONIO PARA TENER EL ESTADO CIVIL DE CASADO..."

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta número 37.

Radicación 6064.

En el proceso instaurado por *Pabla de Jesús Maldonado Fontalvo viuda de López contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A., Avianca, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral*, en sentencia de diez (10) de febrero de mil novecientos setenta y siete (1977), reformó el fallo apelado dictado por el *Juzgado Segundo Laboral del mismo circuito*, de trece (13) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976), que resolvió: "PRIMERO. Condénase a la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) a pagar a la demandante Pabla de Jesús Maldonado viuda de Fontalvo (sic), la suma de ocho mil seiscientos setenta y un pesos con 20 centavos (\$ 8.671.20) moneda corriente, por concepto de la sustitución de pensión mensual de jubilación que disfrutaba Octavio Gregorio Maldonado Fontalvo. SEGUNDO. Sin costas", y en su lugar, resolvió: "Reformar la sentencia ape-

lada, la cual quedará así: 1º) Condénase a la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A., Avianca a pagar a la señora Pabla de Jesús Maldonado viuda de López la suma de seiscientos diecinueve pesos con treinta centavos (\$ 619.30), como sustitución pensional, a partir del día 14 de septiembre de 1972 en adelante, y con carácter vitalicio, subrogándose en este derecho a su hermano legítimo señor Octavio Gregorio Maldonado Fontalvo. 2º) Sin costas en ambas instancias".

El demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que no fue replicada.

El demandante como Alcance de la Impugnación, dijo:

"Con el recurso que sustentó la entidad demandada Aerovías Nacionales de Colombia S. A., Avianca, persigue obtener sea casado totalmente el fallo de segunda instancia en cuanto a la condena por sustitución pensional".

Formula el apoderado dos cargos y la Sala procede a estudiar el segundo cuyo texto es el siguiente:

Segundo cargo

Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, con fecha 10 de febrero de 1977, de ser violatorio de la ley

sustancial por aplicación indebida del Decreto 435 de 1971, la Ley 33 de 1973 y la Ley 4^a de 1976, en relación con los artículos 16 y 275 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por las Leyes 171 de 1961 y 5^a de 1969 y los artículos 71 del Código Civil y 3^o de la Ley 153 de 1887.

Demostración del cargo

Este cargo es formulado con prescindencia de errores de hecho o de derecho. No hay discrepancia y son aceptados por el Tribunal y las partes que la demandante es hermana legítima e inválida de un trabajador pensionado fallecido en septiembre de 1972. El Tribunal estima que si su inferior el Juez Segundo Laboral hubiera tenido en consideración el Decreto 435 de 1971, la Ley 33 de 1973 y la Ley 4^a de 1976, que dan carácter vitalicio a la sustitución pensional habría condenado, como lo hará en su sentencia, al pago de la jubilación demandada. La violación de la ley por el fallador fue doble pues a la vez que aplicó normas sustanciales a un hecho probado en juicio pero no regulado por éstas, les dio efecto retroactivo contrariando el expreso mandato legal. La primera disposición indebidamente aplicada fue el Decreto 435 de 1971, que en sus dos artículos pertinentes establece: 'ARTICULO 15. Fallecido un trabajador particular jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieron económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones que lo modificaron y aclaraaron, la respectiva pensión durante cinco (5) años subsiguientes'. PARAGRAFO. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tienen derecho causado a disfrutar, de los dos años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado tal derecho hasta completar los cinco (5) años señalados en este artículo. ARTICULO 16. Este decreto rige a partir del 1º de abril de 1971 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. No es difícil afirmar de su simple lectura que señala como beneficiarios de la

pensión al cónyuge y sus hijos; estos últimos bajo circunstancias especiales. Se remite al inicialmente modificado y luego derogado artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no para revivirlo pues es bien sabido al tenor del artículo 3º de la Ley 153 de 1887 que 'una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma que aparezca reproducida en una ley nueva'. La cita del artículo 275 es para mantener las reglas sucesoriales o de concurrencia y las cuotas partes entre padres e hijos. Pero sería traído de los cabellos argumentar que la expresión 'según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo' incluye más beneficiarios de la pensión que aquéllos expresamente indicados en el Decreto. Es pues ostensible la aplicación indebida de este decreto para reconocer un derecho a la hermana viuda del expensionado. La segunda norma citada por el Tribunal no menos clara en su texto que la anteriormente glosada dice: '1º Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. PARAGRAFO 1º Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieron económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclaraaron. Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagará, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales. La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciban los demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital. PARA-

GRAFO 2º A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta ley. **ARTICULO 4º** Esta ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias'. En forma idéntica al Decreto 435 de 1971 esta ley únicamente concede derecho a sucesión pensional a las viudas y a los hijos que se hallen en determinadas circunstancias. También se remite al derogado artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, en términos muy restrictivos pues dice: 'En este último caso se aplican las reglas contempladas en el artículo 275 del Código...'. El llamado 'último caso' es el de concurrencia de hijos menores estudiando o inválidos con el cónyuge supérstite, pues para la cuota parte de unos y otros establece al final del párrafo primero el respectivo porcentaje sin requerir acudir a otras disposiciones. Tal referencia a las voces del artículo 3º de la Ley 153 de 1887 no revive el inicial artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y menos estando expresamente derogado por el artículo 4º transcrita. Es palpable la equivocación del Tribunal de Segundo grado al pretender que de las disposiciones invocadas antes transcritas emerge el derecho a continuar disfrutando de una pensión por las hermanas viudas como la demandante, expresamente excluidas del beneficio sucesoral. Aplicó esta norma clara en su texto a una situación de hecho que no está regulada por ella. Pero el concepto de aplicación indebida de la Ley 33 de 1973 va más lejos al hacerle producir efectos sobre hechos que no regula. El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo tiene prohibido la retroactividad de la ley sustancial. En septiembre 4 de 1972 cuando murió el pensionado, las hermanas viudas no eran y luego demostraré que nunca han sido, causahabientes o beneficiarias de la pensión y está el Tribunal haciendo producir efectos hacia el pasado a una ley expedida en el año siguiente al de deceso del pensionado. Finalmente ha sido indebidamente aplicada la Ley 33 de 1973 que regula toda la mate-

ria de la sustitución pensional, pese al texto expreso del artículo 4º derogando las disposiciones contrarias, por infracción de los artículos 71 del Código Civil y 3º de la Ley 153 de 1887 que disponen: '**ARTICULO 71.** La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial'. '**ARTICULO 3º** Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería'. Es igualmente innegable que la Ley 33 además de regular toda la materia en forma expresa deroga las disposiciones contrarias como serían el artículo 275 (de estar vigente para entonces) y las Leyes 171 de 1961 y 5ª de 1969 citadas en la formulación del cargo. Afirma que las hermanas viudas en ninguna época de la Legislación Laboral colombiana han tenido derecho a la sustitución pensional y si equivocadamente el Tribunal entiende revivido o vigente el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo por la referencia contenida en la Ley 5ª de 1969 artículo 1º, es oportuno el siguiente comentario: Esta última disposición establece: 'A falta de cónyuges e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado'. 'Cuando el legislador utilizó las expresiones 'hermanos inválidos' y 'hermanas solteras', excluyó los solteros y las hermanas inválidas. La demandante en este proceso por no ser varón está excluida de la categoría de 'hermanos inválidos', y por ser viuda, también queda por fuera de la noción de 'hermanas solteras'. No puede ni gramatical ni jurídicamente sostenerse que la expresión hermanos inválidos cobija los dos sexos, como tampoco que la que predica de las hermanas solteras se refiera indistintamente a éstas y a los va-

rones. De haber sido tal el querer de los redactores de la ley habría utilizado una más simple expresión gramatical como podría ser hermanos inválidos o solteros. La distinción por razón de sexos y condiciones demuestra el interés definido de no mezclar unos y otros. No siendo la demandante ni hermano inválido ni hermana soltera, forzoso es concluir que por este aspecto, así se entendieran vigentes disposiciones derogadas, tampoco tiene derecho a la sustitución pensional. La última de las tres leyes citadas por el Tribunal de Barranquilla en su decisión de mérito es la Ley 4^a de 1976 cuyo artículo 8^o sería el vinculado al caso *sub judice*. ARTICULO 8^o 'A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto Ley 3135 de 1968 y del Decreto Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y de la Ley 12 de 1975'. Ha sido indebidamente aplicada al caso debatido porque la demandante no ha disfrutado de sustitución pensional y tampoco tiene derecho causado a la pensión. (...)".

Se considera

La sustitución pensional establecida por un lapso de cinco años en los artículos 15 del Decreto Ley 435 de 1971 y 10 de la Ley 10 de 1972 en favor del cónyuge y de los hijos menores de edad o incapacitados para trabajar por razón de invalidez o de estudios de quien falleciere estando jubilado o con derecho a gozar de tal calidad, fue modificada consagrándola en forma vitalicia en beneficio de éstos según los términos del artículo 1^o de la Ley 33 de 1973, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 1^o. Fallecido un trabajador particular, pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. Parágrafo 1^o Los hijos menores del causante

incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon. Si concurrieren cónyuge e hijos la mesada pensional se pagará, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales. La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciban los demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital. Parágrafo 2^o A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta ley".

Del texto de la norma antes transcrita aparece en forma expresa que la sustitución pensional en forma vitalicia solamente beneficia al cónyuge supérstite y los hijos menores o incapacitados para laborar del ya jubilado o con derecho que llegare a fallecer.

Por lo anterior el ad quem violó la norma contenida en el artículo 1^o de la Ley 33 de 1973 en razón de haberla aplicado a un caso no regulado por ella y en consecuencia prospera el cargo con las consecuencias que en sede de instancia se expresan a continuación.

La empresa demandada ha censurado que una hermana de pensionado, viuda, tenga derecho para gozar de la sustitución pensional de su hermano, por considerar que la situación de viudez es diferente al de la hermana soltera para la cual reconoce la ley dicho beneficio.

Ante la ley la condición de viudez no constituye una calidad de estado civil, sino la situación de quien estuvo casada y su cónyuge falleció.

La viudez es jurídicamente semejante al estado de soltería en cuanto se refiere a la facultad de contraer matrimonio para tener el estado civil, de casado, que si es contemplada por la ley en forma diferente al de soltero, no teniendo en consecuencia importancia que la mujer viuda conserve o no su apellido de soltera o el de quien fue su cónyuge, ni la ley la obliga en uno o en otro sentido.

De lo dicho se llega a la conclusión de que la condición de viuda de un tercero no limita a la hermana del ya pensionado o con derecho a tal beneficio, para pedir el reconocimiento de la pensión en virtud de la sustitución.

La sustitución pensional a que tienen derecho las hermanas del pensionado solteras o viudas, los padres y hermanos inválidos del fallecido aparece consagrada en los artículos 12 de la Ley 171 de 1961 y 1º de la Ley 5ª de 1969 que preceptúan que a falta de cónyuge e hijos del jubilado o con derecho a jubilación tienen derecho a percibir la pensión, por el término de dos años bajo la condición de que hubieran dependido económicamente en forma exclusiva del fallecido y no posean medios suficientes para atender a su congrua subsistencia, sin que tal orden de beneficiarios y lapso de sustitución haya sido modificado por normas jurídicas posteriores.

A folios 5, 6, 7 y 9 del expediente obran las partidas del estado civil que reúnen los requisitos legales, mediante las cuales se acredita, en su orden, matrimonio entre Pablo Maldonado y Asención Fontalvo, nacimiento de Pabla de Jesús Maldonado Fontalvo, nacimiento de Octavio Gregorio Maldonado Fontalvo y de defunción de Octavio Gregorio Maldonado Fontalvo, con las que se comprueba que la demandante y Octavio Gregorio Maldonado Fontalvo eran hermanos y que este último falleció el 4 de septiembre de 1972.

Con el certificado expedido por la dese prueba que Octavio Gregorio Maldonado Fontalvo gozaba de pensión de jubilación reconocida por aquella a partir del 18 de septiembre de 1964 en cantidad men-

sual de \$ 618.30, y con declaraciones, ex tra juicio ratificada en el proceso de Tomás Solano y judicial de Francisco Giacometo Durán, que la actora dependía económica mente y en forma exclusiva de su hermano y que no disfruta de medios suficientes para su congrua subsistencia.

De lo antes expuesto se concluye que por ser equivalente jurídicamente la condición de viudedad con la del estado civil de soltera y de acuerdo con lo establecido por los artículos 12 de la Ley 171 de 1961 y 1º de la Ley 5ª de 1969, Pabla de Jesús Maldonado Fontalvo viuda de López tiene derecho a la sustitución pensional de la jubilación que disfrutaba su hermano Octavio Gregorio Maldonado, por un lapso de dos años, contados desde la fecha del fallecimiento de éste, ocurrida el 4 de septiembre de 1972.

Como la demandante en su libelo solicitó se condenara a "Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca" a reconocerle por sustitución la pensión de jubilación que disfrutó su hermano fallecido sin indicar que con los aumentos que hubiera tenido y tan solo se refiere a esto en memorial presentado —enero 20 de 1977— con posterioridad a la audiencia de trámite en Tribunal —enero 14 de 1977—, no es posible a la Sala acceder a lo pedido por estar resolviendo en sede instancia —artículo 50 Código de Procedimiento Laboral—.

Debe modificarse la condena proferida por el a quo en lo referente al monto total de la sustitución pensional, por cuanto el valor de dos años de ella a razón de \$ 619.30 mensuales no es de \$ 8.671.20, sino la cantidad de \$ 14.863.20.

En vista del resultado del cargo antes estudiado es innecesario examinar el primero.

En virtud de lo antes expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y en su lugar CONFIRMA la proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, de fecha trece (13) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976) y REFORMA su numeral primero

en el sentido de que la condena allí decretada es por la suma total de catorce mil ochocientos sesenta y tres pesos con veinte centavos (\$ 14.863.20) moneda corriente, en el proceso seguido por Pabla de Jesús Maldonado Fontalvo viuda de López contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca.

Sin costas.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO POR CONSIGNACION. DICHO PAGO REUNIO LAS CONDICIONES EXIGIDAS POR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. LA CONSIGNACION NO IMPLICABA QUE FUERA CONDICIONAL, PUES EVIDENTEMENTE NO APARECE QUE EL PAGO POR CONSIGNACION HUBIERA SIDO SOMETIDO A CONDICION ALGUNA. BUENA FE PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta Nº 38

Radicación 6104

En el proceso instaurado por *Carlos A. López Balcázar* contra la *Industria Lechera de Entreríos y Roberto H. Wills y Cía*, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral*, en sentencia de veintiocho (28) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977), modificó el fallo apelado dictado por el *Juzgado Segundo Laboral del mismo Circuito*, de trece (13) de diciembre de mil novecientos setenta y seis (1976), que resolvió: "Primero. CONDENASE a la Sociedad denominada Industria Lechera de Entre Ríos Roberto H. Wills & Cía. representada por el señor Roberto Wills Pinzón o por quien haga sus veces a pagar al demandante, señor Carlos Alberto López Balcázar, con C. C. Nº 142029 de Bogotá, la suma de \$ 61.920.00 (Sesenta y un mil novecientos veinte pesos) M/cte., por concepto de indemnización moratoria. Segundo. DECLARASE PROBADA, de oficio, la excepción de pago respecto de las peticiones Vacaciones, prima de servicios y cesantía. DECLARASE PARCIALMENTE PROBADA la excepción de COMPENSACION respecto de las peticiones vacaciones,

prima de servicios y cesantías, hasta el límite de \$ 4.466.68, conforme la parte motiva de esta sentencia. Tercero. ABSUELVESE a la sociedad de las demás peticiones impetradas por el actor. Cuarto. COSTAS a cargo de la sociedad demandada en cuantía del 70%. Tásense. DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Quinto. CONDENASE al señor Carlos Alberto López Balcázar, a pagar, una vez en firme la presente sentencia, a la sociedad Industria Lechera de Entre Ríos Roberto H. Wills & Cía, la cantidad de \$ 4.073.32 (Cuatro mil setenta y tres pesos con treinta y dos centavos) M/cte., por concepto de deuda pendiente. Sexto. ABSUELVASE al señor López Balcázar de las demás peticiones formuladas por la Sociedad contrademandante. Séptimo. DECLARANSE NO PROBADAS las excepciones propuestas por el contrademandado. Octavo. COSTAS a cargo del señor López Balcázar en cuantía del 30%. Tásense", y en su lugar, dijo: "Primero. MODIFICASE el numeral Primero del fallo apelado, en el sentido de CONDENAR a la sociedad demandada a pagar al señor Carlos Alberto López Balcázar la suma de dieciocho mil doscientos cuarenta pesos (\$ 18.240.00) M/cte., por concepto de indemnización moratoria. Segundo. MODIFICASE el numeral Segundo del referido fallo, en el sentido de DECLARAR PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCION DE PAGO respecto de las peticiones de vacaciones y primas de servicios, y de pago parcial hasta por la suma de un mil doscientos cincuenta y tres pesos con treinta y dos centavos (\$ 1.253.32) M/cte., respecto a la de cesantía; y de DE-

CLARAR probada la excepción de compensación por la suma de cuatro mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 4.466.68) por la misma petición de cesantía. Tercero. MODIFICA-SE el numeral Quinto de dicho fallo en el sentido de CONDENAR al señor Carlos Alberto López Balcázar a pagar a la sociedad Industria Lechera de Entre Ríos Roberto H. Wills y Cía. la suma de Cuatro mil treinta y tres pesos con treinta y dos centavos (\$ 4.033.32) de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Cuarto. CONFIRMASE en todo lo demás. Quinto. SIN COSTAS en la alzada".

El demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que no fue replicada.

El demandante como Alcance de la impugnación, dijo:

"Se contrae a que la Honorable Corte Suprema de Justicia, con base en los cargos que formularé, case parcialmente la sentencia acusada en cuanto modifica, en contra de mi mandante, la condena por sanción moratoria; declara probada la excepción de compensación respecto a cesantía; condena al trabajador reconvenido a pagar a la compañía contrademandante el saldo de un préstamo y al pago parcial de costas de la demanda de reconvención. Para que, en función de instancia la revoque, en el sentido de condenar a la sociedad demandada al pago de la indemnización moratoria hasta cuando cancele la totalidad de las prestaciones sociales adeudadas, modifique el monto de la excepción de compensación que declaró probada; absuelva a mi mandante de toda condena en la demanda de reconvención; imponiendo además a la empresa demandada el pago de las costas de las dos instancias y las del recurso extraordinario. Subsidiariamente solicito que se case parcialmente el fallo impugnado en cuanto modifica la condena por concepto de indemnización moratoria, en el sentido de decretarla únicamente por el período comprendido entre el 16 de mayo y el 3 de agosto de 1973, para que, en sede de instancia, complemente la condena de indemnización por mora el día 15 de junio de 1975, fecha en que la demandada

solicitó al Juzgado 12 Laboral de este Circuito, se entregara al trabajador el valor de las sumas consignadas en ese Despacho, o al menos, revoque parcialmente el numeral 1º del fallo del *ad quem* en cuanto al modificar en este punto el fallo de primera instancia, dejó sin efecto la condena a una parte de la indemnización moratoria, en primer grado decretada y correspondiente al lapso que va del 28 de noviembre de 1974, al 15 de junio de 1975, por un valor de \$ 47.520.00 y en su lugar, confirme el fallo de primer grado, respecto a este segundo período de indemnización moratoria".

Formula el apoderado del demandante, dos cargos así:

Primer cargo

La sentencia acusada viola, por vía indirecta y por aplicación indebida, los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de los documentos que obran a los folios 90 a 96, que consisten en las copias de la diligencia de pago por consignación ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá; y por falta de apreciación del escrito de contestación a la demanda de reconvención, al cual se adjuntó las copias de lo existente en ese momento sobre las mencionadas diligencias de pago por consignación. Estos defectos de apreciación probatoria o la falta de su apreciación, condujeron a los siguientes errores de hecho evidentes; no dar por demostrado, estándose, el monto de la consignación, hecha por parte de la compañía demandada en el Juzgado 12 Laboral, no cubría la totalidad de lo adeudado al trabajador por prestaciones sociales cuando terminó el contrato de trabajo; dar por demostrado, sin estarlo, que la mora en la aceptación del referido pago por consignación, hecho por la empresa no obedece a mala fe patronal, sino a un yerro del Juzgado que recibió la oferta; y, en concluir equivocadamente que la única mora atribuida al patrono, merecedora de sanción, es la comprendida entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo y la de la oferta de pago por consignación. El

Tribunal no apreció debidamente los documentos relacionados con las diligencias de pago por consignación, adelantadas ante el nombrado Juzgado 12 Laboral de Bogotá, pues el valor de lo consignado únicamente llega a la suma de \$ 9.416.65; folio 93. Si el fallador hubiera apreciado debidamente esta prueba, ha debido concluir que el monto de la cosignación no cubría la totalidad de lo adeudado al trabajador por prestaciones a la terminación del contrato y que, según el mismo fallo llega a la cantidad de \$ 13.883.33. Tampoco estimó debidamente el memorial que la empresa dirigió al Juzgado 12 Laboral de este Circuito, recibido el 3 de agosto de 1973 (folio 92), en el cual tan sólo da cuenta que se había consignado el valor de las prestaciones sociales adeudadas al extrabajador Carlos López Balcázar, pero en el cual el Gerente de la Sociedad solamente formula una única solicitud, para que el Juez se sirva determinar 'el camino a seguir en este caso para recuperar la suma que el señor López debe a esta empresa'. Si lo hubiera apreciado debidamente, no hubiera concluido que se trataba de una oferta de pago hecha por el patrono, pues en parte alguna de su memorial se pide al Juzgado que ordene la entrega y la cancelación del título a favor del trabajador ya que tan solo el memorial se limita a formular una solicitud para que se indique el procedimiento a seguir para recuperar una suma que afirma la sociedad que se le adeuda, y, en consecuencia, no lo hubiera llevado a afirmar que el referido Juzgado incurrió en yerro al dictar la providencia que no aceptaba la oferta, por falta de requisitos legales, pues es apenas obvio que es de la esencia en esos casos que se exija como requisito mínimo que se ofrezca el pago. El fallador de 2^a instancia también apreció indebidamente el memorial presentado por la demandada al Juzgado 12 Laboral, y recibido el 16 de junio de 1975, (folio 95) por cuanto allí se dice que, 'esta empresa ha sido informada recientemente que ese Juzgado no aceptó el pago por consignación hecho desde agosto de 1973 a favor del señor Carlos López', aclarando a este respecto que dicho pago no estuvo condicionado, por lo cual debía aceptarse y su valor po-

nerse a disposición del beneficiado. Si el Tribunal hubiera apreciado debidamente esta prueba, no hubiera concluido que a raíz de la petición y aclaración que contiene ese escrito, se había enmendado el error del Juzgado que no aceptó la oferta de pago y que la demora en aceptarla hasta el día 20 de febrero de 1976 'no obedecía a mala fe patronal'. Si no hubiera apreciado mal dicho memorial, forzosamente habría concluido que el proceder asumido por la empresa no se ajustaba a la verdad y a los postulados de la buena fe. Pues, correctamente, cómo puede afirmar la empresa, en el referido memorial presentado el 13 de junio de 1975, que recientemente ha sido informada que el Juzgado no aceptó la consignación, cuando de ese rechazo tenía pleno conocimiento, por lo menos desde el 28 de noviembre de 1974, fecha en que se aceptó la contestación de la demanda de reconvenCIÓN, en la cual se transcribió el auto de rechazo a la consignación y se adjuntó copia de todo lo actuado hasta ese momento en las diligencias de consignación (folio 22 a 27) pruebas éstas que no estimó el fallador, como tampoco apreció el interrogatorio de parte, absuelto por el representante de la demandada, el día 6 de marzo de 1975 (folios 38 y 39) cuya pregunta octava precisamente se hizo sobre la no aceptación de pago por consignación hecha por el Juzgado 12 Laboral del Circuito, y el señor Juez del conocimiento le puso de presente al preguntado las copias auténticas que obraban en el expediente, en relación con las diligencias de pago por consignación y su rechazo judicial. Es decir, en este caso no solamente opera la presunción de mala fe que se traslude del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que, existe prueba de esa mala fe en los documentos que se acaban de citar, especialmente, el memorial que la demandada presentó el día 15 de junio de 1975, al Juzgado 12 Laboral del Circuito, pues si su intención era la de pagar y obrar de buena fe, ha debido aclarar la consignación inmediatamente tuvo conocimiento de su rechazo. A consecuencia de estos errores evidentes de hecho, la sentencia violó indirectamente los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran en su

orden el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos de trabajo y a lo que por ley pertenece a esa relación jurídica, y el derecho a la indemnización moratoria, cuando a la terminación del referido contrato el patrono no paga al trabajador las prestaciones debidas, pues no solamente por lo irregular y temporal ineficacia de la consignación efectuada por la demandada, sino por ser sensiblemente e inferior a lo realmente adeudado al trabajador, no constituye la solución efectiva del total de la obligación, ni alcanza a limitar el contenido y finalidad de la norma consignada en el presente artículo 65. Reiterada y uniforme ha sido la jurisprudencia de esa Honorable Corporación sobre la aplicación de la sanción moratoria contemplada en dicho precepto del Código. Al efecto, me permito citar estas jurisprudencias: 'El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no exige que haya deseo de pagar sino que efectivamente se pague, y no solamente parte de lo que deba el patrono por salarios y prestaciones, sino todo lo que deba, porque de lo contrario es aplicable la sanción de dicho artículo 65'. (Sentencia del 24 de marzo de 1956. D. del T., volumen XXIII Nº 136-138, página 232). 'La sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es aplicable sin consideración a la cuantía de lo que el patrono adeuda al trabajador' (Casación 26 de septiembre de 1957, Gaceta Judicial LXXXVI, página 333). Debe pues, esa alta Corporación, en sede de instancia revocar el numeral 1º de la sentencia del *ad quem* en cuanto congela la sanción moratoria en la suma de \$ 18.240.00 y hasta el período comprendido al 3 de agosto de 1973, para condenar a la empresa a la totalidad de la sanción por mora y hasta el momento en que se cubran la totalidad de lo que adeuda el actor, por prestaciones sociales. En subsidio, solicito que el prenombrado numeral 1º de la sentencia se complemente condenando a la empresa patronal a la sanción moratoria, hasta el día 15 de julio de 1975, fecha en que fue presentado el memorial al Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, aclarando y complementando su pretendida oferta de pago por consignación; o en su defecto, que al me-

nos se complemente la indemnización moratoria, condenándola también a pagar la indemnización por el segundo período, comprendido entre el 28 de noviembre de 1974, día en que se aceptó la contestación de la reconvención y la empresa tuvo conocimiento del rechazo de su oferta, y el 15 de junio de 1975, cuando la empresa presentó el memorial al Juzgado 12 Laboral de este Circuito, de que da cuenta la sentencia de primera instancia, la cual solicito que la H. Corte en sede de instancia confirme en esta condena parcial".

Se considera

El impugnador acusa la sentencia por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de las normas legales que cita en el cargo, a causa de los errores de hecho evidentes originados en la falta de apreciación de pruebas o su equivocada apreciación, sobre lo cual la Sala observa:

La apreciación que hizo el Tribunal en su sentencia al considerar que el pago por consignación —folio 90 a 96 Cuad. 1— que hizo la Sociedad demandada el 3 de agosto de 1973, ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en favor del actor por la suma de \$ 9.416.65, reunía las condiciones exigidas por el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo y que fue equivocado el auto proferido por el Juzgado mencionado al expresar, sin motivación alguna, que no la aceptaba, presumiblemente por considerar el citado Juez que por el hecho de que en el memorial de oferta de pago hubiera expresado la consignante que el señor López le adeuda \$ 8.500.00 y solicita se le indicara como recuperar tal suma, no le quitaba validez legal pues no implicaba que fuera condicional según criterio del ad quem, acertado a juicio de esta Sala, pues evidentemente no aparece que el pago por consignación hubiera sido sometido a condición alguna tal como consta claramente de su texto.

Por otra parte, como lo advirtió el fallador de instancia, el hecho de la equivocación del Juez ante quien se consignó no puede afectar ni menos producir que se dude de la buena fe de la Sociedad Indus-

tria Lechera de Entreríos, Roberto Wills y Cía.

La falta de apreciación por el Tribunal de la prueba consistente en el escrito de contestación de la demanda de reconvención presentada el 27 de noviembre de 1974, y admitida al día siguiente, que según el censor originó los errores de hecho contenidos en su cargo por cuanto con ella tuvo conocimiento la Sociedad del hecho de que hasta en dicha fecha no se había modificado la determinación del Juez 12 Laboral de no aceptación del pago y no solicitó reconsideración, no puede inferirse a juicio de la Sala que no fuera válida la consignación por las mismas razones antes expuestas y porque tampoco podía haber mala fe de quien procediera de acuerdo con la ley. Además, las otras pruebas no apreciadas por el Tribunal consistentes, a juicio del atacante, en la confesión del demandante en interrogatorio de parte, efectuado el 6 de marzo de 1975, al dar respuesta a la pregunta 8 —folio 38 y 39— de conocer el hecho de la existencia del auto mencionado del Juez 12 y del posterior memorial de éste a dicho Juez —16 de junio de 1975— insistiendo en la entrega de lo consignado, no alcanzan a configurar mala fe por la equivocación, consistente en la no aceptación de pago; además de que el actor no había solicitado de que se pusiera a disposición lo consignado, por lo que cree la Sala en el supuesto caso de que el juzgador de instancia hubiera incurrido en los errores de hecho que afirma el cargo ellos no tendrían carácter de ostensibles.

Tampoco a juicio de la Sala se acreditó mala fe de la demandada por el hecho de que en la sentencia recurrida se hubiera declarado probada la excepción de compensación por la suma de \$ 4.466.68, ya que con ello tan solo se estableció que el actor era deudor de una obligación en dinero exigible a favor de la Sociedad demandada y por otra parte fue condenado a pagar a esta la cantidad de \$ 4.033.32.

En consecuencia de lo anterior el cargo no prospera.

Segundo cargo

“El fallo acusado viola indirectamente por aplicación indebida el artículo 59 del

Código Sustantivo del Trabajo en consonancia con los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, que se produjo como consecuencia de errores evidentes de hecho de indebida apreciación de los documentos que obran a los folios 91 y 92 del expediente. Esta equivocada apreciación de la prueba hizo que el fallador incurriera en los siguientes errores evidentes de hecho: No dar por establecido, estando, que el trabajador no autorizó por escrito ni en forma alguna al patrón, que la totalidad de lo adeudado le fuera descontado por o de sus salarios o prestaciones; en tener por demostrado, sin estarlo, que dicho monto total de lo adeudado era actualmente exigible; y en concluir que era evidente que operara el fenómeno de la compensación, consagrado en el artículo 1714 del Código Civil, declarando probada esta excepción hasta por la suma de \$ 4.466.68, quedando a cargo del trabajador la cantidad de \$ 4.033.32, a cuyo pago se le condenó. En efecto, el fallador apreció indebidamente el recibo que obra al folio 91, pues es diferente que el trabajador asuma por escrito el pago de una deuda, a que autorice por escrito la compensación de esa deuda con el valor de sus prestaciones en dinero, como tampoco implica que la obligación a que hace referencia, cuyo saldo en documento del folio 92, la empresa confiesa que tan sólo es de \$ 8.500.00, sea actualmente exigible. Si el Tribunal hubiera apreciado debidamente los citados documentos, forzosamente habría concluido que el saldo de la obligación no era actualmente exigible y que el trabajador no autorizó por escrito la compensación del saldo insoluto por el valor de sus prestaciones en dinero. En consecuencia el fallador de 2^a instancia, como consecuencia de los errores evidentes de hecho que se dejan señalados transgredió el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, norma violada indirectamente por su inaplicación, al declarar probada una compensación, sin mediar la autorización escrita del trabajador para que legalmente ella pudiera operar. Tampoco hubiera violado por vía indirecta las normas contenidas en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, que, respectivamente consagran la compensación cuando las partes sean re-

cíprocamente deudosas, y por la otra, establece que tal compensación opera por ministerio de la ley, ya aún sin el conocimiento de los deudores, siempre que, entre otras calidades reunan las que ambas deudas sean actualmente exigibles, pues, la terminación del contrato de trabajo únicamente hace exigible las deudas del patrono al trabajador, pero no quiere decir ello que las del trabajador para con el patrono, sean exigibles a la terminación del contrato de trabajo. Habría concluido el Tribunal, si no hubiera ocurrido en los errores evidentes de hecho, anteriormente reseñados, que la compensación alegada, carece de respaldo legal, menos en lo que respecta a la suma de \$ 893.74, de que da cuenta el documento del folio 48, pues el trabajador si autorizó por escrito que ella fuera descontado del valor de sus prestaciones, y tampoco hubiera condenado al trabajador al pago de un saldo insoluto de \$ 4.033.32, por no ser exigible".

Se considera

Respecto de este cargo también formulado por concepto de aplicación indebida en razón de errores de hecho que a juicio del censor incurrió el fallador, la Sala encuentra:

Que el Tribunal al declarar probada la excepción de compensación propuesta por la Sociedad en la contestación de la demanda inicial y al acceder en parte a la demanda de reconvenCIÓN en la cantidad de \$ 4.466.68, apreció correctamente la documental que obra al folio 25 del expediente por cuanto en ella consta la existencia de una obligación a cargo del actor y a favor de la Sociedad demandada por la suma de

\$ 15.000.00, cuyo saldo según la Sociedad era de \$ 8.500.00, sin término de exigibilidad ni sujeta a condición alguna por lo cual tiene el carácter de obligación pura y simple y por lo mismo exigible, ya que su contenido debe cumplirse en el acto mismo en que fue contraída, y por consiguiente compensable por decreto judicial de conformidad con los artículos 1715 a 1723 del Código Civil, lo que también está permitido por el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, mediante mandato judicial forma que es diferente cuando existe autorización escrita del trabajador al patrono para cada caso especial.

Por lo expresado 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 impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de veintiocho (28) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977), en el juicio de Carlos A. López Balcázar contra la Industria Lechera de Entreríos y Roberto H. Wills y Cía.

Sin costas del recurso por no haberse causado.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOMINGOS Y FESTIVOS

Es necesario que el trabajador acredite la prestación del servicio en domingos y festivos, la que no se presume por el simple hecho de encontrarse en un lugar diferente al de su residencia habitual

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 39

Flavio Melo, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a *Armour Farmacéutica de Colombia S. A.*, para que se la condene a pagarle lo siguiente: La remuneración de setenta días dominicales y festivos trabajados; Reajuste de cesantía y primas de servicios; días compensatorios; indemnización por mora por no habersele practicado examen correspondiente, indemnización en dinero por la disminución de la capacidad laboral, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda *Flavio Melo Melo* trabajó al servicio de *Armour Farmacéutica de Colombia S. A.* como visitador médico vendedor desde el 30 de octubre de 1967 hasta el 31 de mayo de 1973, en el contrato de trabajo se pactó que el trabajador tenía la obligación de "efectuar los viajes en la oportunidad por las vías, con los itinerarios y por los territorios que el PATRONO le señale"; en cumplimiento de tal cláusula *Melo Melo* trabajó setenta días domingos y festivos, que no le fueron remunerados de acuerdo con la ley ni se le concedió el descanso compensatorio; en un viaje en el desempeño de sus funciones sufrió un accidente al caerse la avioneta que lo transportaba de Yopal a Villavicen-

cio, accidente que le ocasionó una lesión cervical permanente que no ha sido posible corregir.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de *Armour Farmacéutica de Colombia S. A.* aceptó los hechos, menos los referentes al trabajo en días domingos y festivos y al accidente de trabajo. Se opuso a las peticiones.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado del conocimiento*, que lo fue el *Tercero Laboral del Circuito de Bogotá*, decidió la *litis* en sentencia dictada el veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y ocho, en cuya parte resolutiva condenó a *Armour Farmacéutica de Colombia S. A.* a pagar a *Flavio Melo Melo* lo siguiente: "a) La suma de \$ 8.636.10, por concepto de trabajo en días domingos y festivos. b). La cantidad de \$ 27.602.83, por concepto de reajuste de auxilio de cesantía y \$ 261.69, por concepto de reajuste de la prima de servicios. c) La suma de \$ 2.878.70, por concepto de días compensatorios de descanso, y d) La cantidad de \$ 279.95, diarios, a partir del día 1º de abril de 1973, inclusive, y hasta cuando se verifique el pago total de las presentes condenas, a título de indemnización moratoria". Absolvió de los demás cargos a la demandada, a quien condenó en costas y cuyo apoderado apeló.

El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral*, en fallo de treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y ocho Revocó el de primer grado y en su lugar absolvió de todos los pedi-

mentos formulados en el libelo a la parte demandada. No hizo condena en costas.

Recurrió en casación el apoderado de Flavio Melo Melo. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente que la Corte, "ca-se parcialmente la sentencia recurrida en cuanto absolvio a la sociedad demandada del pago de remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio, reajuste de cesantía y primas de servicio y salarios caídos o indemnización moratoria, y, que constituida en Tribunal en de instancia, confirme la sentencia de primer grado, ex-cepto en cuanto a la condena por valor de descanso en días de descanso obligatorio, con la consecuencial condena sobre costas".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula un solo cargo así:

Cargo único

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 179 (modificado por el 12 del Decreto 2351 de 1965) 249 y 253 (modificado este último por el 17 del Decreto precitado y 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo). La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación del contrato escrito de trabajo que suscribieron las partes (folios 10), de la confesión ficta del representante legal de la demandada (folios 165 a 172) y de las planillas o registros de correrías del demandante, que aportaron parcialmente el apoderado del actor y complementó el procurador judicial de la sociedad al ir a realizar la práctica de una inspección judicial. (folios 13 a 48 y 135 y 136). Los errores evidentes de hecho consisten: 1º) En no dar por demostrado, esténdolo plenamente, que el demandante en desarrollo de su contrato de trabajo o en ejercicio de sus funciones, laboró en días domingos o de des-canso obligatorio; 2º) En no dar por de-

mostrado, que la sociedad demandada no liquidó ni pagó el auxilio de cesantía y la última prima de servicios, incluyendo el valor del trabajo en esos días de descanso obligatorio; y, 3º) En no dar por establecido, esténdolo plenamente, que la demandada se halla en mora injustificada y re-tiene sin razón el valor de la remuneración en esos días de descanso y el reajuste ,al menos de la cesantía. El Tribunal apreció erróneamente el contrato de trabajo sus-crito por las partes (folio 10), porque de la circunstancia de no haber demostrado el demandante que presentara reportes es-critos de cada viaje —hecho no sometido a discusión— jamás puede colegirse que no efectuara los viajes 'por las vias, con los itinerarios y por los territorios que el Patro-no le señale', tal como reza la cláusula B) del contrato. Con la misma lógica del juz-gador podría concluirse que como el tra-bajador no demostró en este proceso —no era motivo alguno de contienda— que pre-sentara "programas y políticas de venta", como se convino en otras cláusulas, por tal omisión de prueba deba inferirse que no laboró en días domingos mientras efectuó sus correrías de viajante vendedor. La apreciación de la prueba es ostensiblemente errónea. Pero resalta más ese equivocado entendimiento frente a la confesión ficta del representante legal de la demandada (folios 165 a 172), que tuvo que hacerse por renuencia del mencionado representante legal a presentarse a contestar interro-gatorio de parte. Basta leer esa confesión ficta para evidenciar que la empresa elaboraba las rutas mensuales de viaje, que el demandante tenía que realizar los viajes como agente vendedor ajustándose a esas rutas asignadas, que en los registros de viajes se designaban en su orden los días de la semana con la primera letra de cada día, que en los registros se señalaban los viáticos devengados, y, en resumen, que cumplió con su obligación de viajar con-forme a los itinerarios señalados por la empresa. Pero es más, conforme a la misma confesión, debe destacarse que el Tribunal, para absolver por la reclamación por val-or de descanso en días domingos, acepta como cierto que la Empresa "le pagaba a Melo descanso compensatorio en la semana

siguiente al domingo laborado", pero no tiene en cuenta, dado lo indivisible de la confesión y que ha debido aceptar también, que lo hacía "por laborar los domingos" el trabajador. Como esta observación se refiere también a la confesión del demandante al interrogar, destaco lo erróneo de la apreciación probatoria. Finalmente, valga destacar que el mismo Tribunal no pue-
de menos de reconocer que: "Es de obser-
var que la originalidad y autenticidad de las
planillas que los apoderados de las partes
adujeron a los autos se encuentra plena-
mente acreditada, toda vez que estas no
fueron desvirtuadas, si ratificadas con la
declaratoria de confeso de la parte deman-
dada que obre a folios 165 a 172". No obs-
tante dicha observación, se concluye por
el Tribunal que si bien la Empresa ordenó
el cumplimiento de las rutas señaladas en
las planillas, estas no prueban el trabajo
en días domingos, porque el actor no com-
probó —hecho no controvertido— que pre-
sentara reportes de cada uno de los viajes
realizados. Tamaño error. Con esa lógica
habría que concluir con el Tribunal que
como el actor no demostró (no tenía por-
que hacerlo ya que no se controvertió, no
fue objeto de debate) que informara "so-
bre el estado financiero de la clientela, fre-
cuentemente, etc." —otra de sus obliga-
ciones—, jamás trabajó en días domingos.
Precisamente esas planillas demuestran
todo lo contrario. Cuando se complementa-
ron por el señor apoderado de la sociedad
al intentar practicar la diligencia de inspec-
ción (y por lo cual se prescindió de su prá-
ctica), se adujeron como "registros o pla-
nillas sobre correrías del demandante" (fo-
lio 131), y basta su simple observación pa-
ra cerciorarse que tuvo que laborar en va-
rios días domingos precisamente especifi-
cados o individualizados en las menciona-
das planillas. Estas no fueron o no com-
prenden la totalidad del tiempo laborado
por el trabajador, sino una parte, pero se
refieren —no se discute este punto— al de-
sarrollo del contrato del demandante. Las
mencionadas planillas arrojan un total de
cuarenta y cinco (45) domingos trabajados,
que deberán liquidarse conforme al salario
fijo y variables que devengó el trabajador.
No se necesita esfuerzo alguno para veri-

ficar en el proceso tal dato. Y, finalmente,
el trabajo en tales días se corrobora con el
pago de viáticos en tales días, pues según
la cláusula C) del contrato de trabajo, "El
Patrón le pagará los gastos de viaje, ma-
nutención y alojamiento siempre que estos
se comprueben según las normas que el pa-
tron establezca y si los viajes se realizan
conforme a las instrucciones del patrono".
(folio 10). Es incontrovertible que el pa-
tron pagó esos gastos y la declaratoria
de confeso lo ratifica. Resulta, entonces,
evidente que durante la ejecución de su
contrato de trabajo, el demandante tuvo
que laborar y laboró en días domingos (los
que se verifican en las planillas o registros
de viaje), sin que se le pagara la remune-
ración correspondiente y sin que ese valor
se tuviera en cuenta para liquidar y pagar
la cesantía y última prima de servicios. Si
las pruebas que se dejan indicados no se
hubieran apreciado erróneamente, como ya
se demostró, no se habrían cometido los
errores ostensibles de hecho anteriormente
precisados, ni se habrían transgredido las
disposiciones de carácter laboral sustan-
cial integrantes de la proposición jurídica
indicada en este cargo. Habriase concluido
que el demandante sí laboró en días domin-
gos y que el valor de este trabajo no se
incluyó en la liquidación de cesantía y
prima, como también que la Empresa está
en mora injustificada de pagar todas esas
deudas laborales. Se limitó a negar el tra-
bajo del actor en tales días, pero sin nin-
guna razón válida, como que aún las pro-
banzas que ella misma presentó demues-
tran los derechos del trabajador. No sobra
advertir que si tales errores de hecho no
se hubieran cometido por el Tribunal, no
se habrían quebrantado las normas consa-
gratorias de los derechos reclamados".

Para el opositor la proposición jurídica
es incompleta, pues no se indican como vio-
lados los artículos 172 y 177 del Código
Sustantivo del Trabajo, normas sustancia-
les, que no lo es el 179 que se limita a se-
ñalar la forma como se remunera el tra-
bajo en domingos y festivos. Agrega que los
errores que la demanda le endilga al sen-
tenciador no aparecen estructurados en
parte alguna, pues parte de un supuesto
básico, cual es el de haber laborado pre-

suntamente el actor en días domingos y festivos. Considera, además, que las pruebas no fueron apreciadas erróneamente.

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre el trabajo en días de descanso obligatorio:

“Solicita el actor en su libelo el pago de los días dominicales y festivos laborados por él durante la ejecución del contrato. Al respecto en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha sostenido que para la prosperidad de ésta petición es indispensable que el trabajador demandante a quien le corresponde la carga de la prueba (artículo 1757 Código Civil) demuestre que evidentemente laboró en tales días, demostrando el número exacto de cada uno de ellos. El actor para hacer tal probanza allegó a los autos unas planillas (folios 13 a 48) contentivas de las rutas que debía cubrir durante el mes, elaboradas por la entidad empleadora; en las que ordenaba que ruta debía cubrir cada día de la semana y además, se le asignaba el hotel donde debía llegar; cuando do le correspondía salir de su sede de trabajo que era la ciudad de Bogotá. Por otra parte se le decía cual era la modalidad de su transporte ya sea en jeep, bus o avión; además se le establecía de manera precisa cuáles eran los viáticos que se le reconocían en cada viaje o recorrido. Empero cabe advertir que si bien las planillas de las mencionadas rutas aportadas por la parte demandante no estaban completas no es menos cierto que es el propio apoderado de la demandada quien aportó al informativo las faltantes. Es de observar que la originalidad y autenticidad de las planillas que los apoderados de las partes adujeron a los autos se encuentra plenamente acreditada toda vez que éstas no fueron desvirtuadas, si ratificadas con la declaratoria de confeso de la parte demandada que obra a folios 165 a 172. Pero aún en el evento de que se encuentre acreditada la existencia real de las planillas, éstas no prueban que el actor hubiera laborado los dominicales y festivos por cuanto que si bien la empresa ordenó el cumplimiento de las rutas que aparecen en las mencionadas

planillas, el trabajador demandante no demostró que las hubiera cumplido, toda vez que según reza en documental contentiva del contrato escrito de trabajo (folio 10) en su cláusula 2) el trabajador tenía como obligación la de presentar al patrono reportes escritos de cada viaje, con las indicaciones del personal visitado, los deseos de la clientela...” circunstancia que no fue acreditada en autos. De otra parte de las preguntas formuladas en el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada no se desprende confesión alguna en el sentido de que el trabajador hubiere laborado en los domingos y festivos que son materia de reclamo. Consiguientemente deberá revocarse en éste punto la sentencia apelada y en su lugar absolver por concepto de domícales y festivos a la entidad demandada”.

Se considera

En el contrato de trabajo celebrado entre las partes cuyo original obra a folios 10, se pactó como obligación especial del trabajador la de “Presentar al Patrono reportes escritos de cada viaje, con las indicaciones sobre el personal visitado, los deseos de la clientela, la aceptación de los productos, eficacia en los despachos y toda otra indicación conveniente para el incremento de las ventas y las buenas relaciones con la clientela”. Del incumplimiento de esta cláusula dedujo el Tribunal que no se había acreditado por parte del trabajador el trabajo en domingos y festivos, porque no existe constancia de que hubiera cumplido las rutas e itinerarios que aparecen en las planillas, deducción que no es contraria a los hechos, máxime si en el mismo contrato se pactó que el trabajador se obliga “cuando permanezca fuera del control directo del patrono por motivos de viaje, a no trabajar en domingos y festivos”.

Pero aún siendo cierto que el patrono elaboraba mes por mes las rutas de viaje, que Melo estaba obligado a cumplir el itinerario señalado en tales rutas, que en los registros de viajes se designaban en su orden los días de la semana con la primera

letra de cada día, que en los registros se señalaban los viáticos devengados y que Melo cumplió con su obligación de viajar conforme a los itinerarios señalados por la empresa, como se desprende de los hechos en relación con los cuales la sociedad demandada fue declarada confesa y de las planillas que obran a folios 14 a 48 y 113 a 135, no se desvirtúa la conclusión del Tribunal Superior sobre la falta de prueba del trabajo en domingos y festivos, pues dicha labor no se demuestra por la sola circunstancia de que el trabajador cumpliera los itinerarios y rutas de viaje en períodos que incluían domingos y festivos. En estos casos, cuando el trabajador se ausenta de su sede para desempeñar sus funciones, dentro de las condiciones pactadas, es necesario que acredite la prestación del servicio en tales días, la que no se presume por el simple hecho de encontrarse en un lugar diferente al de su residencia habitual.

Que a la sociedad demandada se la declarara confesa en cuanto al hecho consistente en que por laborar los domingos, se le otorgaba a Melo descanso compensatorio en la semana siguiente al domingo laborado, demuestra apenas el cumplimiento por parte de una obligación cuando el demandante trabajó en domingo, pero no acreditó cuáles fueron tales domingos trabajados.

No habiéndose acreditado que el Tribunal Superior incurrió en evidente error al no dar por demostrado que el demandante en desarrollo de su contrato de trabajo o en ejercicio de sus funciones, laboró en días domingos o de descanso obligatorio, tampoco se han comprobado los otros dos, que son consecuencias del primero. El cargo, 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 treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio ordinario seguido por Flavio Melo Melo contra Armour Farmacéutica de Colombia S. A. .

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RELACIONES INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES OFICIALES

EL DECRETO 797 DE 1949, ES REGLAMENTARIO DEL ARTICULO 11 DE LA LEY 6^a DE 1945

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 7020

Acta N° 39

En el juicio laboral que propuso don *Alejandrino Duarte Correa* contra el *Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema*, el *Tribunal Superior de Bogotá*, en fallo del 24 de febrero de 1979, revocó el parcialmente condenatorio de la primera instancia y se inhibió de dirimir el litigio por entender que hubo indebida acumulación de pretensiones en la demanda.

En estas circunstancias, el señor Duarte recurrió en casación contra aquel fallo para impetrar que se le infirme y, en su lugar, se mantenga el de la primera instancia.

Para lograr ese propósito, formula tres cargos en su demanda de casación (folios 6 a 28 de este cuaderno), replicados oportunamente por el Idema (folios 36 a 41 *ibidem*).

Conviene examinar en primer término si es legalmente improcedente este recurso de casación, como lo plantea el impugnador en su alegato (folios 36 a 37 *ibidem*).

Al respecto, se anota que la Sala Plena de Casación Laboral, en auto del 13 de julio de 1976 (juicio de Alberto Castro Márquez v/s. "Inmobiliaria de Crédito S. A.", expediente N° 5546) encontró que las sen-

tencias inhibitorias si son susceptibles del recurso extraordinario de casación. En esta providencia, y luego de transcribir los artículos 56 del Código de Procedimiento del Trabajo, tal como fue modificado por el 9º del Decreto Legislativo 1752 de 1956, y 59 del Decreto Ley 528 de 1964, hizo una confrontación de los dos textos, y dijo así:

"Una lectura comparativa de los textos transcritos deja en evidencia de que mientras el primero alude a "sentencias definitivas", el segundo de ellos simplemente se refiere a "sentencias" para indicar qué proveidos son susceptibles del recurso de casación.

"Se requería pues dentro del régimen de la primera norma que el fallo dictado en un juicio hiciera imposible intentar uno nuevo entre las mismas partes y por idéntico motivo para que procediera recurrir contra él en casación.

"En cambio, al amparo de lo preceptuado por el artículo 59 del Decreto Ley 528 de 1964, no hace falta que el fallo haga tránsito a cosa juzgada, es decir que sea definitivo, para que pueda proponerse contra él la casación, sino que basta que con su pronunciamiento quede agotada la segunda instancia o la primera cuando se acuda por *saltum* ante la Corte, como lo permite el artículo 89 del Código Procesal, desde luego que la nueva norma tiene un sentido expreso más amplio que el de la antigua, sin que pueda el intérprete restringir sus alcances muy nítidos por mera reminiscencia de un anterior estatuto ya desaparecido.

"No es óbice para lo anterior que el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil diga que "son sentencias las que deci-

den sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien y las que resuelven los recursos de casación y revisión", ya que, como es natural y obvio, esa definición sólo excluye de su contenido aquellas providencias que resuelven sobre las excepciones previas aducidas dentro del trámite específico que para el efecto establecen los artículos 97 a 100 del Código, uno de cuyos presupuestos es el de que se propongan "al tiempo con la contestación de la demanda", según lo exige el artículo 98, sin que con fundamento en dicho artículo 302 pueda privarse de la calidad de fallos a las providencias judiciales que decidan un litigio con base en el examen de hechos que hubieran podido invocarse como excepciones de pronunciamiento previo y no se invocaron, desde luego que si no lo hizo así el demandado y es el sentenciador quien los encuentra y examina al agotar la instancia, mal cabría sostener que ésta no feneció al proferirse fallo por no haberse calificado en él la materia de fondo del proceso, puesto que, como es sabido, una providencia de esta índole no puede ser revocada ni modificada por el mismo juez o Tribunal que la dictó y, por ende, sólo correspondería variarla o infirmarla al superior jerárquico, si lo hubiere para el caso, siempre que se recurra oportunamente contra ella, de lo contrario, tal providencia le pondrá fin al proceso de que se trate, cosa que no es nota característica del fallo judicial sea cual fuere su contenido en concreto.

"Bien claro resulta así que dentro del nuevo régimen establecido por el artículo 59 del Decreto Ley 528 de 1964 no hace falta que la sentencia sea definitiva, es decir tenga la fuerza de cosa juzgada, para que sea susceptible del recurso de casación pues basta para ello que agote la instancia respectiva en procesos que por su naturaleza y cuantía legalmente permitan el empleo de este medio extraordinario de impugnación de fallos judiciales.

La Sala acoge como doctrina de la Corte la tesis que acaba de exponerse y rectifica la contraria que fue sostenida en algunas

ocasiones con anterioridad a esta provisión".

Esclarecido, como queda, que si era viable interponer el presente recurso de casación, procede analizar los cargos formulados en la demanda respectiva.

Primer cargo

Dice así: "Acuso el fallo proferido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, de fecha 24 de febrero de 1979 en el proceso seguido por el recurrente contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA" por *interpretación errónea* en cuanto sirvió de medio para quebrantar el precepto sustancial contenido en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 9º, 14, 24, 27, 63, 139, 142 y 149.

"La interpretación errónea consistió en considerar que el agotamiento de Vía Gubernativa de Reclamo previa a la iniciación de un proceso, a que se refiere el Art. 6º del Código Procesal del Trabajo, incluye la obligación para el peticionario de solicitarle al patrono la declaración de existencia del contrato de trabajo, desconociendo así que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de Trabajo", según el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y que cuando se debate como punto principal la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo, compete exclusivamente al Juez del Trabajo hacer dicha declaración.

Demostración del cargo

"Para la sustentación del planteamiento anterior desarrollaré a continuación los siguientes puntos: transcripción de la norma medio. Transcripción de la norma sustancial violada. Transcripción del concepto que tiene la Honorable Corte sobre interpretación errónea de la ley. Transcripción de la motivación en la sentencia del Honorable Tribunal que se ataca en esta demanda. Apreciación del casacionista sobre la interpretación errónea del Honorable Tribunal en la sentencia acusada". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Transcribe luego el cargo los artículos 6º del Código Procesal del Trabajo y 24 del Código Sustantivo del Trabajo una doctrina de la Sala sobre lo que es la interpretación errónea como forma de quebrantar la ley y extensos pasajes de un fallo de la Corte donde se estudia lo referente al agotamiento de la vía gubernativa como etapa previa para acudir a la jurisdiccional, y remata la acusación así:

"El recurrente comparte el criterio de la Honorable Corte en el sentido de que el agotamiento de la vía gubernativa de reclamo es UN PRESUPUESTO DEL PROCESO, pero anota que dicha exigencia sustancial, no puede llegar hasta la inclusión de una petición injurídica como es la de solicitarle al patrono que declare la exigencia de un contrato de trabajo entre él y el demandante. Este aspecto NO ES PRESUPUESTO DEL PROCESO y al exigirlo el Juez de Segunda Instancia viola la ley procesal (artículo 6º Código Procesal del Trabajo), y por este medio viola la ley sustancial (artículo 24), con las obvias repercusiones en las demás normas sustantivas que se detallarán más adelante.

"5. *La motivación del Tribunal.* La parte motiva de la sentencia impugnada, anota textualmente:

"Dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada en el caso *sub judice*, es menester cumplir con el agotamiento previo del procedimiento gubernativo exigido por el artículo 6º del Código Procesal Laboral.

"Ahora bien, al examinar la reclamación administrativa, visible de folios 8 a 10, y la demanda judicial, que obra de folios 2 a 5, se advierte que en la última se incluyó la petición de: "Declarar que estando vigente el contrato de trabajo la parte demandada le dio por terminado unilateralmente y sin justa causa, "mientras que en la primera, o sea, en la reclamación administrativa esta petición no se hizo. Esta situación origina el fenómeno de la indebida acumulación de pretensiones a la luz del numeral 1º del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que afecta el presupuesto procesal demanda en forma que inhibe al juzgado para proferir una decisión de mérito conforme a lo sostenido por la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 14 de 1970, que dice:

"... Finalmente, para completar el estudio de este tema, no sobra advertir que cuando en una demanda judicial se ejercitan varias acciones y el Juez es competente para conocer de algunas por haberse agotado con respecto a ellas el procedimiento gubernativo o reglamentario, y de otras, no por la razón contraria, el fenómeno que se produce no es el de incompetencia y consiguiente nulidad, sino el de una indebida acumulación de acciones por violación de la regla 1ª del artículo 209 del Código Judicial, aplicable por analogía, que afecta el presupuesto procesal "demanda en forma", según reiterada calificación jurisprudencial, y que fuera de permitir la proposición del correspondiente medio exceptivo, inhibe al juzgador para proferir una decisión de mérito".

"6. *Apreciación del recurrente sobre la interpretación errónea de la ley por parte del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.* Como se ha venido bosqueando a través de las sustentación del cargo, el Juez de Segunda Instancia interpretó erróneamente el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y a través de esta interpretación errónea violó en primer lugar el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y después consecuencialmente, los artículos 9º, 14º, 24, 27, 65, 139, 142, y 149, del Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 52 del Decreto 797 de 1949 y el artículo 17 de la Constitución Nacional, sobre protección al trabajador en su trabajo y en su salario.

"Esa apreciación errónea se sistematiza así:

"a. Interpretó el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo en el sentido de considerar que el demandante debía agotar vía gubernativa de reclamo sobre la existencia del contrato de trabajo.

"b. Interpretó la misma norma en el sentido de suponer que es presupuesto del proceso laboral, indispensable para adelantar la acción, pedirle al patrono que declare la existencia de un contrato de trabajo.

"c. Apoyó su interpretación errónea en una jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia que no tiene relación directa con el tema de agotamiento de vía gubernativa de reclamo sobre existencia o inexistencia del contrato de trabajo.

"d. Con su interpretación errónea, violó el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, porque no tuvo en cuenta que el contrato de trabajo se presume en toda relación de trabajo.

"e. Con la interpretación errónea del artículo 6º del Código Procesal del Trabajo se violaron normas sustanciales que protegen los derechos del trabajador en su salario y en su trabajo: La protección que a nombre del Estado y por mandato de la ley deben dar los jueces (artículo 9º Código Sustantivo del Trabajo); la irrenunciabilidad de los derechos consagrada en texto legal (artículo 14); la presunción de existencia de contrato de trabajo en toda relación laboral (artículo 24); la remuneración que debe tener todo trabajo (artículo 27); la obligación de pagar oportunamente esa remuneración, (artículo 57 numeral 4º); LA OBLIGACION DE PAGAR UNA INDEMNIZACION A RAZON DE UN DIA DE SALARIO POR CADA DIA DE MORA. (artículo 65 o 52 del Código Sustantivo del Trabajo del Decreto 797 de 1949); la irrenunciabilidad del salario (artículo 142); y la prohibición de retener suma alguna del salario del trabajador, salvo situaciones taxativamente señalados en la ley (artículo 149)". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Y concluye impetrando que se admite la prosperidad del ataque planteado.

Se considera

Nadie discute en el proceso que el IDEMA es una entidad oficial. Precisamente se debate ahora lo relativo al agotamiento del trámite gubernativo, que es requisito previo para incoar demanda judicial cuando se trata de litigios contra entes de derecho público.

Y en tratándose de tal especie de personas jurídicas es muy claro el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo cuando excluye de su régimen las relaciones de

derecho individual del trabajo entre el Estado y sus servidores, a lo cual se añade que el artículo 492 del mismo Código dejó subsistentes las normas anteriores a ese estatuto para regular las relaciones individuales de los trabajadores oficiales.

Luego no es pertinente invocar preceptos del Código en litigios que, como el presente, se susciten entre un ente de derecho público y quien haya sido servidor suyo.

La índole de las normas invocadas impide pues conocer en el fondo el presente ataque, y debe rechazarse, por lo tanto.

Segundo cargo

Su texto es el siguiente: "Acuso el fallo proferido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 24 de febrero de 1979 en el proceso seguido por el recurrente contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA" por *Indebida Aplicación del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil*, en cuanto sirvió de medio para quebrantar el precepto sustancial contenido en el artículo 52 del Decreto 797 de 1949, en relación con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre indemnización moratoria, los siguientes del mismo estatuto, 9, 14, 24, 27, 139, 142, 149, y el artículo 17 de la Constitución Nacional sobre protección al trabajador en su trabajo y en su salario.

"Esta indebida aplicación del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil consistió en considerar que había, (donde no había), INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES; al no dar por aprobados algunos hechos estándolo, al considerar que no estaba probado el agotamiento de vía gubernativa de reclamo estándolo, y, al suponer que las declaraciones que se piden en una demanda como preámbulo a las pretensiones, son pretensiones propiamente dichas.

Demostración del cargo

"Para sustentar los planteamientos contenidos en el segundo cargo, desarrollaré los siguientes puntos: Transcripción de la

norma medio, cuya violación permitió que se violaran otras normas fin, de carácter sustancial; referencia a las normas fin de carácter sustancial violadas; transcripción del concepto que tiene la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre indebida aplicación de la ley; la posición del Honorable Tribunal Superior en la sentencia impugnada y por último, las apreciaciones del recurrente sobre la indebida aplicación de la ley y sus consecuencias". Las mayúsculas y subrayas son del texto transcripto).

Transcribe luego el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, para continuar así:

"Normas sustanciales (fin) de orden nacional violadas. Hacen referencia esencialmente a la obligación que tiene el Estado de proteger el trabajo de quienes en él su forma principal de subsistencia, actuando por intermedio de todas las autoridades, para que se pague el salario debido al trabajador, en forma directa, según las estipulaciones pactadas, en forma oportuna; y cuando no se le paga oportunamente se le reconozca una indemnización, así: es un mandato imperativo para todas las autoridades proteger a los ciudadanos colombianos en su trabajo (artículo 17 de la Constitución Nacional y 9º del Código Sustantivo del Trabajo), no permitir que se renuncie a los derechos mínimos consagrados para los trabajadores en la legislación laboral (artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo); presunción de la existencia de contratos de trabajo en todas las relaciones de trabajo (artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo); obligación para todos los patronos de remunerar el trabajo dependiente (artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo); obligación para el patrono de pagar directamente el salario al trabajador o a quien él autorice (artículo 139 del Código Sustantivo del Trabajo); irrenunciabilidad del salario, (artículo 142 del Código Sustantivo del Trabajo); y prohibición para el patrono de deducir o retener el salario del trabajador, salvo casos excepcionales y taxativos que no se dieron en este proceso, (artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo).

"Como es evidente en el proceso, se trataba de conseguir por la vía judicial que el

patrono pagara 10 días de salario no pagados oportunamente, y consecuencialmente la indemnización ordenada por el artículo 52 del Decreto 797 de 1949, en armonía con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"3. Concepto de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre la indebida aplicación de la ley. Sostiene nuestro máximo Tribunal de justicia: "Tiene lugar:

"a. 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;

"b. Cuando se da como probado un hecho alegado como básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido, o viceversa y, sobre esta base se aplica la respectiva disposición legal desde luego de una manera indebida a un hecho inexistente, y

"c. Cuando la indebida aplicación proviene de que a una prueba se le ha dado un mérito distinto del que expresamente le atribuye la ley o se le ha dado el mismo que ella le ha fijado, pero fuera de las condiciones o sin los requisitos que la ley exige para que se le estime así.

"4. El criterio del Honorable Tribunal en la sentencia que se impugna para aplicar indebida la ley. La sentencia impugnada afirma:

"Ahora bien, al examinar la reclamación administrativa, visible a folios 8 a 10, y la demanda judicial, que obra de folios 2 a 5, se advierte que en la última se incluyó la petición de: "Declarar que estando vigente el contrato de trabajo la parte demandada lo dio por terminado unilateralmente y sin justa causa", mientras que en la primera, o sea, en la reclamación administrativa esta petición no se hizo. Esta situación origina el fenómeno de la indebida acumulación de pretensiones a la luz del numeral 1º del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que afecta el presupuesto procesal demanda en forma". (... subrayá).

"5. Apreciaciones del recurrente sobre la indebida aplicación de la ley por parte del Honorable Tribunal. En criterio del casa-

cionista derivado de la argumentación anterior la indebida aplicación por parte del Honorable Juez de segunda instancia se sistematiza así:

"a. La jurisprudencia transcrita parcialmente por el Juez de Segunda Instancia para apoyar su decisión, hace referencia al artículo 209 del Código Judicial deroga, do, que expresamente tenía relación con la *ACUMULACION DE ACCIONES* y el artículo 82 se refiere a la *ACUMULACION DE PRETENSIONES*.

"No es necesario, hacer explicaciones sobre la gran diferencia existente entre *ACCION Y REPRESION*. Esta jurisprudencia está contenida en el fallo de octubre 14 de 1970 dentro del proceso ordinario laboral seguido por Ernesto Calderón Flórez contra la Universidad Nacional y es evidente que no viene al caso.

"b. Las declaraciones que se solicitan en una demanda no son propiamente pretensiones.

"En efecto, aunque en la práctica profesional sea usual la solicitud de los demandantes por conducto de sus apoderados judiciales, de que el Juez de primera instancia haga una o más declaraciones, esto no es obligatorio. Lo es, para el Juez, en virtud de que la PARTE DECLARATIVA de las demandas NO SON PRESUPUESTOS DEL PROCESO, sino requisitos adjetivos, para orientar al juzgador en cuanto a la justificación de la PARTE PETITORIA DEL LIBELO, O PRETENSIONES Propiamente dichas.

"c. El Honorable Tribunal aplicó indebidamente la ley, especialmente las normas citadas sobre salarios insolutos e indemnización, por errores de hecho, evidentes y manifiestos en los autos, a los cuales llegó por apreciación errónea de la reclamación administrativa, visible de folios 8 a 10, y la demanda judicial, que obra a folios 2 a 5 del expediente, pues estaba demostrado que se había cumplido plenamente el presupuesto procesal de agotamiento de vía gubernativa de reclamo.

"d. También aplicó indebidamente la ley el Honorable Tribunal, al suponer que el extrabajador tenía la obligación de pedir

a su patrono, (el IDEMA en este caso) que DECLARARA LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO. Gravísimo precedente atentatorio contra nuestro ordenamiento jurídico y particularmente contra los intereses de los trabajadores se sentaría, de prospesar tan absurda tesis". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrito).

Pide, finalmente, que se declare próspero el cargo.

Se considera

Este ataque adolece del mismo defecto del primero en cuanto a la invocación de normas del Código Sustantivo del Trabajo. Pero debe añadirse ahora que el Decreto 797 de 1949, que si se refiere a trabajadores oficiales, sólo tiene dos artículos y no puede entonces haberse infringido en este caso su artículo 52. Además, el Decreto 797 es mero reglamento del artículo 11 de la Ley 6^a de 1945, que es la verdadera norma sustancial, texto este último cuya infracción no ha sido acusada, según lo anota el opositor.

No puede pues examinarse el fondo del ataque por las razones que acaban de exponerse. Debe ser rechazado, en consecuencia.

Tercer cargo

Fue formulado así: "Acuso el fallo proferido por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 24 de febrero de 1979, en el proceso ordinario adelantado por el recurrente contra el instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA", por violación del artículo 50 del Código Procesal Laboral, en relación con el artículo 52 del Decreto 797 de 1949, con una evidente interpretación errónea.

"La interpretación errónea consistió en suponer que el Juez de Segunda Instancia puede fallar por fuera de lo pedido por las partes. Con esta interpretación se violó el derecho del demandante a obtener la indemnización por mora en el pago de sus salarios, según la condena hecha por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Demostración del cargo

"a. Ninguna de las partes indicó en el proceso que se declarara la existencia de un contrato de trabajo.

"b. En consecuencia, la existencia del contrato de trabajo no fue materia de debate en el proceso.

"c. Mal podía entonces, el Honorable Tribunal fallar sobre este aspecto.

"d. Al hacerlo, violó el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo que textualmente reza:

"e. *Extra y ultra petita. El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas*". (Subraya en la copia) El TRIBUNAL NO PUEDE EN CONSECUENCIA FALLAR EXTRA PETITA.

"f. Con la anterior violación de una norma procesal se dio vía para la violación posterior de la norma sustancial cuyo texto reza: "salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios prestaciones e indemnizaciones que le adeuden...".

"En otras palabras, la indemnización por mora, en armonía con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo" (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Considera, finalmente, que el ataque ha de prosperar.

La Sala observa:

El Decreto 797 de 1949 es reglamentario del artículo 11 de la Ley 6^a de 1945, que es la verdadera norma atributiva de derechos y que no fue citada en el ataque. Además, el aludido Decreto sólo tiene dos artículos, lo cual hace evidente que no pudo darse el quebranto de su artículo 52, porque no existe.

De consiguiente, debe rechazarse este 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 el fallo acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Los Magistrados

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ALCANCE DE LOS ARTICULOS 11, 57, 58 Y 60 DEL ACUERDO NUMERO 224 DE 1966 DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL I. C. S. S., APROBADO POR EL DECRETO 3041 DE 1966 Y LOS ARTICULOS 193, 254, 260 Y 275 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y LEY 33 DE 1973 (Riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre ocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta N° 41

Radicación 5870

En el proceso instaurado por Zoila Elena Arjona Vda. de Bermúdez contra la Empresa Generoso Mancini y Cía Ltda. y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales "I.C.S.S.", el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en sentencia de siete (7) de octubre de mil novecientos setenta y seis (1976) revocó el fallo apelado dictado por el Juzgado Primero Laboral del mismo circuito, de treinta (30) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976), que resolvió: 1. "CONDENAR como en efecto se condena, a la empresa Generoso Mancini y Cía Ltda., representada legalmente por su gerente señor Joaquín De Mier y en este juicio por el doctor Carlos Daniel Abello Roca, a pagar a la señora Zoila Arjona Vda. de Bermúdez, representada judicialmente por el doctor Arnaldo Maury Castro, la suma de Treinta mil pesos (\$ 30.000.00) M/cte. 2. ABSOLVER, como en efecto se absuelve, a la entidad Instituto Colombiano de Seguros Sociales, representado legalmente por su Director doctor Rafael Vergara Benedetti, y en este juicio por el doctor Hugo Manco

Dávila, de los cargos de la demanda instaurada por la señora Zoila Arjona Vda. de Bermúdez, representada judicialmente por el doctor Arnaldo Maury Castro. 3. DECLARAR, como en efecto se declara, no probada la excepción de Inexistencia de la obligación propuesta por el apoderado de la Empresa Generoso Mancini y Cía. Ltda. de conformidad con la parte motiva de esta providencia. 4. SIN COSTAS", y en su lugar, resolvió: "REVOCASE el fallo apelado, y en su lugar se dispone: 1. CONDENASE a la empresa demandada Generoso Mancini y Cía Ltda. a reconocer y pagar a la señora Zoila Arjona viuda de Bermúdez una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de cinco mil seiscientos cincuenta y seis pesos con 23/100 (\$ 5.656.23) mensuales a partir del primero de enero de 1975, en su calidad de susituta del derecho a pensión de jubilación de su finado esposo Roberto Bermúdez. 2. ABSUELVASE a la empresa Generoso Mancini y Cía Ltda y al Instituto Colombiano de Seguros Sociales de los demás cargos de la demanda".

La parte demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que fue replicada dentro del término legal.

El demandante como alcance de la impugnación, dijo:

"Con el presente recurso extraordinario de casación se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia en

el numeral 1º de su parte resolutiva, por el cual condenó a la Empresa Generoso Mancini & Cía Ltda. a pagar a la actora una pensión vitalicia de jubilación de \$ 5.656.23 mensuales, en su calidad de sustituta del derecho a la pensión de jubilación de su finado esposo Roberto Bermúdez. Una vez constituida la Corte en sede de instancia se servirá confirmar la absolución decretada por el *a quo* de la mencionada súplica del libelo de demanda. En subsidio se solicita que la H. Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia, en cuanto impuso a la demandada Generoso Mancini & Cía Ltda., la obligación de pagar la totalidad de la pensión plena de jubilación en cuantía de \$ 5.656.23 mensuales. Y una vez constituida la H. Corte en sede de instancia, modifique la resolución del *a quo*, para en su lugar, condenar a mi representada a pagar únicamente la diferencia entre la pensión de vejez que debe reconocer el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a la demandante y el valor de la pensión plena de jubilación".

Formula el apoderado de la parte demandante dos cargos, así:

Primer cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial o causa de la indebida aplicación de los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º del Decreto 3041 de 1966, en cuanto por dicha norma se aprobaron los artículos 11, 57, 58 y 60 del Acuerdo N° 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales 9º, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 6º, 10, y 67 del Decreto 433 de 1971, violación que a su vez condujo al quebranto igualmente por indebida aplicación, de los artículos 260 y 275 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado el último por los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1973. La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma directa, independiente de la cuestión probatoria y de los hechos que el Tribunal dio por probados.

Demostración del cargo

Para los efectos de esta censura se aceptan, como ya se expresó, los supuestos fácticos contenidos en la sentencia impugnada, a saber: Que el actor laboró para la empresa Generoso Mancini & Cía. Ltda., más de veinticinco años; que el día 28 de noviembre de 1967 cumplió 55 años de edad; que el capital de la empresa no se discute; que el riesgo de vejez fue asumido por el seguro social en la ciudad de Barranquilla el 2 de diciembre de 1968; que al momento de su muerte el señor Roberto Bermúdez sólo había cotizado 317 semanas a partir de la mencionada fecha; y que el sueldo correspondiente al último año de servicios fue de \$ 7.541.66 mensuales. La discrepancia del sentenciador con el recurrente radica en la aplicación equivocada que hace de los artículos 11 y 60 del Acuerdo N° 224 de 1966, al subsumir la situación de hecho dentro de la primera y hacer una aplicación incorrecta de la segunda, desconociendo que el caso *sub lite* debe resolverse a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 57 y 58 del mismo acuerdo. Dice así el *ad quem*: '.....De acuerdo con los reglamentos del Seguro, para el Instituto asumir el pago de la pensión de vejez plena, es necesario que el asegurado haya cotizado 500 semanas pagadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o acreditarse mil semanas de cotizaciones sufragadas en cualquier tiempo. El señor Bermúdez cuando cumplió la edad de 55 años, no había cotizado sino unas cuantas semanas al Seguro Social y a su muerte sólo había cotizado 317 semanas, por lo cual es la empresa demandada la obligada a pagarle la jubilación plena de su viuda. Así lo dice el Decreto cuando expresa que sus trabajadores que tengan 15 años o más de servicios en una empresa de más de 800 mil pesos de capital ingresarán al Seguro Social, pero al cumplir el tiempo de servicios y la edad, podrán pedir la jubilación a cargo del patrono y estará obligado a pagarla, pero el patrono podrá seguir cotizando el Seguro hasta completar los requisitos exigidos por éste para cubrir ésta prestación. Como al fallecer el señor Bermúdez tenía

el tiempo y la edad requerida para gozar de su pensión plena de jubilación, y no había cotizado las semanas necesarias para que el seguro asumiera este riesgo, es la empresa la obligada a pagarle a la viuda la pensión de jubilación, y así se ordenará en éste fallo, revocando el del *a quo'*. (folios 6 y 7 cuaderno 2). Surge a primera vista el yerro del sentenciador al aplicar unas disposiciones sustanciales a una situación fáctica no contemplada por las mismas, incurriendo así en aplicación indebida de ellos. Desconoció el *ad quem* que en el *sub lite* se trata de un trabajador respecto del cual la sustitución de la pensión de jubilación a la de vejez no se rige por el artículo 11 sino por el 57 y 58 del Acuerdo Nº 224 de 1966, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966. En efecto, al ocurrir su muerte el trabajador tenía 62 años de edad (folios 19 y 37), o sea que había nacido antes de 1917, y tenía cotizadas 317 semanas a partir del día 2 de diciembre de 1968, fecha de su inscripción en los riesgos de invalidez, vejez y muerte en Barranquilla (folio 41) por manera que su régimen legal no es el general del artículo 11 del estatuto orgánico de estos riesgos sino el 57 y 58 del mismo, disposiciones según las cuales, en primer término, el actor sólo necesitaba 250 semanas de cotización, ya que había reunido, para que el ICSS asumiera su pensión de vejez, y en segundo lugar, al estar recibiendo la viuda pensión de sobreviviente (sustituta del seguro de vida) conforme al capítulo III del Reglamento (artículos 20 y ss.) lo cual fue demostrado con las documentales de (folios 31 a 33 y 41) quedaba excluida el derecho a percibir la de vejez conforme a las voces del artículo 58 *ibidem*, pues indudablemente fue intención del legislador hacer incompatible el pago simultáneo de la pensión de vejez y sobreviviente. El artículo 259 en su numeral 2º es muy claro al señalar que las pensiones de jubilación dejaran de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el ICSS. No habla la norma de asunción de prestaciones sino del riesgo conceptos totalmente diferentes a al luz de los principios generales de seguros. Resulta contrario a la equidad mantener en cabeza de los patronos una

carga prestacional derivada de un riesgo que dejó de correr en su cabeza desde la fecha en que el legislador decidió trasladarlo al ICSS. De no ser así, cabría preguntar que objeto tiene el pago de una prima de un seguro, si la entidad aseguradora no asume contraprestación ni ampara riesgo alguno. Si las cotizaciones fueron mal calculadas, tal circunstancia no puede ser responsabilidad patronal. A nadie que conozca los principios del seguro se le ocurriría pensar que quien contrata un seguro de vida y ha pagado la prima respectiva, debe quedar un tiempo en suspenso sin que el asegurador asuma el riesgo de su muerte, pues el seguro ampara precisamente tal contingencia, sea que haya sido cubierta una prima o varias. Igual cosa sucede con los riesgos laborales y así lo estableció el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dispuso simplemente que el patrono quedaría descargado del riesgo cuando éste lo asumiera el ICSS, sin añadir otros requisitos, como un determinado número de cotizaciones previas, cuestión que no exige la norma. Hay que tener en cuenta que no obstante las previsiones de la Ley 90 de 1946 y las del Código Sustantivo del Trabajo de 1951, sólo diez y seis años después de la vigencia de éste último, el Gobierno autorizó al Seguro Social para asumir el riesgo de vejez y únicamente en algunas regiones del país. Mas de veinte años de espera impuestos forzosamente a los empleadores para ser sustituidos en el pago de las pensiones de jubilación y se pretende aún diferir tal derecho mucho más tiempo con el argumento de no haber recibido un determinado número de cotizaciones que la ley sustantiva no exige. Debe recordarse que de acuerdo a reiterada doctrina, aún a pesar de la anulación del artículo 62 del Acuerdo Nº 224 de 1966 por parte del Consejo de Estado en sentencia de 9 de abril de 1973, tal decisión carece de efectos prácticos que la sustitución prestacional tiene un claro apoyo en los artículos 259 y 193 del estatuto sustantivo laboral. Tampoco puede apoyarse la presunta obligación patronal en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, pues por una parte se considera con bastante acierto que tales normas fueron de-

rogadas por el Decreto 433 de 1971, que reglamentó íntegramente la materia así el artículo 67 del mismo no hubiera hecho mención expresa de ellas y aún considerándolas vigentes ellas siempre se refieren a trabajadores que ya estaban prestando servicios en aquella época y a prestaciones consagradas en normas jurídicas anteriores al año 1946. El caso *sub judice* es aún más claro que otros sometidos con anterioridad a la decisión de esa H. Corporación. Porque cualquiera que sea el criterio que se adopte, es lo cierto que para el momento en que falleció el señor Roberto Bermúdez el 1º de enero de 1975, el ICSS ya había asumido tanto el riesgo como la prestación concreta de su pensión de jubilación, pues de una parte el Seguro Social asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 2 de diciembre de 1968 y si para el momento del fallecimiento tenía cotizadas 317 semanas, lógicamente la compañía patronal había sido sustituida por el ICSS cuando reunió el número mínimo de 250 semanas a que se refiere el artículo 57 del acuerdo 224 de 1966, esto es, aproximadamente en el mes de octubre de 1973. Además, al haberle sido reconocida la pensión de sobreviviente a la señora Zoila Arjona de Bermúdez, quedó excluido su derecho a recibir la de vejez conforme a lo preceptuado en el artículo 58 del Acuerdo 224 de 1966. Consideró el Tribunal que la pensión de vejez le exigía al causante haber cotizado 500 semanas anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o sufragar 1000 en cualquier tiempo conforme a la regla general del artículo 11 Acuerdo N° 224 de 1966, norma que aplicó en forma indebida, pues ha debido regular el caso por los artículos 57 y 58 *ibidem*. Tal equivocación condujo a la indebida aplicación de los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo procedente por tanto el quebranto del fallo impugnado y la absolución de la demandada de la súplica relacionada con la pensión de jubilación. Pero si se considera que el señor Roberto Bermúdez se encontraba dentro del régimen de transición, no obstante haber asumido el ICSS tanto el riesgo como la prestación jubilatoria y es-

tar recibiendo la cónyuge la pensión de sobrevivientes, tampoco resulta correcta la conclusión del Tribunal, pues en tal evento el planteamiento que propongo como subsidiario del anterior, conduce a conclusiones diferentes. De acuerdo al artículo 60 del Acuerdo 234 de 1966, por llevar el causante más de 15 y menos de 20 años de servicios el 2 de diciembre de 1968, la pensión resultaría compartida entre mi representada y el ICSS y en ningún caso totalmente a cargo de la primera pues para la fecha de comenzar el pago de la jubilación ya el señor Bermúdez había cumplido las 250 cotizaciones que requiere el artículo 57 del Acuerdo 224 de 1966. El *ad quem* desconoció tal conclusión por haber incurrido en la misma equivocación que ya se le ha apuntado, o sea, haber entendido que la situación de hecho se regulaba por el artículo 11 y no por el 57 del referido estatuto. En un caso similar al de autos ésa H. Corporación en sentencia del 21 de febrero de 1974, juicio de Julia Ochoa Vda. de Moreno contra Celanese Colombiana S. A., con ponencia del doctor José Eduardo Gnecco, dijo lo siguiente: 'Para el evento de que se cumplan las cotizaciones mínimas y la edad exigida por el Seguro Social para la pensión de vejez antes de que el trabajador haya reunido los requisitos contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo para la pensión plena de jubilación, la situación no varía: El Instituto cubrirá la pensión de vejez y el patrono pagará la diferencia que existiere con la pensión de jubilación, porque el derecho a gozar de la jubilación en los términos y cuantía señalados en el Código Sustantivo del Trabajo no ha desaparecido para los trabajadores que tenían quince o más años de servicios en una misma empresa y más de \$ 800.000.00 cuando se hizo obligatoria la afiliación para el riesgo de vejez, invalidez y muerte; sólo que el Seguro Social asumió parcialmente dichas prestaciones en cuantía igual a la de la pensión de vejez a su cargo...' Reiterada la decisión del 5 de noviembre de 1976, juicio de Guillermo Gaitán Jurado Vs. Cervecería Andina S. A., con ponencia del doctor Juan Manuel Gutiérrez L. Si el Tribunal no hubiera incurrido en indebida apli-

cación del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 tampoco habría llegado a yerro similar con respecto al artículo 60 *ibidem*, entendiendo que al haber reunido el señor Bermúdez con mucha anterioridad a su muerte los requisitos para su pensión de vejez, la empresa demandada únicamente estaba obligada a pagar a su viuda la diferencia o complemento, al tenor de lo ordenado en el artículo 57. Tal aplicación incorrecta por parte de la Sala falladora se extiende a los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, pues los tuvo en cuenta para condenar al patrono por considerar que de acuerdo a los reglamentos del ICSS la pensión de jubilación del trabajador Bermúdez no había dejado de estar a cargo de mi representada, siendo así que por lo menos en forma parcial aquella había sido sustituida por el Seguro Social. En este orden de ideas también se produciría la quiebra del fallo, y como consideraciones de instancia se tendrían las siguientes: El señor Roberto Bermúdez ingresó a Generoso Mancini & Cía Ltda. el 28 de octubre de 1949, por manera que el 2 de diciembre de 1968, cuando el ICSS asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte en Barranquilla llevaba un poco más de diez y nueve años de servicios. De otra parte, tenía al momento de su muerte 62 años de edad y había cotizado 317 semanas (folios 41), número más que suficiente conforme al artículo 57 del Acuerdo 224 de 1966 para tener derecho a la pensión de vejez. Esta última conforme al artículo 15 aparte a) del mismo acuerdo, está integrada por una cuantía básica del 45% del salario mensual de base, que de acuerdo al documento del folio 31 del cuaderno 1º asciende a \$ 2.719.11 (45% de \$ 5.543.09). Además se incrementa con el 14% de dicha pensión mínima, conforme al literal b) del artículo 16 y en un 24% de acuerdo al Parágrafo del artículo 57, pues no obstante haber cumplido 60 años de edad el 28 de noviembre de 1972 (folio 37) siguió cotizando más de 100 semanas hasta la fecha de su muerte ocurrida dos años y un mes más tarde. Con fundamento en lo anterior se tiene que el ICSS debe reconocerle a la señora Arjona de Bermúdez la siguiente pensión de vejez: \$ 2.719.11 + \$ 445.93

(16.4%) \$ 3.165.04. Como la pensión de jubilación que correspondería conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, es el 75% del promedio de los salarios devengado en el último año de servicios, o sea, la cantidad de \$ 5.656.23 mensuales que fue el objeto de la condena impuesta por el *ad quem*, resulta de cargo del patrono o únicamente la diferencia entre aquella cantidad y el monto de la pensión de vejez arriba determinado, conforme al artículo 60 del artículo 224 de 1966, la demandada únicamente podía ser obligada en tal evento a pagar la suma de \$ 2.481.19 mensuales".

El opositor Generoso Mancini y Cía. Ltda, replicó así:

"Pretende el casacionista que se case la sentencia aduciendo aplicación indebida de varias normas laborales, entre ellas algunas del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte del ICSS. El punto sobre el cual se apoya sustancialmente el fallo del Tribunal es el artículo 60 del mencionado Reglamento el cual dispone que, los trabajadores con quince o más años de servicios al momento de iniciarse la obligación de entrar al seguro de invalidez, vejez y muerte, 'al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación...'. Tanto las partes como el Tribunal están de acuerdo en que la empresa tenía el capital que exige el Código Sustantivo del Trabajo para crear obligaciones jubilatorias y en que el señor Bermúdez tenía más de quince años al servicio de la empresa al momento de iniciarse la obligación de inscripción en el seguro de invalidez, vejez y muerte. Es decir, ambas partes y el Tribunal están de acuerdo en que la situación del señor Bermúdez encaja dentro del artículo 60 del Reglamento IVM. El señor Bermúdez cumplió la edad (55 años) el 28 de noviembre de 1969, o sea que en esta última fecha se consolidó en cabeza suya el derecho a recibir pensión de jubilación, al tiempo que quedó fijada en cabeza de la empresa la obligación de pagársela. Ahora bien, la parte final del artículo 60 del Reglamento IVM da derecho a la empresa a disminuir el valor de la

pensión de jubilación en cantidad igual a la que el ICSS pague por concepto de pensión de vejez, una vez que se cumplan los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgarla. Hay, pues, un cierto orden o turno en las obligaciones: la primera es la obligación jubilatoria a cargo de la empresa; la segunda la obligación pensional a cargo del ICSS. Cuando —y sólo cuando— el ICSS empieza a pagar la pensión de vejez, la empresa puede hacer la compensación; no antes; porque es indispensable establecer el derecho ante el ICSS y obtener su reconocimiento. Como dije atrás, el 28 de noviembre de 1967 el señor Bermúdez cumplió la edad, y el 28 de octubre de 1969, los veinte años de servicio, consolidándose su derecho a la pensión de jubilación. Fue este derecho el que se trasmitió a doña Zoila de Bermúdez por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1973, que dice que 'fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación' ... 'su viuda podrá reclamar la respectiva pensión de jubilación en forma vitalicia'. La señora de Bermúdez no hizo otra cosa en este proceso que reclamar el derecho a la pensión de jubilación de su marido, consolidando ya en cabeza del difunto, razón por la cual el Tribunal aplicó acertadamente el artículo 60 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte cuando condenó a la empresa a pagar dicha pensión. En este sentido, la H. Corte deberá reconocer que el Tribunal aplicó acertadamente el artículo 60 del Reglamento IVM y el artículo 1º de la Ley 33 de 1973. Subsidiariamente, el casacionista suscita el problema de la pensión de sobrevivientes, afirmando que la pensión que el ICSS otorgó a doña Zoila de Bermúdez sustituye o reemplaza a la pensión de vejez y que, por consiguiente está cumplido el requisito de la parte final del artículo 60 del Reglamento IVM, lo que autoriza a la empresa para disminuir la cuantía de la pensión de jubilación. A este respecto, es bueno observar que la Resolución número 6359 de 23 de julio de 1975 (folios 32 y 33), por medio de la cual fue otorgada pensión de viudez a la demandante, no menciona para nada la trasmisión de la pensión de vejez que se originaría

—según el casacionista— en el pago de 250 semanas de cotización sino que habla de la pensión de sobrevivientes originada en el hecho de que el asegurado hubiera muerto a consecuencia de lesiones de origen no profesional. Es bueno observar, además, que, al contestar la demanda, el ICSS propuso la excepción de inexistencia de la obligación; es decir, que, por alguna razón que no fue explicada, el ICSS no se consideraba obligado a pagar pensión de vejez; sin que la empresa hiciera manifestación al respecto ni denunciara el pleito ni llamará en garantía al seguro social, abandonando voluntariamente un importante medio de defensa que ahora no puede recuperar. De otro lado, el artículo 58 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte no dice expresamente —como lo pretende el casacionista— que las pensiones de sobrevivientes allí mencionadas reemplazan o sustituyen a la pensión de vejez; aquellas y ésta no son incompatibles, de acuerdo con la parte final del artículo 8º del Decreto Ley 433 de 1971. Con todo, en caso de que la H. Corte considere que la pensión de viudez otorgada a la señora de Bermúdez sustituye o reemplaza a la pensión de vejez, el valor que tendría que tomarse en cuenta no es el que señala el casacionista sino el que estableció el ICSS en su resolución de folios 32 y 33, ya que las pensiones no se liquidan sobre el salario nominal del trabajador sino sobre el salario de base que utiliza el seguro, de acuerdo con sus tablas. Sin embargo, absuelto el ICSS en este pleito, y estando esa absolución en firme, ¿cómo podría imponérsele ahora una obligación?. Pido, pues, que no se case la sentencia".

El opositor ICSS replicó así:

"3.4. El artículo 11 del Decreto 3041 de 1966 regula las condiciones (generales) del afiliado (en vida) para tener derecho a la pensión de vejez; el artículo 57 del mismo Decreto regula el caso especial de afiliados (en vida) nacidos antes de 1917; y los artículos 59, 60 y 61 del referido Decreto regulan los casos de afiliados (en vida) que tuvieren más de 20 años, más de 15 años y más de 10, respectivamente, cuando se ini-

ció la obligación de asegurarse. 3.5. El artículo 20 del Decreto 3041 de 1966 (Capítulo III) regula las prestaciones en caso de muerte del afiliado, estableciendo pensión para los sobrevivientes (entre ellos la cónyuge que es el punto que interesa en este asunto), 'cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez, o de vejez según el presente reglamento'; y el artículo 21 del referido Decreto establece que la pensión será del 50%. 3.6. En cambio el artículo 58 del Decreto 3041 de 1966 regula el derecho de la pensión de los sobrevivientes cuando los afiliados fallezcan sin haber sido todavía pensionados pero llenando los requisitos de semanas de cotización a que se refieren los artículos 56 (no es el caso) y 57 (si es el caso) del mismo Decreto; como el afiliado fallecido había nacido antes de 1917 (folio 37 Cuad. del Juzgado) y no había completado las 500 semanas mínimas de cotización de que trata el artículo 11 del mismo Decreto, podía acogerse (en vida) a lo dispuesto en el mencionado artículo o sea que se le rebajaba el límite de 500 semanas a 250 semanas, porque por cada año anterior a 1917 (nació en 1912) la rebaja es de 50 semanas, o sea que en 5 años podía pensionarse con sólo 250 semanas, y lo que sobrara de ahí en adelante sería para incrementos de la pensión (completó 317 semanas)".

Se considera

El Tribunal motivó la sentencia recurrida así:

"En cuanto a la pensión ordinaria de jubilación que se reclama para su viuda como sustituta en dicha pensión, está probado en el juicio que el finado laboró para la empresa más de 25 años, que el día 28 de noviembre de 1967 cumplió 55 años de edad y el capital de la empresa no se discute. La pensión de jubilación al iniciarse el seguro social, tomó el nombre de pensión de vejez, que es asumida por el seguro social pero con excepciones según el tiempo y semanas cotizadas llevará el asegurado al asumir el riesgo el Seguro Social que en esta ciudad fue el 2 de diciembre de 1968. Cuando el actor cumplió los 20 años de servicios y la edad, eran muy pocas las sema-

nas que había cotizado para el Seguro Social y a su muerte solo había cotizado 317 semanas. De acuerdo con los reglamentos del Seguro, para el Instituto asumir el pago de la pensión de vejez plena, es necesario que el asegurado haya cotizado 500 pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima a acreditarse mil semanas de cotizaciones sufragadas en cualquier tiempo. El señor Bermúdez cuando cumplió la edad de 55 años, no había cotizado sino unas cuantas semanas al Seguro Social y a su muerte sólo había cotizado 317 semanas, por lo cual es la empresa demandada la obligada a pagarle la jubilación plena a su viuda. Así lo dice el decreto cuando expresa que los trabajadores que tengan 15 años o más de servicios en una empresa de más de 800 mil pesos de capital ingresarán al Seguro Social, pero al cumplir el tiempo de servicios y la edad, podrán pedir la jubilación a cargo del patrono y estará obligado a pagarla, pero el patrono podrá seguir cotizando al Seguro hasta completar los requisitos exigidos por éste para cubrir esta prestación. Como al fallador el señor Bermúdez tenía el tiempo y la edad requerida para gozar de su pensión plena de jubilación, y no había cotizado las semanas necesarias para que el Seguro asumiera este riesgo, es la empresa la obligada a pagarle a la viuda la pensión de jubilación, y así se ordenará en este fallo, revocando el fallo del a quo. Como su último sueldo fue de \$ 7.541.66, la pensión que pagará la empresa es de \$ 5.656.23, a partir del primero de enero de 1975 a la demandante, en su calidad de cónyuge y como sustituta del derecho a pensión de jubilación de su finado esposo, Roberto Bermúdez".

Las normas sobre las que se presenta el desacuerdo entre el fallador y el recurrente son los artículos 60, 11, 57, 58 y 60 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del I.C.S.S. aprobado por el Decreto 3041 de 1966 y los artículos 193, 259, 260, y 275 del Código Sustantivo del Trabajo y Ley 33 de 1973.

El artículo 60 antes mencionado establece:

"Artículo 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Ins-

título Colombiano de Seguros Sociales contra los Riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de Ochocientos mil pesos (\$800.000.00) M/cte., o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este Seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono".

Esta Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de febrero de 1974, en el proceso de Julia Ochoa vda. de Moreno contra Celanese Colombiana S. A., ponencia del Magistrado doctor Gencco C. al analizar la norma antes transcrita, dijo: "La norma transcrita contempla la situación de aquellos trabajadores que tenían quince (15) o más años de servicios en una misma empresa de capital de \$ 800.000.00 o más cuando se inició la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte (1º de enero de 1967), y establece, por una parte, la obligación de esos trabajadores de ingresar al Instituto como afiliados para dichos riesgos, y por otra, el derecho de los mismos a exigir del patrono la pensión plena de jubilación una vez que se cumplan el tiempo de servicios y la edad previstos en el Código Sustantivo del Trabajo. Como afiliados forzosos deben cotizar al Instituto para los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Si el derecho a la pensión plena de jubilación se causa antes de que el trabajador haya satisfecho los requisitos mínimos exigidos por el Seguro Social para la pensión de vejez, será de cargo del patrono la pensión de jubilación y el jubilado continuará cotizando hasta cum-

plirlos; cuando ésto suceda el Instituto procederá a cubrir la pensión de vejez y el patrono pagará la diferencia, si la hubiere, entre la pensión de jubilación a cuyo pago está obligado de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y la pensión de vejez a cargo del Seguro Social. Para el evento de que se cumplan las cotizaciones mínimas y la edad exigida por el Seguro Social para la pensión de vejez antes de que el trabajador haya reunido los requisitos contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo para la pensión plena de jubilación, la situación no varía: El Instituto cubrirá la pensión de vejez y el patrono pagará la diferencia que existiere con la pensión de jubilación, porque el derecho a gozar de la jubilación en los términos y cuantía señalados en el Código Sustantivo del Trabajo no ha desaparecido para los trabajadores que tenían quince o más años de servicios en un misma empresa de más de \$ 800.000.00 cuando se hizo obligatoria la afiliación para el riesgo de vejez, invalidez y muerte; sólo que el Seguro Social asumió parcialmente dicha prestación en cuantía igual a la de la pensión de vejez a su cargo. De manera que cuando el Tribunal Superior concluye que si el trabajador a que se refiere el artículo 60 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte ha llenado los requisitos mínimos exigidos por el Seguro Social para gozar de la pensión de vejez y la edad y tiempo de servicios previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para configurar el derecho a la pensión de jubilación, únicamente tiene derecho a la pensión de jubilación, únicamente tiene derecho a la pensión de vejez que le reconozca el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, con toda obligación para el patrono, está interpretando erróneamente los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo y 60 del Acuerdo aprobado por el Decreto 3041 de 1966, porque el trabajador que tenía quince o más años de servicios cuando el Seguro Social asumió el riesgo de vejez, conserva, se repite, su derecho a la pensión plena de jubilación, consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que será pagada por el Instituto en cuantía igual a la pensión de vejez, cuando ésta se cause, quedando obligado el patrono a cubrir la

diferencia entre la pensión plena de jubilación y la de vejez, si la hubiere. En estos casos el Seguro Social sustituye parcialmente al patrono en su obligación de pagar la pensión plena de jubilación".

La Sala aclara que esta oportunidad lo dicho en la sentencia transcrita en el sentido de que quien tiene que seguir cotizando en este Seguro hasta cumplir los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez es el patrono, pues el antiguo trabajador obviamente deja de serlo al quedar pensionado y la circunstancia de que el Instituto asuma el pago de parte de la pensión beneficia patrimonialmente al patrono, quien por esa circunstancia debe retribuirle al dicho Instituto esa coparticipación en el servicio de la pensión pagándole las cotizaciones que antes le correspondían tanto a él como al patrono y quien había sido su trabajador posteriormente pensionado por jubilación.

El texto del artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del I.C.S.S., consagra la pensión de vejez a cargo del Instituto para los asegurados que reúnan los requisitos de edad de 60 años o más si es varón y 55 o más si es mujer, y hubieren acreditado un número 500 cotizaciones pagadas durante los últimos 20 años anteriores a las edades mínimas o haber acreditado 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del mismo reglamento que preceptúa: "El número de semanas de cotización fijado en el artículo 11 para el derecho de pensión de vejez, se reducirá en beneficio de los asegurados nacidos antes de 1917 que hubieren cumplido con los demás requisitos señalados en dicho artículo a razón de 50 semanas de cotización por cada año de diferencia entre 1917 y el año de nacimiento. Tratándose de asegurados se aplicará la reducción tomando como año de referencia el de 1922. En ningún caso podrá otorgarse la pensión de vejez por menos de 250 semanas de cotización".

Al tratar el reglamento general de seguros en su artículo 58 sobre derecho a pensiones de sobrevivientes establece su reconocimiento cuando los asegurados al momento de fallecer estuvieren comprendidos en los casos de los artículos 56 y 57 advir-

tiendo que tales pensiones se regirán por lo establecido en el capítulo III del Reglamento, cuyos artículos 20 y 21 establecen en su orden:

"Artículo 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando la fecha del fallecimiento del asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5º para el derecho a pensión de invalidez. b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento. Artículo 21. La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de la que habría correspondido a la fecha del fallecimiento, excluidos los aumentos dispuestos en el artículo 16 del presente Reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno",

Del examen de las normas anteriores aparece claramente que el Tribunal les hizo producir un efecto diferente al establecido por el Legislador, ya que de acuerdo con el artículo 60 la pensión debe ser cubierta en forma compartida por las demandadas "Generoso Mancini y Cía Ltda." e "Instituto Colombiano de Seguros Sociales" I.C.S.S.

Por lo expuesto el cargo prospera con las consecuencias que en las consideraciones de instancia se verán.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, esto es, por ser violatorio de la ley sustancial a causa de la infracción directa de los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1973, que subrogaron el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual condujo al quebranto por indebida aplicación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 1º del Decreto 690 de 1974. La violación de las anteriores disposiciones

se produjo en forma directa, independientemente de la cuestión probatoria y de los hechos que se dieron por demostrados en la sentencia impugnada.

Demostración del cargo

Tampoco se discute en esta censura los hechos fundamentales de la *litis*, cuales con el tiempo de servicios del señor Roberto Bermúdez en la empresa Generoso Mancini & Cía. Ltda., superior a 25 años, el hecho de su fallecimiento ocurrido el día 1º de enero de 1975 cuando se encontraba al servicio de la empresa, la circunstancia de contar a la sazón con 62 años de edad y el patrimonio de la compañía demandada superior a \$ 800.000.00 m/cte. Independientemente de la obligación patronal o del Seguro Social de asumir la pensión de jubilación, resulta ostensible que el sentenciador aplicó indebidamente la norma del Art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo al considerar que el asunto controvertido era el de un pensionado aún no fallecido y sobre tal supuesto encontró demostrados los requisitos exigidos en la norma en comento, cuales son tiempo de servicios para una misma empresa superior a 20 años, edad mayor de 55 años y capital presunto no inferior a \$ 800.000.00 (folio 5 cuaderno 2º). Sin hacer análisis diferente al de la asunción de los riesgos por parte del ICSS y encontrando que tal circunstancia no se estructura en el *sub lite*, procede a condenar a la demandada al pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación. Ignoró el sentenciador que la cuestión controvertida no podía estudiarse a la luz de la regla legal citada sino bajo la normativa de los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1973, que subrogaron el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo que es la norma aplicable a la pensión para cónyuge, hijos y demás parientes del trabajador pensionado o con derecho a pensión de jubilación como reza el artículo 1º citado. Al proceder en la forma anotada, el *ad quem* aplicó el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo a una situación diferente de la controvertida y desconoció abiertamente los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1973, cuyos mandatos no tuvo en cuenta infringiendo

directamente tales disposiciones. De no haber incurrido el Tribunal en las anteriores violaciones de la ley, habría llegado a la necesaria conclusión de que la preceptiva legal de las reglas citadas es diferente, pues si bien es cierto que cuando se trata de pensión de jubilación demandada por el trabajador activo le basta con acreditar su edad, tiempo de servicios, capital empresarial y retiro de la empresa, acorde con la normativa del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, la situación es bien diferente en el evento de la pensión sustitutiva que exige otros elementos adicionales, a más de los propios del derecho pensional del cónyuge fallecido. En efecto, tratándose de las viudas, que es el asunto materia de la controversia de éste proceso, el artículo 2º de la Ley 33 de 1973 exige a aquellos acreditar que a la época del deceso vivan unidas con su esposo, o que tal circunstancia no se daba por causas ajenas a su voluntad y no atribuibles a culpa suya, presentando prueba sumaria sobre el particular acorde con las exigencias del artículo 1º Parágrafo 1º del Decreto 690 de 1974. No se trata de que el Tribunal hubiera dado por probada sin estarlo la vida comunitaria de la actora y su esposo para la época de muerte de éste, planteamiento frente al cual la censura habría sido necesario plantearla por la vía del error de hecho. Por el contrario, el sentenciador se abstiene siquiera de hacer referencia a ese punto, pues ignorando la Ley 33 de 1973 y entendiendo que la regulación legal era la del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no se preocupó por hacer análisis ulteriores, colocándose en rebeldía contra dichas normas y permitiendo la acusación por la vía propia de este caso, que es la directa. Exigiendo la Ley 33 de 1973 y su Decreto Reglamentario 690 de 1974 no sólo la prueba de causahabiente con la respectiva partida civil o eclesiástica sino, además, la sumaria de la vida en común con el fallecido al momento de producirse el insuceso, la omisión de aquella conduce necesariamente a hacer improspera la petición de la pensión sustitutiva y como así lo ordenó el Tribunal, en abierta violación de las reglas legales anotadas, debe producirse la casación de la sentencia para, en

su lugar, acceder a lo pedido en el alcance de la impugnación, absolviendo a mi representada de la pensión de jubilación demandada. Para obviar cualquier duda que pueda tener esa H. Corporación y que eventualmente la condujera a pensar que lo planteado, en este cargo constituye un medio nuevo, por no haber sido discutido en las instancias, considero del caso recordar que cuando la censura se plantea por la vía directa en ningún caso la argumentación expuesta puede considerarse medio nuevo. Así lo consideran unánimemente los tratadistas, siendo pertinente citar al Dr. Hernando Morales Molina en su obra 'Técnica de Casación Civil' página 233 y 234 Ed. Lerner, 1^a ed. 'Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal por violación de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas (violación indirecta y directa). Cuando proviene de errónea apreciación probatoria, no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el desarrollo de ellas el problema o problemas netamente jurídico en que la actuación consiste o se basa. El recurrente se presenta como defensor de la ley, y a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (Código Civil artículo 9º), mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal, y mal podría la Corte negarse a considerarlas a pretexto de que las instancias no se debatieron. Ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que no se ha producido y del que solo después de proferido pueden las partes conocer sus fundamentos. Por ello nada de lo que concierne a la violación directa de la ley, o sea a la primera parte de la causal primera, puede adquirir el carácter de medio nuevo en casación'".

El Instituto Colombiano de S. S., replicó así:

"3.8. Pero el reglamento del I.S.S estableció la pensión para la viuda del asegurado de acuerdo con el mandato perentorio del artículo 62 de la Ley 90 de 1946 (uno de los pocos que no ha sido modificado o derogado en forma VITALICIA anticipándose en ésto a la Ley 33 de 1973, y a la Ley

12 de 1975. 3.9. Como aparece a folios 32 y 33 del cuaderno del Juzgado, el I.S.S. cumplió su obligación para con la actora al reconocerle la pensión (como viuda) prevista en los artículos 21 y 58 del reglamento del seguro (Decreto 3041 de 1966). 4º. Finalmente, considero que la Ley 33 de 1973, como la Ley 171 de 1971, la Ley 5^a de 1969, el Decreto Ley 435 de 1971, y la Ley 10 de 1972, en cuanto regulan el fenómeno jurídico de la sustitución pensional y que han modificado en una u otra forma el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo no son aplicables a los afiliados del seguro, ni a sus derecho-habientes o sobrevivientes en razón a que tales normas expresamente no se han referido a las pensiones del I.S.S. y estas se rigen no por la legislación del Código y por las demás leyes que los han modificado sino por sus propios reglamentos. Observase que con toda razón cuando han querido aumentarse las pensiones del seguro como en el caso de la Ley 4^a de 1976, a ellas se refiere expresamente dicha ley, mientras tanto deben aplicarse los reglamentos propios del seguro como lo ordena el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera

La Sala está de acuerdo con el criterio expuesto por el opositor en relación con este cargo pues considera que el artículo 1º de la Ley 33 de 1973 no exige ningún requisito especial distinto de las pruebas de matrimonio y muerte del cónyuge con derecho a jubilación para tener derecho a la pensión según aparece de su texto:

"Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

"Parágrafo 1º. Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez que dependieran económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al

terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon.

"Si concurrieren cónyuge e hijos la medida pensional se pagará el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

"La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciban los demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Parágrafo 2º A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta ley".

El artículo segundo de la ley antes citada dice:

"El derecho consagrado en favor de las viudas en el artículo anterior, se pierde cuando por culpa de la viuda los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contraiga nupcias o haga vida marital".

La norma antes transcrita establece causales de pérdida del derecho de las viudas a la sustitución de la pensión.

Si la parte demandada consideraba que la actora había perdido el derecho a la sustitución de pensión ha debido alegarlo y probarlo oportunamente en las instancias del proceso.

Por las anteriores consideraciones no prospera el cargo.

Consideraciones de instancia

De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 33 de 1973 las viudas tienen derecho a la sustitución pensional total vitalicia a que tenía derecho su cónyuge y no al 50% de que trata el artículo 21 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del I.C.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966, pues tal norma fue modificada tácitamente por el artículo primero de dicha ley.

Fue demostrado en autos que el señor Roberto Bermúdez Coronado trabajó al ser-

vicio de Generoso Mancini y Cía. Ltda. desde el 28 de octubre de 1949 hasta el 30 de diciembre de 1974, o sea durante veinticinco (25) años, dos (2) meses y tres (3) días, —aceptado en el hecho 1 contestación demanda folio 10—, que en el último año de servicios devengó mensualmente \$ 7.541.66, aceptado en el hecho segundo contestación demanda folio 10—; que nació el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos doce (1912), o sea que cumplió 55 años el día 28 de noviembre de 1967 —partida folio 37—; que contrajo matrimonio con la señorita Zoila Elena Arjona el día 24 de diciembre de 1949— partida al folio 2; certificados a los folios 31, 41; que falleció el 1º de enero de 1975 —partida al folio 19—; respecto al capital de Generoso Mancini y Cía. Ltda., debe presumirse que la empresa tiene el necesario para pagar la totalidad de la prestación solicitada por no haber presentado la prueba sobre el patrimonio gravable correspondiente al año inmediatamente anterior —artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo que Roberto Bermúdez a su fallecimiento tenía 62 años y había cotizado 317 semanas —certificado expedido por el I.C.S.S. folio 41—.

Los hechos anteriores indican que la demandante en su calidad de viuda y único beneficiario tiene derecho a gozar de una pensión sustitutiva vitalicia en cuantía de \$ 5.656.24, a partir de la fecha del fallecimiento de su cónyuge enero 1º de 1975.

Se establece que el señor Roberto Bermúdez Coronado nació en 1912 lo cual implica de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento del Seguro el mínimo de cotizaciones exigido por el artículo 11 del mismo Reglamento quedaba reducido a 250 cotizaciones. Y como al folio 41 Cuad. 1 quedó probado que alcanzó a pagarle al Instituto 317 cotizaciones semanales, queda en claro que a tiempo de su fallecimiento tenía los requisitos mínimos para disfrutar de pensión de vejez pagadera por el Instituto.

De acuerdo con el artículo 60 del Reglamento aplicable a este caso por cuanto el señor Bermúdez había trabajado al servicio de Generoso Mancini Ltda. 15 años a tiempo de asumir el Instituto el riesgo de vejez sería la empresa la obligada a pagar la pensión que se cobra, cuya cuantía es de

\$ 5.656.24 mensuales. Pero como según quedó visto también reunía ya los requisitos para recibir del Instituto pensión de vejez sólo deberá la diferencia entre aquella suma y la pensión reconocida por el Instituto cuyo monto es de \$ 1.359.56, pero doblada de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 33 de 1973, que, modificó el artículo 21 del Reglamento General contenido en el Acuerdo 224 de 1966 del mismo aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

En consecuencia el pago de la pensión mensual se distribuye así:

<i>Generoso Mancini y Cia. Ltda.</i>	\$ 2.940.12
<i>I.C.S.S.</i>	\$ 2.716.12
Total	\$ 5.656.24

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, el día siete (7) de octubre de mil novecientos setenta y seis (1976), REVOCA la proferida en primera instancia y en su lugar dispone:

Primero. Condénase a la Sociedad "Generoso Mancini y Cia. Ltda." a pagarle a la señora Zoila Elena Arjona Vda. de Ber-

múdez una pensión sustitutiva vitalicia equivalente a la suma de dos mil novecientos cuarenta pesos con doce centavos (\$ 2.940.12) mensuales a partir del dos (2) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Segundo. Condénase asimismo al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la señora Zoila Elena Arjona Vda de Bermúdez una sustitución pensional vitalicia de dos mil setecientos diecisésis pesos con doce centavos (\$ 2.716.12), a partir del dos (2) de enero de mil novecientos setenta y cinco (1975).

El ISS. podrá imputar al pago de esta pensión la suma que le hubiese pagado hasta la fecha por concepto de pensión de derechohabientes.

Tercero. ABSOLVER a las demandadas de las demás peticiones del libelo.

Cuarto. Condénase en costas de la primera instancia por mitad a las demandadas, sin costas en la segunda instancia y en casación.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REQUISITOS DENTRO DE LA TECNICA DE CASACION

“Requisito indispensable dentro de la técnica de casación exponer y en forma categórica y precisa cuáles son los errores de hecho que con carácter de manifiestos, evidentes, ostensibles o protuberantes incurrió el fallador y la incidencia de tales errores en la decisión”

“Además, deben invocarse concretamente las pruebas que originen a los errores de hecho...”

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre diecisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta número 41.

Radicación 6120

En el proceso instaurado por *Alfredo Perdomo Ardila* contra *Distribuidora Girardot Limitada*, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral*, en sentencia de trece (13) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977) revocó el fallo apelado dictado por el *Juzgado Laboral del Circuito de Girardot*, de cinco (5) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977), que resolvió: “PRIMERO CONDENAR a la entidad demandada Distribuidora Girardot Limitada, a pagar al demandante Alfredo Octavio Perdomo Ardila, la suma de veinte mil trescientos treinta y siete pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 20.337.68), por concepto de dominicales y festivos, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte resolutiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a la entidad demandada de las demás peticiones contenidas en el libelo de

demandada. TERCERO. DECLARAR parcialmente probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandada, según se dejó examinado en la parte motiva de este proveído. CUARTO: CONDENAR a la entidad demandada a cancelar el cincuenta por ciento (50%) en materia de costas, por haber prosperado parcialmente las peticiones de la demanda (artículo 392 numeral 5 del Código de Procedimiento Laboral). Tásense”.

El demandante recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que no fue replicada.

El demandante como alcance de la impugnación, dijo:

“El recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— de fecha 13 de abril de 1977 por medio de la cual falló en segunda instancia, el proceso ordinario de Alfredo O. Perdomo contra ‘Distribuidora Girardot Limitada’, tiene por objeto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, case totalmente la sentencia recurrida y como Tribunal en sede de instancia confirme el numeral 1º de la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la entidad demandada a pagar a favor de mi poderdante el valor de dominicales y festivos. Que revoque el numeral

segundo de la sentencia de primera instancia mediante la cual se absolvio a la entidad demandada de las demás peticiones contenidas en el libelo de demanda y que proceda a condenar a la demandada a pagar a favor de mi poderdante, lo siguiente: 1º Reajuste de comisiones de ventas efectuadas en El Espinal y el 1% de recaudo efectuados sobre \$ 479.641.73. 2º Remuneración del descanso en dominicales y festivos, durante el tiempo de servicio y reajuste de los pagados. 3º Reajuste de auxilio de cesantía, primas de servicio, y vacaciones, por todo el tiempo de servicio teniendo en cuenta el reajuste de salarios 4º Un día de salario por cada día de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales desde el día de terminación del contrato hasta el pago de las condenas".

Formula el apoderado del demandante, dos cargos, así:

Primer cargo

Acuso la sentencia del presente recurso de violación indirecta de la ley sustancial artículos numeral 4º del artículo 57, 173, 179 (artículo 12 Decreto Ley 2351 de 1965), 249, 306, 253 (artículo 17 Decreto Ley 2351 de 1965) 186, 189 (artículo 14 Decreto Ley 2351 de 1965), y 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 42, 51, 52, 61 y 55 del Código de Procedimiento Laboral y 233 y 254 del Código de Procedimiento Civil por errores de hecho en la apreciación de la prueba (Acta de Inspección del Trabajo, Inspección Judicial, peritazgo y documentales aportados al juicio) y los que llevaron al H. Tribunal a revocar la sentencia de primer grado y no condenar en las peticiones de la demanda.

Demostración

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo los salarios (comisiones) deben pagarse en el lugar y tiempo debido, el H. Tribunal al desestimar las pruebas practicadas en el juicio ocurrió en error de hecho que produjo el quebrantamiento de la ley positiva. El artículo 173

del Código Sustantivo del Trabajo establece que debe pagarse como descanso a los trabajadores que laboren la semana el valor del salario de un día por concepto de descanso dominical, al desestimar las pruebas se incurrió en error de hecho lo que llevó a absolver de este cargo con el quebrantamiento de la ley positiva mencionada. Lo mismo se puede afirmar en relación con el quebrantamiento del artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 reformatorio del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto ha debido condenarse al pago de descanso en domingos y festivos lo que no se hizo por errores de hecho en la apreciación de las pruebas como se explicará más adelante. El artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo establece el pago del auxilio de cesantía teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador, es claro que fallado a favor de mi poderdante reajuste de salarios, debe efectuarse reajuste del auxilio de cesantía correspondiente, por variar el último salario devengado, lo que no se hizo por errores de hecho en la apreciación de la prueba, al desestimarla violando el precepto positivo mencionado. La misma demostración cabe en relación con los artículos 306 que establece la prima de servicios, 186 y 189, en relación con el derecho a compensación de vacaciones y el 65º del Código Sustantivo del Trabajo, como indemnización por el no pago oportuno de prestaciones y salarios. Violación de los mencionados artículos por errores de hecho en la apreciación y desestimación de las pruebas.

Errores de hecho en la apreciación de las pruebas

Del análisis de las pruebas se puede llegar a la conclusión de que el H. Tribunal dio por no probados hechos debidamente demostrados en el juicio, lo que llevó al juzgador a violación de la ley sustancial precitada, no condenando a pago de las prestaciones demandadas. Veamos cuáles fueron estos errores e incidencias en el fallo: a) Acta de Inspección del Trabajo. Al folio 10 aparece el acta suscrita por las partes en la Inspección del Trabajo de Gi-

rardot, en donde el patrono confiesa que le pagó la suma de \$ 20.337.68 por dominicales, y que le adeuda la prima de servicios. El error de hecho que llevó al juzgador a desestimar tal prueba es que en encabezamiento se dijo que la diligencia se había celebrado el 5 de marzo de 1974, cuando si se examina el contenido del acta, su texto mismo, se indica en ella que se reclama reajuste de comisiones hasta el 30 de septiembre de 1974, lo que indica que el acta fue hecha con posterioridad a tal fecha y por tanto, tiene pleno valor probatorio y mayor si se tiene en cuenta que fue aportado por la parte demandada, este error trajo como consecuencia la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuenta había condenado al pago de dominicales, violando el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 179 que indican la obligación de tal pago. También incide en la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo el cual ordena el pago de salarios caídos, petición despachada desfavorablemente a pesar de la confesión del gerente de la entidad demandada de el no pago de prima de servicios. b) Documentos: El Tribunal desestima los documentos que obran a folios 12 y 13 y 44 a 69, diciendo que no están reconocidos y que en algunos de ellos no existen firmas. Veamos cada uno de estos documentos: a los folios 11 a 13 está el contrato de trabajo original presentado por la entidad demandada que no necesitó reconocimiento y por tanto existió error de hecho al desestimarlo, por ser una prueba auténtica mediante la cual se demuestra la vinculación laboral de mi poderdante, contrato que simplemente probaba la vinculación laboral y la iniciación del servicio, no era necesario por cuanto existe la confesión al contestar la demanda, a aceptar los hechos 1º y 3º, es decir, la vinculación laboral y los extremos de la prestación del servicio. Veamos los documentos que obran a los folios 44 a 69, estos documentos no se pueden considerar aisladamente, sino que es necesario relacionarlos unos con otros, especialmente con el documento que obra al folio 70, co-

pia del original que obra al folio 9 correspondiente a la liquidación del contrato de trabajo. A los folios 44 a 67 figuran las facturas de relación de correría durante el mes de septiembre de 1974 por un total de \$ 479.641.73, documentos que no han sido redarguidos de falsos, y que por tanto tienen pleno mérito probatorio, además, el contador y el revisor fiscal de la empresa aceptaron tal suma (folio 36) el error de hecho al desestimar tal prueba llevó al juzgador a violar el numeral 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo que indica que el patrono debe pagar a sus trabajadores el salario devengado, y como adeudaba el 1% de las comisiones correspondientes ha debido condenar al pago de las sumas respectivas, es decir, a lo pedido en el ordinal b) de la petición primera de la demanda.

En el mismo ordinal b) de la primera petición se solicita reajuste de comisiones. En el hecho octavo se hace referencia a la liquidación de la venta de Silvia Ospina por \$ 26.173.06, liquidada al 3% y sin liquidar el 1% de recaudo, es decir la suma de \$ 261.73. Se acepta al constar el hecho octavo de la demanda, que se pagó solamente el 2%. El H. Tribunal no acepta el documento que obra al folio 68 comunicación de la empresa a mi poderdante, que no era necesario su reconocimiento ya que es documento de parte, y por tanto pleno valor probatorio. Al desestimar tal prueba, se cometió error de hecho, que llevó al juzgador a la violación del numeral 4º, del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, al no condenar al pago de la comisión debida, el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo al no decretar el reajuste de prima de servicios y el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al no condenar en salarios caídos, por mora en el pago de salarios y prestaciones. Finalmente desestima el Tribunal el documento del folio 69. Corresponde a la liquidación discriminada de las prestaciones del demandante, documento de referencia y que tiene su comprobación en la documental de los folios 9º y 70 documentos auténticos que no menciona el H. Tribunal pero con

los cuales se demuestra, sin lugar a duda que se le pagaron \$ 15.969.49 como bonificación Espinal, no como comisiones, valor este que corresponde folio 69 al reajuste del 1 y medio de comisiones del Espinal y por tanto le quedaron debiendo el medio por ciento, o sea la suma de \$ 4.696.08 por este aspecto ha debido ordenarse el pago de ese reajuste de comisión, lo que no se hizo por el error de hecho en la apreciación de la prueba lo que llevó a la violación del derecho positivo ya citado. Pero al decir, en la documental de los folios 9º y 70 'Bonificación Espinal', se hizo con el fin de que tales sumas no incidieran en el promedio del salario en el último año de servicio, y por tanto el mismo error de hecho permitió la violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo sobre reajuste de primas y del artículo 149 del mismo sobre liquidación de auxilio de cesantía.

También en la liquidación de los folios 9º y 70, prueba válida pero no estimada por el H. Tribunal, se paga la suma de \$ 20.337.68 por bonificación de dominicales. Pues bien; el valor de los dominicales de conformidad con el documental del folio 69 proforma del documento del folio 9º y 70 indica que el valor de los domingos es por la suma de \$ 40.675.36, y sobre tal suma de pago no como remuneración de dominicales sino como bonificación de dominicales el 50%, es decir, \$ 20.337.68, que según se afirma por el patrono (folio 10 Acta de Inspección del Trabajo) fue el resultado de una transacción sobre los dominicales, por la mitad del valor de los mismos, si vale la transacción, entonces no es bonificación, sino valor de salarios y por tanto debe condenarse al reajuste de prestaciones, pero el error de hecho consistente en la no apreciación de estas pruebas, llevó al juzgador a violación de la ley sustancial que determina tales prestaciones, artículos 306, para primas, 249 para auxilio de cesantía y artículos 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, para vacaciones y por tanto permitió la absolución por estos conceptos. Pero, si no solamente se violaron los artículos precitados sino no solamente se violaron los artículos antes mencionados, sino que también se violó indi-

rectamente el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo no es válida la transacción (sic) sino sobre derechos inciertos, pero como existe la previa liquidación del valor de los dominicales, por la suma de \$ 40.675.36, las sumas inferiores pagadas no liberan al patrono de pagar el excedente, por tanto, el error de hecho al no apreciar tal liquidación llevó la violación de la ley sustancial mencionada y produjo la absolución por tales conceptos.

Inspección ocular y peritazgo

Vemos que todos y cada uno de los hechos materia de demanda fueron probados suficientemente con las pruebas documentales allegadas al juicio, y que sin el peritazgo el resultado del juicio debería ser condenatorio, si no se hubiera cometido por el H. Tribunal los errores de hecho en la apreciación de las pruebas ya indicados. Veamos que nuevos aportes efectuó la Inspección judicial y el peritazgo al sistema probatorio. El H. Tribunal manifiesta que la prueba de Inspección judicial 'resulta completamente ineficaz por la forma irregular como se practicó'. Por cuanto dice que el Juez delegó todos sus poderes en el perito. Transcribe luego una sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en la cual hace relación un caso en donde la única prueba era el peritazgo, y con tal dictamen se probaron todos los hechos de la demanda, desde sus extremos, hasta el monto de los salarios y en general como prueba única base de la sentencia, cosa distinta al presente juicio, en donde no se discute el tiempo de servicio, ni los pagos efectuados, ni otros aspectos fundamentales de la relación contractual y por tanto, la Inspección Judicial si se practicó con los requisitos legales y solamente se dejó para otra prueba la de perito, hechos que inmediatamente no se podían constatar por el funcionario sino que era necesario hacer una larga investigación en la contabilidad, no por el juez, sino por un experto capacitado para tales análisis, que no eran jurídicos sino contables, por tanto el H. Tribunal cometió error de hecho al no darle el valor probatorio al dictamen pericial, que no era la única prueba sino que sim-

plemente confirmó lo ya demostrado en el juicio, como pasamos a explicarlo: Los puntos primero y segundo del interrogatorio no lo resuelve el perito por no la inexistencia de archivo y contabilidad de 1960 a diciembre de 1965, lo mismo dictamina sobre la segunda pregunta.

Al examinar los libros con el fin de dictaminar sobre la tercera pregunta, relacionada con la quinta, el señor perito examina la contabilidad de los tres últimos años y efectúa la liquidación correspondiente a ventas en El Espinal, determina la suma pagada como Bonificación Espinal en \$ 15.969.49, suma ésta que figura también en los documentos de los folios 69, 70 y 9 y anexa una relación de sueldos, dominicales, ventas en El Espinal y comisiones en El Espinal. Correspondía al Juzgado analizar el cuadro ya que el perito solamente da los datos pero no concluye sobre la aplicación de la legislación en relación con los derechos que le pueden corresponder a mi poderdante. Es notable indicar que las cifras mencionadas en las peticiones de la demanda y en los hechos concuerdan exactamente con los documentales presentados y con las cifras producidas por el perito, lo que nos indica que se ha llegado por pruebas diferentes a establecer la veracidad de tales cifras y por tanto el error de hecho del H. Tribunal consistió en no apreciar una prueba complementaria como era el dictamen pericial, el cual no cambió en nada lo determinado por otras pruebas sino que confirmó lo expuesto en la demanda. El error de hecho en la apreciación del dictamen pericial que llevó al fallador a desestimar la prueba trajo como consecuencia la violación de derecho sustancial en el presente caso el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, que determina la obligación del pago del descanso en los domingos a los trabajadores permanentes, es decir, a los que se contratan con el fin de trabajar todos los días laborables, que corresponde al valor de un día ordinario de trabajo, lo que está plenamente determinado en el dictamen pericial y que lo estaba antes en los documentos y que concuerda exactamente con las peticiones de la demanda. Pero el caso no es simplemente de pago de los descansos, sino

también de la remuneración por trabajo en domingos y días de fiesta, los errores de hecho mencionados al no apreciar la prueba ya antes determinada, llevó al fallador a violar el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, al no condenar al pago del trabajo en domingos y festivos, con el recargo del 100% y es importante insistir, en lo que lo devengado no era sueldos, sino comisiones, y por tanto dentro de estas no va incluido el valor de los descansos, ni mucho menos la remuneración del trabajo en domingos y fiestas. Los errores de hecho en la apreciación de las pruebas, dictamen pericial y documentos que establecieron el valor de las comisiones en los tres últimos años, llevaron al fallador a violación del numeral 2º del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece que en todo sueldo está comprendido la remuneración del descanso en los domingos y fiestas, pero como se ha determinado que no ganaba un sueldo, sino una comisión por las ventas y recaudos, en tales pagos —de comisiones— no está incluido el valor del descanso en los domingos y por tanto, si se acepta el pago de bonificación de dominicales tal pago, no corresponde a descanso, sino a trabajo en domingos, cosa completamente diferente. Fuera de lo anterior, al desestimar el peritazgo, el acta de conciliación y los documentales tantas veces señalados, se cometió error de hecho en la apreciación de la prueba y la siguiente violación de la ley sustancial, artículos 173 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo (artículo 12 Decreto 2351 de 1965) al no condenar al pago de descanso en domingos, por la suma de \$ 40.675.36, valor de los salarios sencillos en domingos y fiestas y al doble de tal remuneración valor del trabajo en los mismos días. Por cuanto no existe por otra parte de comprobación de que le hubieran dado descansos compensatorios.

En su sentencia el H. Tribunal al referirse a la Inspección judicial, afirma: 'Como la única condena proferida en el proceso se basa en el dictamen pericial que reemplazó íntegramente la inspección judicial que personalmente debía practicar el juez, procede la revocatoria total de la providencia impugnada, en concordancia,

además con el análisis de las otras pruebas aportadas al informativo'. La conclusión del H. Tribunal al apreciar la prueba del dictamen pericial adolece de error de hecho, ya que tal dictamen no sustituyó a la Inspección judicial, teniendo en cuenta que los hechos fundamentales de la demanda estaban probados por confesión en la contestación de la demanda y solamente era necesario precisar la veracidad de las cifras de los documentos allegados al expediente, unos que están firmados por la parte demandada y otros que son relaciones, necesario confrontarlas en los libros de contabilidad, labor que no le corresponde al Juez, por lo dispendioso y por ser necesario un auxiliar de la justicia experto contable que determine el valor numérico de los asientos contables, y que como en el caso de autos, solamente da cifras, pero advierte que le corresponde al Juez, su análisis final, y el determinar el valor jurídico y sus consecuencias de conformidad con los derechos conferidos por la ley sustancial a los trabajadores. No se suplanta la acción del Juez, se colabora con la justicia, se da certeza al proceso, se aclaran posibles dudas contables y el señor perito, como experto, no se adentra en consideraciones legales, ni interpretaciones jurídicas cuando afirma '...considero que no es al suscripto como perito a quien le corresponde emitir conclusiones pues no es objeto del dictamen pericial estimación (sic) alguna de acuerdo con los datos...'. Así se puede concluir que el error de hecho en la estimación del dictamen pericial conlleva la ya mencionada violación de la ley sustancial transcrita que condujo al fallador a absolver a la entidad demandada vinculando su fallo únicamente a la condena del Juez de primer grado, pero sin entrar a determinar la idoneidad de las pruebas en relación con las otras peticiones de la demanda materia de absolución en la sentencia del juez *a quo*".

Se considera

Es requisito indispensable dentro de la técnica de casación —numeral 1º artículo 87 Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 60 Decreto Extraordi-

nario 528 de 1964— expresar y en forma categórica y precisa cuáles son los errores de hecho que con carácter de manifiestos, evidentes, ostensibles o protuberantes incurrió el fallador y la incidencia de tales errores en la decisión, todo lo cual omitió el recurrente en este primer cargo de su demanda de casación y en consecuencia se rechaza.

Segundo cargo

"Como subsidiario del cargo anterior, acuso a la sentencia de errores de hecho en la interpretación de la prueba de dictamen pericial lo que produjo la violación indirecta de la ley sustancial, artículos 173, 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y la absolución de la demandante de los respectivos cargos contenidos en el libelo de demanda. El artículo 173 establece la obligación del pago de los descansos en los días domingos y festivos, a los trabajadores que se obligan a trabajar todos los días laborables en una empresa o para un patrono. El cometer error de hecho en la interpretación del dictamen pericial el H. Tribunal, no le dio a esta prueba el valor correspondiente, indicando que tal prueba sustituyó a la Inspección Judicial. La Inspección Judicial es la prueba por medio de la cual el Juez observa directamente los elementos indispensables encaminados a la demostración de los hechos materia de la controversia, pero tal diligencia que antes se denominaba 'ocular' indica la presencia del juez y su examen personal de los documentos, pero como esto no siempre es posible, se ha establecido por el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral que cuando el juez lo considere necesario debe nombrar un perito con el fin de que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos esenciales. En primer lugar sobre que documentos obra el perito y sobre cuáles el Juez, no siempre son los mismos, ya que se presenta como en el caso de autos, que en el momento de la diligencia por la demandada no se presentan todos los documentos necesarios para el completo análisis de los hechos materia de prueba, y por tanto ha dicho la H. Corte Suprema: 'Si en el momento de

practicarse la diligencia de inspección ocular la empresa demandada solamente presentó parte de los documentos existentes en los archivos de la misma, ello no afecta ni podría impedir la actividad del perito para solicitar e indagar, como lo hizo posteriormente en los archivos de la empresa, la presentación y exhibición de los documentos allí existentes, relacionados con el debate a fin de rendir su dictamen con conocimiento de causa'. (Casación 10 de noviembre 1959. G. J. XCI números 2217-2219, página 1064).

De conformidad con esta jurisprudencia de la H. Corte, varias veces ratificada, se entiende que el perito no tiene que simplemente atenerse a los documentos ya observados por el Juez, sino a otras relacionadas con la controversia, y por tanto, si en la Inspección judicial el juez observó y relacionó unos documentos, libros de contabilidad y archivos, el perito hace también la relación de los observados por él, para su dictamen y de la imposibilidad de rendir dictamen sobre algunos puntos por falta de los respectivos archivos y documentos. En tal forma, no es que el perito suplante al Juez, como lo observa el H. Tribunal, sino que el perito, durante el término concedido para su dictamen tiene la oportunidad de efectuar a fondo el estudio requerido, lo que es completamente imposible por el juez, ya que no tiene en la Inspección Judicial los documentos, ni el tiempo necesario al efecto, y entonces, si se abreiera camino la tesis del H. Tribunal, los jueces del trabajo durarían días enteros, y a veces meses, para evacuar una sola diligencia de inspección judicial en las cuales sería necesario hacer muchas operaciones contables, para llegar a conclusión acertada y definitiva, por eso es que la ley permite al juez, con el fin de que pueda aplicar el derecho, que sea un experto o perito el encargado de tales diligencias, y le corresponde al juez, según su libre convencimiento darle al dictamen su valor probatorio con relación con las otras pruebas aportadas al juicio. El H. Tribunal al transcribir la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, quiere hacerla encajar en el presente proceso, pero no nota la diferencia entre Inspección Judicial, peri-

tación y testimonio. En el caso presente no existe la confusión, entre estas pruebas, si examina algunos documentos, unos están dentro del expediente, y otros son suministrados por la empresa demandada, no se pierde el principio de la inmediación, por cuanto, ya vimos como la H. Corte, acepta que el perito examine libros y documentos entregados con posterioridad a la diligencia de Inspección Judicial, para su mayor conocimiento de los puntos materia de su dictamen, no se sustituye la Inspección Judicial, se complementa el haz probatorio en conjunto, no define ningún punto de derecho, indica sumas devengadas y sumas pagadas y comprueba sus afirmaciones con las relaciones presentadas, sacadas de los libros de contabilidad de la empresa, es pues una prueba que ha reunido todos los requisitos legales y que simplemente ha servido de auxiliar a la justicia con sus conocimientos contables. No son pertinentes las citas de la sentencia que se hace en el fallo recurrido, porque en el caso presente, el perito no establece los términos de la relación laboral, hechos aceptados por las partes, ni el monto del salario, ni las prestaciones a que tiene derecho el demandante, simplemente relaciona cifras para el análisis del juzgador y nada más. No se convierte en testimonio, como se afirma en la sentencia traídas en la sentencia, ya que simplemente relaciona cifras teniendo en cuenta los documentos presentados y los que figuran en los archivos de la empresa. No atestigua sobre hechos observados directamente por él dentro del término de la relación de trabajo, no desempeña la función de testigo presencial, sino de técnico contable, que reconstruye un pasado laboral no de acuerdo con la que vio u oyó sino teniendo en cuenta libros de contabilidad y documentos.

Por lo anterior se puede concluir que el dictamen es completamente idóneo para la demostración de los hechos materia del mismo, y que por tanto el H. Tribunal cometió error de hecho en su apreciación, al no darle el valor probatorio señalado por la ley procedimental, lo que le llevó a absolver al demandado de los cargos formulados en la demanda y revocar la senten-

cia de primera instancia, con lo cual violó el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo que indica el derecho a descansos dominicales, y consecuentemente su misma actitud hizo que indirectamente violara el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo al no decretar reajuste de auxilio de cesantía, ya que aumentando el salario correspondiente al último año de servicio, ha debido ordenar el reajuste de esta prestación y también violó el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al no ordenar por la misma razón el reajuste de primas de servicio, correspondiente por lo menos a los tres últimos años de servicio o a todo el tiempo ya que no se presentó la excepción de prescripción. Finalmente también en forma indirecta tales errores de hecho llevaron al fallador a violar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que indica que el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, conlleva la indemnización de un día de salario por cada día de mora en el pago, desde el día de la terminación del contrato hasta que tal pago se haga. Pero fuera de lo anterior existe otra violación del artículo 65, por errores de hecho en la estimación de la prueba, correspondiente al acta de inspección del trabajo que la desestimó que concuerda con el documento del folio 68 en donde se confiesa el pago atrasado de una prima proporcional, y de unas comisiones, lo que nos está indicando que a la terminación del contrato de trabajo, no se la habían cancelado salarios y prestaciones sociales, y por tanto era de aplicación el artículo 65 precitado. Pero, en cambio le da plena validez al documento que aparece en los folios 9 y 70, pero lo aprecia erróneamente, ya que el promedio para liquidar las prestaciones se hace sin incluir las denominadas bonificaciones por dominicales y por Espinal, y por tanto tal errónea interpretación, le hace violar los artículos 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo que indican el derecho a auxilio de cesantía y primas, en relación con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que indica todo lo recibido por el trabajador como remuneración de su trabajo constituye salario y por tanto la petición de reajuste de prestaciones ha debido des-

pacharse favorablemente. Dejo en esta forma presentada la demanda dentro de los términos legales nuevamente solicito a la H. Corte, que case totalmente la sentencia recurrida y que como Tribunal de Instancia entre a estudiar las peticiones de la demanda y a confirmar la condena de la sentencia de primera instancia".

Se considera

La interpretación errónea de pruebas no es concepto de violación de la ley alegable en casación laboral, sino que, en tratándose de pruebas calificadas, lo que puede dar lugar a errores de hecho es la falta de apreciación de pruebas o su equivocada apreciación, para violar así indirectamente la ley por aplicación indebida.

Por otra parte deben invocarse concretamente las pruebas que originen a los errores de hecho alegados y puntualizarse ellos, lo cual dejó de hacer el censor.

Además la prueba pericial no es calificada en casación laboral, ya que de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, sólo lo son la confesión, la inspección judicial y los documentos auténticos.

En consecuencia de lo anterior 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 impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de fecha trece (13) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977) en el proceso de Alfredo Perdomo Ardila contra Distribuidora Girardot Limitada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VALOR DE LAS NORMAS DEL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO

"El artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 aparte A, numeral 6º, hace válida aquella disposición del Reglamento al erigir en justa causa para la terminación del contrato por parte del patrono 'cualquiera violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal, en pactos, contratos individuales o reglamentos'"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta número 33.

Radicación Nº 6586

Laurencio Pedreros Díaz, mayor de edad y vecino de Pereira, demandó, por conductor de apoderado a la sociedad "Gaseosas Posada Tobón S. A." con domicilio en Medellín, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condenara a reconocerle y pagárle las cantidades que resulten establecidas por concepto de indemnización convencional por despido injusto, "pensión sanción" de jubilación y las costas del juicio.

Relató en libelo que había prestado servicios a la demandada, como chofer vendedor de los productos de la empresa, con salario variable que en el último año de labores arrojó el promedio mensual de \$ 9.119.88, desde el 16 de diciembre de 1957 hasta el 23 de agosto de 1977, fecha en la que fue despedido sin justa causa. La razón que se adujo para tal determinación —la de haber ingerido licor en horas de trabajo y haberse presentado en estado

de embriaguez— es inexacta, pues apenas se tomó un par de cervezas con el mecánico que arregló el vehículo gratuitamente el día 13 de agosto, como una atención con él y para calmar la sed. Reparado el vehículo reanudó, con su ayudante, a eso de las cinco y media de la tarde, "la surtida de los establecimientos", habiendo concluido la tarea a las 9 de la noche; al retornar a Pereira, entró a comer a su residencia y se presentó a la fábrica a las 11 de la noche, en donde cumplió todas las labores de rutina, sin que se hubiese tipificado la falta que se le imputa. En la fecha del despido era mayor de 50 años, edad que le da derecho a la pensión sanción de jubilación.

La parte demandada, al descorrer el traslado, negó unos hechos y aceptó otros. Adujo que, de acuerdo con el literal j del parágrafo del artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo y con la ley, ingerir bebidas embriagantes en horas de trabajo constituye falta grave y que Pedreros había confesado haber incurrido en ella, por lo cual el despido estaba plenamente justificado.

Tramitada la primera instancia, el *Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira* la resolvió, mediante fallo de catorce de julio de mil novecientos setenta y ocho, condenando a "Gaseosas Posada Tobón S. A." a pagar al actor las sumas de \$ 182.

194.88 por concepto de indemnización por despido; \$ 6.661.31 mensuales como pensión sanción, "desde el día veinticuatro (24) de agosto de 1977", y las costas del juicio.

Ese proveído fue confirmado por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira* al desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada.

Contra la decisión anterior, proferida el veintitrés de octubre de mil novecientos setenta y ocho, ha recurrido en casación el procurador judicial de la empresa. Como el dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y lo tiene admitido y debidamente tramitado la Corte, se le va a resolver con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

La impugnación

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia gravada, para que, en función de instancia, revoque la dictada por el Juzgado, y, en su lugar, absuelva a la demandada de todas las peticiones de la demanda inicial y condene en costas al demandante.

Tal propósito lo pretende el recurrente con apoyo en la causal primera de casación y mediante la formulación de cuatro cargos que la Sala estudiará comenzando por el segundo por perseguir la destrucción total de las condenas.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de violar, por interpretación errónea, los artículos 1º, 19 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo, 27 del Código Civil, 7º del Decreto 2351 de 1965 y 94 del Reglamento de Trabajo de la Empresa, y, como consecuencia, por aplicación indebida, los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 8º del Decreto 2351 de 1965.

En su demostración, el recurrente destaca que el Tribunal tuvo como demostrado que el trabajador incurrió en la falta imputada, su consagración como justo motivo de despido en el Reglamento Interno y la existencia y validez de éste. A continuación argumenta de la siguiente manera:

"Se interpretó erróneamente el artículo 10 (la Sala entiende que se quiso referir al 1º que es el señalado como (infringido) del Código Sustantivo del Trabajo, porque consideró que autorizaba para desatender el tenor literal de las normas cuando el sentenciador creyera, como si fuera legislador, que determinada disposición producía desequilibrio entre patrono y trabajador, cuando el equilibrio social lo establece precisamente el legislador, que en el fallo impugnado fue suplantado por el fallador.

"El artículo 19 del mismo Código fue erróneamente interpretado tanto cuando se creyó que a pesar de existir norma expresa aplicable al caso, se podía aplicar una norma supletoria o una consideración ajena al precepto regulador del caso.

"Se violó el artículo 107 del mismo Código porque se interpretó erróneamente que cuando se dijo que para incurrir en las faltas consagradas en el Reglamento de Trabajo, era necesario obrar con intención expresa de violar ese estatuto, en lo cual también se interpretó erróneamente el artículo 94 del Reglamento que no exige el factor intención como equivocadamente lo pretende el fallador, dentro de un criterio de derecho penal que resulta impertinente dentro de la normación laboral.

"Se violó el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 porque se interpretó erróneamente la causa justa establecida en la norma respecto a las faltas calificadas como graves en el reglamento, como la que ocurre con intención expresa de violación, cuando se pongan en peligro los bienes o prestigio de la empresa, cuando se causen perjuicios, cuando sea cometida por un trabajador de mala conducta o cuando el trabajador tenga poco tiempo de servicio en la empresa. Pero la norma no condiciona la justa causa de terminación a esas circunstancias, luego se interpretó erróneamente.

"Como todas las normas indicadas son claras no se podía desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, y de allí que se hubiera violado el artículo 27 del Código Civil.

"Esas violaciones llevaron al fallador a conceptualizar que el despido era injusto y consecuencialmente a aplicar indebidamente

mente los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 8º del Decreto 2351 de 1965, que sólo tienen cabida cuando el despido realmente es injusto".

El opositor presenta un escrito en el cual hace el análisis que le parece conveniente de las pruebas y circunstancias fácticas del pleito.

Para resolver, se considera

Ciertamente el Tribunal tuvo como probado que Pedreros "ingirió cerveza en tiempo de trabajo y que se presentó bajo ciertos efectos etílicos"; que el Reglamento Interno de Trabajo, en su artículo 94, literal j), prevé ese hecho como falta grave y como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato, y que la autenticidad y eficacia de ese estatuto fueron demostrados en el juicio.

A pesar de ello, calificó como injusto el despido, apoyado en las consideraciones de que, aunque la calificación de la falta hecha por la norma del Reglamento no es extremada, "en el caso de su concreta aplicación debe atemperarse el espíritu jurídico de la regla, pues la exclusiva interpretación literal de ella conduciría a una injusticia"; que "el objeto del derecho del trabajo es el de lograr la justicia, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, principio teleológico de elevada significación, que debe guiar al intérprete judicial (artículos 1º, 19 Código Sustantivo del Trabajo)"; que, admitiéndose que el trabajador se excedió en la cantidad de cervezas ingeridas, "no parece que lo hubieran embriagado en grado tal que hubiese puesto en peligro los bienes o el prestigio de la empresa, finalidad precisa de la prohibición contenida en el literal j) del parágrafo del artículo 94 del Reglamento Interno"; que "ningún otro hecho incriminatorio se le hizo"; que cumplió con el resto de sus labores al llegar a la empresa y que la suposición de que antes había observado buena conducta no fue desvirtuada.

El artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo preceptúa:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

"1) Por parte del patrono:

".....

"Parágrafo. Además de las señaladas anteriormente, constituyen justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de la empresa, además de las que se hayan previsto en el contrato individual, pacto o convención colectiva o fallo arbitral, en su caso, las siguientes faltas cometidas por el trabajador, las cuales se califican como graves:

".....

"j) El ingerir licor en horas de trabajo, aún en cantidades mínimas".

El artículo 7º del Decreto 2351 de 1945, aparte A, numeral 6, hace válida aquella disposición del Reglamento al erigir en justa causa para la terminación del contrato por parte del patrono "cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos". (Subraya la Sala).

Como se ve, los textos de los dos ordenamientos transcritos son claros y categóricos en cuanto señalan el acto en donde debe aparecer la calificación de la falta como grave y la forma y la oportunidad para hacerla. Si es el Reglamento Interno el que la contiene, es el patrono o empresario el llamado a calificarla, con la ratificación, mediante la respectiva aprobación, del Ministerio del Trabajo; y esa calificación, hecha con la plenitud de los requisitos legales, previa a la ocurrencia de la falta y antes de que su comisión se discuta en juicio, resulta intocable por el juzgador y no puede ser desconocida por él so pretexto de averiguar si es justa o injusta. Debe presumirse que ese examen ya ha sido hecho con acierto por el Ministerio del Ramo, y como, además, el tenor literal de las normas en cuestión exhiben suficiente cla-

ridad, no se les puede asignar un sentido o espíritu distinto del que ellas en sí mismas contienen, así sea con el loable propósito de procurar un mayor equilibrio entre las partes aplicando reglas o principios de equidad.

Ni cabe, de otro lado, interpretarlas para reconocerle gravedad a la falta —en el supuesto fáctico de autos— solamente cuando el licor ingerido por el trabajador le ha producido tal grado de embriaguez que ha puesto en peligro los bienes de la empresa, pues tales circunstancias son elementos o factores no contenidos en la causal alegada por la empresa y más bien forman parte de otras distintas previstas por la ley como justificativas del despido. La razón invocada por la empleadora constituye un motivo independiente y autónomo y no admite que se la relacione o involucre con otros diferentes.

Por todo lo anterior, resulta evidente que el sentenciador de segundo grado hizo una equivocada interpretación de los artículos 94, parágrafo literal j) del Reglamento Interno de Trabajo, 107 del Código Sustitutivo del Trabajo y 7º, numeral 6, del Decreto 2351 de 1965, en armonía con los artículos 1º y 19 del citado Código, y que, como consecuencia de ello, aplicó de modo indebido el artículo 8º del mismo Decreto 2351 de 1965 y el 8º de la Ley 171 de 1961.

El cargo es, por lo tanto, fundado y debe producir el efecto de infirmar la sentencia acusada. Prospera, en consecuencia.

Como de esta forma obtiene el recurrente el máximo de sus aspiraciones consignadas en el alcance de la impugnación, resulta inoficioso el estudio de las otras censuras que formula.

Consideraciones de instancia

El hecho de haber ingerido licor durante la prestación del servicio se halla plenamente probado con la propia confesión del

demandante Pedreros en la diligencia de descargos y, además, con los testimonios de Jesús Antonio Hernández, mecánico que desvarió el vehículo; del ayudante Rodolfo Gámez y de los señores Luis Horacio Rave y Humberto Duque Castaño. Tal hecho está consagrado como justa causa para la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono en el parágrafo, literal j), del artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, en armonía con el numeral 6 de la letra A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Debe concluirse, de consiguiente, que el despido fue justificado y absolverse a la sociedad demandada de las pretensiones del actor, a quien se le impondrán las costas de la primera instancia, previa revocación del fallo del Juzgado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha 23 de octubre de 1978 y, en función de instancia, REVOCA la del Juzgado Primero Laboral de dicho Circuito y, en su lugar, ABSUELVE a la sociedad Gaseosas Posada Tobón S. A., de todos los cargos formulados contra ella por Laurencio Pedreros Díaz.

Costas de la primera instancia a cargo de la parte actora.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora, Fernando Uribe Restrepo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION PARA LOS TRABAJADORES QUE LABORAN A TEMPERATURAS "ANORMALES"

Alcance del artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 10 del Decreto 617 de 1954

No debe el juez aceptar ciegamente la prueba parcial pues es su obligación examinarla con espíritu crítico, así sea con la sola base de los conocimientos que poseía por sentido común. Cuando considere que un dictamen no es suficiente, puede ordenar la práctica de otro. (Código de Procedimiento Laboral artículos 233 y 241)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre veinticinco de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor: Fernando Uribe Restrepo).

Radicación N° 6696

Acta N° 33

Pedro Fabio Román Buitrago, mayor de edad y vecino de Envigado, identificado con C. C. 642649 de Envigado, demandó, por intermedio de apoderado judicial, en juicio laboral ordinario, a la empresa *Cristalería Peldar S. A.*, para obtener el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación sin consideración a la edad, por haber trabajado más de 20 años en labores que se realizaron a temperaturas anormales, mas las costas del juicio. Fundamentó su demanda en los siguientes hechos:

"1º) Soy actualmente trabajador al servicio de la empresa que demando, vinculado por contrato de trabajo desde el 11 de enero de 1949.

"2º) El cargo que he desempeñado desde mi ingreso a la empresa ha sido el de Ope-

rador de Hornos, en cuyas labores me corresponde sacar la producción de vidrio, velar por la correcta operación de los hornos, mantener las temperaturas adecuadas, controlar el funcionamiento de quemadores, el flujo correcto de combustible y materias primas, revisar los instrumentos de medición y controles, etc.".

"3º) El salario que en la actualidad devengo es de \$ 156,15 diarios, más el recargo por trabajo nocturno, ya que me toca laborar en turnos rotatorios de 6 a.m. a 2 p.m.; de 2 p.m. y de 10 p.m. a 6 a.m.".

"4º) La labor que ejecuto en la empresa tiene que realizarse a una temperatura superior a los 60° C., en forma permanente, la que sin lugar a dudas constituye una temperatura anormal".

"5º) Llevo trabajando en tal oficio y en las condiciones de temperaturas dichas, por un lapso superior a 20 años, razón por la cual me asiste el derecho a que se me reconozca la pensión de jubilación de que habla el artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 269 de la misma obra y el artículo 10 del Decreto 617 de 1954".

La empresa demandada dio respuesta, también por intermedio de apoderado judicial, aceptando unos hechos y negando

otros, y oponiéndose en su totalidad a las pretensiones del libelo inicial. Tramitada la instancia el *Juez* del conocimiento, el *Laboral del Circuito de Envigado*, dictó sentencia el 15 de septiembre de 1978 condenando a Cristalería Peldar S. A. a pagar al actor la pensión plena de jubilación, y las costas correspondientes. Apeló la sociedad demandada y el *Tribunal Superior de Medellín*, en *Sala Laboral*, confirmó la condena mediante sentencia de 10 de noviembre de 1978 contra la cual interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la demandada, el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala de la Corte, al igual que la correspondiente demanda, por lo cual se procede a decidirlo teniendo en cuenta el escrito de oposición.

El recurso

Persigue la casación total del fallo impugnado para que la Corte, en sede de instancia, revoque en todas sus partes el fallo de primer grado y absuelva a la sociedad demandada de todos los cargos formulados en el libelo inicial.

El cargo único

Se plantea y sustenta en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia por la casual primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la aplicación indebida de los artículos 269, 270 y 273 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado el 269 por el artículo 10 del Decreto 617 de 1954".

"La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma indirecta por haber incurrido el fallador en error de derecho, al haber dado por establecido, sin estarlo, que el actor trabajó durante más de 20 años en labores realizadas a temperaturas anormales, apoyándose en medios probatorios no autorizados por la ley para demostrar ese hecho, por exigir aquella una prueba definida y determinada para su demostración".

"Para llegar a la conclusión citada, el *ad quem* se basa en los testimonios de Mi-

guel Angel Vásquez (fl. 13), Francisco Luis Ochoa Muñoz (folio 14), en la Inspección Judicial practicada en las Oficinas de la Empresa (folio 46) y en el dictamen pericial rendido por el perito (folio 47)".

"Pero, ahora bien, la calificación de la labor efectuada a temperaturas anormales, es de competencia en cada caso de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo, (hoy Sección de Medicina e Higiene de Trabajo), como en forma perentoria lo exige el inciso 2º del artículo 270, norma ésta que en su parte inicial dice "..... Lo dispuesto en el artículo anterior se aplica....." y hace relación a los trabajadores dedicados a labores que se realicen a temperaturas anormales. No puede ser de otra manera, por tratarse de un asunto eminentemente técnico, que solamente puede determinarse por los especialistas en Medicina e Higiene Industrial".

"Sobre el particular el doctor Guillermo González Charry dice" ".... Para la legislación colombiana, la determinación de si un trabajo se ha cumplido a temperaturas anormales corresponde, según el inciso 2º del artículo 269 del Código a la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio de Trabajo...." (prestaciones Sociales del Sector Privado, Editorial Temis, 1966 página 162)".

"Por tanto, no podía demostrarse la labor a temperaturas anormales, que invoca el actor como fundamento de la súplica relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación especial, sino con la declaración de la Oficina del Ministerio de Trabajo, probanza que en ningún momento se produjo. Al admitir la demostración por otras pruebas, hizo incurrir a la Sala falladora en error de derecho, por cuanto la exigencia que hace la ley revistió de solemnidad la prueba que tiene que aducirse y que viene a ser la única valedera para acreditar la situación fáctica que sirvió de soporte al caso *sub lite*. Si tal error no se hubiera cometido, se habría llegado a la conclusión de no haber sido demostrada la temperatura anormal en las diversas labores que desarrolló el actor al servicio de la demandada y ésta hubiera sido absuelta

—como ha debido serlo— del reconocimiento de la pensión especial de jubilación”.

“Lo anterior es más que suficiente para que se quiebre la sentencia y en su lugar se absuelva a la demandada, dado que no se estableció el trabajo en altas temperaturas durante 20 años, como lo determinan y exigen las normas infringidas”.

El opositor anota que “de la simple lectura de la acusación se aprecia en forma clara que el error de derecho que el impugnante le atribuye a la sentencia, radica en el recurrente y no en el fallo objeto del recurso”. Sustenta esta afirmación indicando que de acuerdo con los artículos 269 (modificado) y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, la Oficina Médica del Ministerio solo precisa o declara la calidad de actividades “similares” a que se refiere la primera de las normas, pero no debe intervenir en dicha oficina para clasificar a los trabajadores en las actividades descritas por el artículo 270. Se refiere a la libertad probatoria consagrada por el artículo 51 del Código Procesal Laboral y cita el principio de libre formación del convencimiento judicial establecido en el artículo 61 *ibidem*, limitado tan solo cuando la ley exige expresamente una prueba *ad substantiam actus*. Termina diciendo:

“Esto quiere decir, según la parte final de la disposición que se acaba de transcribir, que en materia laboral no existe en ningún caso las solemnidades denominadas doctrinariamente *ad probationem* y que sólo por vía de excepción la ley habla de las solemnidades que se denominan *ad substantiam actus*, es decir que son indispensables para que el acto mismo surja a la vida jurídica. En resumen de todo lo anterior, en el caso *sub lite* al demandante le es dado escoger el medio probatorio que considere más adecuado para acreditar los hechos en los cuales fundamenta su derecho. Y tratándose de comprobar una situación técnica como lo es la temperatura anormal nada más indicado para tal efecto que el dictamen pericial. En ese sentido, la cita de un distinguido tratadista del derecho laboral que trae el memorialista, es apenas

una mera opinión sin respaldo legal, jurídico o científico.

Se considera

El artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo dice: “Lo dispuesto en el artículo anterior —que se refiere a los operadores de radio— se aplica a los aviadores de empresas comerciales, a los trabajadores de empresas mineras que presten sus servicios en socavones, y a los dedicados a labores que se realicen a temperaturas anormales”.

Deben observarse, en primer lugar, que el “artículo anterior” en referencia, o sea el artículo que en el Código tenía el número 269, trata exclusivamente de la pensión especial a que tiene derecho los operadores de radio después de 20 años de servicio, y por tanto es a ésta única y concreta disposición a la que se refiere el artículo 270, para extenderla a trabajadores de otras actividades, entre ellas la que se realiza a “temperaturas anormales”.

El artículo 10 del Decreto 617 de 1954 modificó cuatro años después el artículo 269 del Código para hacer extensivo a los “operadores de cable y similares” lo inicialmente dispuesto en favor de los radioperadores. Agregó la nueva norma, en su segundo aparte, que “la calidad de similares de que trata el numeral 1º de este artículo, será declarada, en cada caso, por la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo”.

No es aplicable esta norma en los casos del artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo pues el “artículo anterior” a que este se refiere es el 269 del mismo Código y no el 10 del Decreto 617 de 1954, y aquél no hizo alusión a procedimiento alguno. Mas si no fuera así, y se aceptara en gracia de discusión que el artículo 270 al referirse al “artículo anterior” se estuviera remitiendo al Nº 10 del Decreto 617 citado, resultaría también evidente que en la última norma se extiende el derecho mas no el procedimiento, pues éste se refiere exclusivamente a la terminación, en cada caso, de las actividades que sean “similares” a la operación de radio y cable, conforme lo ha precisado la Sección Segunda de esta Sala en

recientes fallos (mayo 10 y junio 15 de 1979).

Por no regir esta norma el presente caso, —conforme queda visto se abstiene la Sala de analizar su alcance—.

En razón de lo expuesto, el cargo no prospera.

Aparte de las anteriores consideraciones sobre el cargo, encuentra la Sala en este proceso circunstancias que ameritan algunas consideraciones adicionales, en cumplimiento de la función doctrinal que corresponde a la Corte en casación.

Es evidente que el problema de determinar la presencia de "temperaturas anormales", a las cuales se refiere el artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo, es una de esas cuestiones que por su complejidad técnica hace necesaria la intervención de peritos calificados, poseedores de conocimientos científicos especializados que les permitan ilustrar al juez. Pero es bien sabido que el juzgador, al apreciar el dictamen pericial, debe ponderar su firmeza y precisión y la calidad del experto. No debe el juez aceptar ciegamente la prueba pericial pues es su obligación examinarla con espíritu crítico, así sea con la sola base de los conocimientos que posea por sentido común. Cuando considere que un dictamen no es suficiente, puede ordenar la práctica de otro (Código de Procedimiento Laboral artículo 233 y 241).

Dice el Tribunal en la sentencia acusada:

"A folios 47 aparece el dictamen rendido por el perito designado para constatar las temperaturas a que labora el actor (folios 15 y 16) y en dicho dictamen se especifican las labores que debe rendir el actor, el lugar donde presta el servicio y se especifica que, "las temperaturas a las que está sometido, tanto el operario de hornos como el ayudante, tienen una fluctuación bastante grande, ya que están entre los 150 y los 36 grados centígrados".

"El tiempo que permanece trabajando a una temperatura de 150 grados C. durante el turno de ocho horas, es de aproximadamente un hora y media; laborando a la temperatura comprendida entre los 100 y los 45 grados C. es de cuatro horas y media, y a una temperatura entre los 45 y 35 grados C. permanece 2 horas".

"Del dictamen, que quedó en firme, porque no fue objetado, ni se pidió aclaración o adición, se desprende con toda claridad, que las temperaturas a que tiene que prestar el servicio el actor es anormal (sic), por el grado de calor a que se ve sometido durante toda la jornada de trabajo".

En el dictamen pericial aludido no se indica cómo se midió la temperatura, si con termómetro seco o húmedo, ni se tuvo en cuenta la humedad ambiental, ni la velocidad del movimiento del aire, factores de los cuales depende la capacidad de transpiración del cuerpo y hacen que la temperatura sea siquiera soportable (Ver introducción al estudio del Trabajo, OIT, 1973, 2^a edición rev. páginas 303 a 305 y 427).

La conclusión a que llega el perito y según la cual el actor laboraba normalmente durante cuatro horas y media diarias a más de 45 grados centígrados, llegando hasta 100° y durante una hora y media diaria a 150 grados (registra escala entre 45 y 100°, pero no entre 100° y 150), con un vestido de dril "que conserva el calor", repugna el sentido común. No es necesario ser técnico ni científico para saber que el ser humano no es capaz de soportar tales temperaturas, así esté en reposo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de diez (10) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Pedro Fabio Román Buitrago contra Cristalería Peldar S. A.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Fernando Uribe Restrepo, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUSTITUCION PENSIONAL A LA HERMANA DEL PENSIONADO FALLECIDO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre treinta y uno de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 7093

Acta N° 46

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia fue condenada en ambas instancias a pagarle a *doña Beatriz Ordóñez Dorado o Beatriz Ordóñez viuda de Zambrano* sustitución vitalicia de la pensión de jubilación de que disfrutaba en vida el señor Carlos Ordóñez Dorado, en calidad de hermana legítima del fallecido y conforme a lo impetrado por dicha señora en su libelo.

La Federación, inconforme con esta suerte procesal, interpuso casación contra el fallo pronunciado el 21 de marzo de 1979 por el *Tribunal Superior de Pasto* para dirimir el litigio en la segunda instancia.

En la demanda respectiva (folios 11 a 16 de este cuaderno) pide que se infirme dicho fallo, que luego se revoque el del primer grado y que, finalmente, se la absuelva de todas las súplicas del libelo.

Con este propósito, formula tres cargos contra aquel fallo, de los cuales la Sala procede a examinar el tercero, que dice así:

Tercer Cargo

Violación directa por aplicación indebida del artículo 1º y sus párrafos 1º y 2º de la Ley 33 de 1973, en relación con los artículos 12 de la Ley 171 de 1961, artículo 1º de la Ley 5ª de 1969, artículo 15 del Decreto 435 de 1971, artículo 10 de la Ley 10ª de 1972, artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, artículo 1º de la Ley 12 de 1975, artículo 260 de C. S. del T., artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, inciso 3º del artículo 3º de la Ley 10ª de 1972, artículos 1º, 2º, 5º, 9º y 10º de la Ley 4ª de 1976, artículos 5º y 8º del Decreto 435 de 1971, artículos 1º, 3º, de la Ley 10ª de 1972, y artículos 1º y 2º del Decreto 1260 de 1970.

Demostración del cargo

“El artículo 1º de la Ley 33 de 1973, dispone paladinamente que solo tiene derecho a la pensión del trabajador particular fallecido en forma vitalicia” *su viuda* y “*los hijos menores* del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez” (subrayo).

“Abundando en claridad, el parágrafo 2º de la norma en cuestión, prorroga vitaliciamente la pensión para “*las viudas*” que venían disfrutando del derecho por cinco (5) años instituido por el artículo 15 del Decreto 435 de 1971, que a su vez amplió el anterior derecho de dos (2) años consagrado por el artículo 12 de la Ley 171 de 1961 y por el artículo 1º de la Ley 5ª de 1969.

“Es decir, que la sustitución vitalicia de la pensión solo se hizo en favor de *la viuda del trabajador pensionado fallecido* y no de sus otros beneficiarios, pues aún para los hijos está condicionada a los menores “incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez”, mientras subsistan estas circunstancias. (Parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973).

“En parte alguna el artículo 1º de la Ley 33 de 1973, extiende el derecho vitalicio a las hermanas solteras del pensionado fa-

llecido, por lo cual, ni aún admitiendo el grave dislate de equiparar el estado de viudez con el de celibato, como lo hizo el Tribunal de Pasto, existe el pretendido derecho de la demandante, quien no es la viuda del causante sino de un tercero (José L. Zambrano, folios 12 y 13).

"La infracción directa de la norma aparece *prima facie* al aplicar las previsiones del artículo 1º de la Ley 33 de 1973 a la "hermana soltera" del jubilado fallecido, por lo cual también procede el quebrantamiento de la sentencia acusada". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Se considera

El artículo 1º de la Ley 33 de 1973, que el cargo tiene como indebidamente aplicado por la sentencia que acusa, dice así:

"Artículo 1º Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia."

"Parágrafo 1º Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon.

"Si concurrieren cónyuges e hijos la medida pensional se pagará, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

"La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

"Parágrafo 2º A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho casuado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión,

les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta ley".

El texto transcrita concedió así en forma vitalicia la sustitución pensional que habían consagrado por cinco años los artículos 15 del Decreto Ley 435 de 1971 y 10 de 1972 en beneficio del cónyuge y de los hijos menores o incapacitados para trabajar por invalidez o por ser estudiantes de quien falleciera estando jubilado o con derecho a disfrutar de pensión.

Excluyeron pues tales preceptos del beneficio de la sustitución, quinquenal inicialmente y luego vitalicia a parientes distintos del cónyuge y de los hijos menores o incapacitados para trabajar del pensionado actual o potencial que muera.

Queda patente así que el Tribunal ad quem infringió la norma copiada al principio cuando vino a aplicarla a un caso no regulado por ella, como lo es el de las hermanas del pensionado fallecido, que no están señaladas por el artículo 1º de la Ley 33 de 1973 como beneficiarias vitalicias de la sustitución pensional que establece.

Habrá de casarse entonces el fallo acusado y, para decidir en instancia, la Sala considera:

La Federación ha impugnado la posibilidad de que una viuda de persona distinta del jubilado tenga titularidad para beneficiarse de la sustitución correspondiente a un hermano suyo fallecido cuando disfrutaba de pensión, por entender que su estado de viudez es absolutamente distinto del de hermana soltera del difunto, que es el previsto por la ley para el evento de la sustitución. Y ha impugnado también la identidad de quien comparece a reclamar aquella sustitución pensional como hermana soltera del fallecido, siendo así que tiene la condición de viuda de un tercero.

Un estudio de estos planteamientos, muestra que la viudez no es una especie del estado civil sino la condición en que queda una persona que estuvo casada y cuyo consorte ha fallecido. Esta situación se demuestra con las partidas de matrimonio y de defunción del cónyuge muerto.

La soltería, en cambio, si es una especie del estado civil, que tiene como atributo único la capacidad para contraer nupcias lícitamente y que no es susceptible de prue-

ba específica, como si lo es el de casado, mediante la presentación de la partida de matrimonio correspondiente.

La condición de viudo es equiparable jurídicamente a la soltería en cuanto atañe a la posibilidad de contraer válidamente un nuevo matrimonio, para adquirir otra vez el estado civil de casado, que es el diferenciable ante la ley del de soltero.

Y si la viudez equivale entonces para efectos jurídicos a la soltería, es indiferente que la mujer viuda conserve o no conserve en su nombre el apellido del esposo, sin que la escogencia de cualquiera de estas dos alternativas altere, tergiverse o confunda su identidad personal, ya que ninguna ley vigente la obliga a usar sus propios apellidos de soltera o el del cónyuge muerto además de los suyos, para manifestar su nombre, que es atributo inmanente a su personalidad, cuando vaya a identificarse, es decir, a distinguirse individualmente de los demás seres humanos.

Se esclarece así que la condición de viuda de un tercero no inhabilita de modo radical a la hermana de un pensionado fallecido para reclamar la sustitución pensional correspondiente, ni el uso de sus propios apellidos en forma separada o conjunta con el del cónyuge muerto pone en tela de juicio la identidad de quien reclama.

De otra parte, los artículos 12 de la Ley 171 de 1961 y 1º de la Ley 5º de 1969 establecieron que, a falta de cónyuge y de hijos del jubilado efectivo o potencial, tienen derecho a recibir la pensión de éste y por dos años, los padres, hermanos inválidos o hermanas solteras del beneficiario directo de aquella prestación cuando fallezca y siempre que hubieran dependido económicamente de él en forma exclusiva y carezcan de medios suficientes para atender a su congrua subsistencia.

Este segundo orden de beneficiarios pensionales sustitutos no ha sido modificado por leyes posteriores ni en cuanto a las personas que lo integran, ni en cuanto al plazo de duración del disfrute de la pensión.

Los planteamientos que se dejan hechos permiten ya decidir en concreto el asunto sub judice:

1º Con las partidas eclesiásticas de matrimonio de los señores Rodolfo Ordóñez y

Eloisa Dorado (folios 10, Cuad. 1º) y de nacimiento de los señores Carlos Alberto y Beatriz Eloisa Ordóñez Dorado (folios 8 y 11 ibidem) se comprueba que estos últimos fueron hermanos legítimos;

2º) Con la partida notarial de defunción del señor Carlos Ordóñez Dorado (folio 7 ibidem), se demuestra su fallecimiento estando soltero; y con el certificado que obra al folio 2 del primer cuaderno, se acredita que al tiempo de su muerte el señor Ordóñez Dorado recibía de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia una pensión de jubilación de \$ 8.430.44 mensuales;

3º) Con la partida eclesiástica de matrimonio de los señores José Lizardo Zambrano y Beatriz Ordóñez (folio 12 ibidem), se prueba que doña Beatriz contrajo nupcias con el señor Zambrano el 30 de junio de 1937; y con la partida notarial de defunción del señor José Lizandro (sic) Zambrano Ortiz, que en fotocopia autenticada notarialmente se trajo al juicio (folios 13 y 13 v.), se demuestra el fallecimiento del cónyuge de doña Beatriz Ordóñez el 12 de noviembre de 1940, es decir, que ella tiene la condición de viuda desde la aludida fecha;

4º) Con las declaraciones anticipadas de los señores Hilda Eraso de Bravo, Hernando Villota, Fanny de Bucheli y Alberto Julián Bucheli de la Espriella (folios 15 a 17 v. ibidem), que fueron ratificadas dentro del juicio (folios 30 a 31 y 35 a 36 ibidem), se prueba que doña Beatriz Ordóñez viuda de Zambrano dependía económicaamente en forma exclusiva de su hermano fallecido don Carlos Ordóñez Dorado y que ella carece de ingresos pecuniarios que le permitan subsistir, dato este último que se corrabora con la copia de la declaración de renta y patrimonio de doña Beatriz por el año gravable de 1975 (folio 14 ibidem), en la cual no denuncia ninguna renta y un patrimonio líquido de apenas \$ 85.000.00, que no aparece con gravamen calculado a su cargo, y con la copia de la declaración de renta y patrimonio de don Carlos Alberto Ordóñez Dorado por el mismo año gravable (folio 9 ibidem), donde aparece como persona a cargo del dicho contribuyente doña Beatriz Ordóñez de Zambrano, por carecer de renta (folio 9 bis vuelto ibidem);

5º Al haber fallecido el señor Ordóñez Dorado el 26 de diciembre de 1976, como se lee en la partida respectiva (folio 7 ibidem) y al ser jurídicamente equiparables la condición de viuda y el estado civil de soltería, según quedó visto, todos los datos anteriores conducen a concluir que, conforme a los artículos 12 de la Ley 171 de 1961 y 1º de la Ley 5º de 1969, doña Beatriz Ordóñez viuda de Zambrano o Beatriz Ordóñez Dorado, tiene derecho a la sustitución pensional de su hermano fallecido, don Carlos Ordóñez Dorado, por un lapso de dos años, contados desde la muerte de éste, a razón de \$ 8.430.44 mensuales. Es decir, a la suma de \$ 202.330.56 por los veinticuatro meses pensionales, que ya transcurrieron.

Habrá de modificarse entonces la condena impuesta en la primera instancia, para reducirla a la cifra que acaba de expresarse.

Cabe advertir, finalmente, que la prosperidad del tercer cargo y las reflexiones anteriores, hacen inoficioso el estudio de los ataques primero y segundo.

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 el fallo recurrido y, en decisión de instancia, reforma los ordinarios Primero y Segundo del proferido

en este juicio por el Juez Laboral del Circuito de Pasto, así:

1º) Declarase que doña Beatriz Ordóñez Dorado, o Beatriz Ordóñez viuda de Zambrano, tiene derecho a la pensión de jubilación que recibía de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia su hermano fallecido don Carlos Ordóñez Dorado, pero sólo por un término de dos años contados desde la muerte del señor Ordóñez Dorado;

2º) Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagarle a doña Beatriz Ordóñez Dorado, o Beatriz Ordóñez viuda de Zambrano, la cantidad de doscientos dos mil trescientos treinta pesos con cincuenta y seis centavos (\$ 202.330.56) como beneficiaria durante dos años, ya transcurridos, de la sustitución pensional correspondiente a su hermano legítimo don Carlos Ordóñez Dorado, fallecido cuando disfrutaba de pensión de jubilación a cargo de la entidad demandada.

3º) Confírmase el ordinal Tercero del mismo fallo.

Sin costas en la segunda instancia ni en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MANIFIESTO ERROR DE HECHO

“El Tribunal Superior incurrió en manifiesto error de hecho al dar por demostrado, con base en la cláusula octava del contrato de trabajo y su aclaración, que en el sueldo variable devengado por el trabajador se encontraba incluida la remuneración por descanso en domingos y feriados”

Buena fe patronal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre treinta y uno de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta N° 46

Heliodoro Botero Villegas, mayor, vecino de Medellín, demandó en escrito que “coadyuvó” su apoderado judicial a la sociedad “Candle Electrónica de Colombia Ltda.”, con domicilio principal en Cali, pero con sucursal en Medellín, para que se la condene a pagarle lo siguiente: “Valor del descanso correspondiente a dominicales y festivos, por lo que respecta a las comisiones que por ventas recibía. II. La suma de \$ 20.000.00 ofrecida como bonificación por haber cumplido el cupo mínimo de ventas en el año de 1974. III. Reajuste de cesantías, vacaciones y primas de servicios, no sólo por los dos conceptos antes pedidos, sino con las primas extra-legales y el auxilio de transporte, puesto que, todos son conceptos integrantes del salario. IV. Indemnización por mora en el pago completo y oportuno de las prestaciones sociales. V. Honorarios por la utilización de mi retrato, nombre y opinión en la publicidad de la demandada. VI. Costas del proceso”.

Según los hechos de la demanda Heliodoro Botero Villegas trabajó al servicio de

Candle Electrónica de Colombia Ltda., desde el 1º de agosto de 1970 hasta el 30 de abril de 1975, como vendedor especial de calculadoras en Bogotá y Medellín; su salario básico fue de \$ 3.000.00, más el 4% de comisión por las ventas realizadas, obteniendo un promedio mensual en el último año de servicios de \$ 27.000.00. Recibía además \$ 500.00 mensuales por auxilio de transporte; \$ 20.000.00 anuales por cumplir con el cupo mínimo, que no se le pagó en 1974, y una prima extralegal anual que en 1974 fue de \$ 6.696.00. La sociedad demandada le adeuda el valor del descanso correspondiente a dominicales y festivos, los que fueron reclamados por Botero Villegas el 24 de junio de 1975 habiéndosele negado su reconocimiento sin razones valideras. Aun cuando se le descontaba al demandante las cotizaciones para el Seguro Social con base en la categoría 17, el patrono demandado lo tenía afiliado en la categoría 11, por lo cual Botero a raíz de una enfermedad recibió un subsidio de incapacidad disminuido. Las prestaciones sociales le fueron liquidadas el 27 de mayo de 1975 en forma incorrecta, por lo cual, en vista de la objeción del trabajador, fueron liquidadas nuevamente el 12 de junio, pero sin que se le incluyera como factor de salarios los \$ 500.00 de auxilio de transporte, los \$ 20.000.00 de bonificación ni la última prima extralegal de \$ 6.696.00 ni lo correspondiente a dominicales y festivos. Parte

de las ventas efectuadas se le obligaba a facturarlas a nombre de Corporación Electrónica de Colombia y luego a Promotora Electrolimitada & Cía S.C.A. Las comisiones se pagaban luego de deducir un presunto impuesto a las ventas, que no estaba a cargo de la demandada. En cuatro o cinco oportunidades Candle Electrónica de Colombia Ltda. hizo publicidad utilizando el retrato y conceptos de Botero Villegas como experto conocedor de máquinas calculadoras, por lo cual le adeuda los honorarios correspondientes.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Candle Electrónica de Colombia Ltda. negó unos hechos y aceptó otros. Se opuso a las pretensiones de la demandada y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción o caducidad y pago.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado del conocimiento*, que lo fue el *Segundo Laboral del Circuito de Medellín*, dictó sentencia el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y ocho, en cuya parte resolutiva dispuso: "CONDENASE a la empresa "Candle Electrónica de Colombia Limitada", representada por su gerente, señor Germán Posada Ospina o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor Heliodoro Botero Villegas, las siguientes cantidades de dinero: 1º) Ciento cuatro mil un peso con 23/Cvs. (\$ 104.001.23) por concepto de Remuneración de los descansos dominicales y festivos comprendidos entre septiembre 11 de 1972 y abril 30 de 1975, pues los causados con anterioridad a este período trienal están prescritos, tal como se dijo en la parte motiva de este proveído. 2º) Veintidos mil quinientos cuarenta pesos con 65 cvs. (\$ 22.540.65) por concepto de Reajuste al derecho de cesantía. 3º) Cuatrocientos setenta y cinco pesos con 54 cvs. (\$ 475.54) por concepto de Reajuste a la prima proporcional de servicios. Se ABSUELVE a la empresa demandada de los demás cargos formulados por el demandante, con la advertencia de que con respecto a los honorarios por utilizar la demandada la imagen y opinión del demandante, otra es la vía competente y a ella debe ocurrir (sic). Declaranse configuradas las excepciones de Prescripción y

Pago, pero sólo parcialmente. Las demás excepciones propuestas no se configuran. Se condena a la empresa demandada a pagar las costas del juicio en un 50%".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral*, en fallo de seis de junio de mil novecientos setenta y ocho decidió el doble recurso así: "Primero. Se condena a la 'Candle Electrónica de Colombia Limitada', representada por su gerente señor Germán Posada Ospina o por quien haga sus veces a pagar al demandante Heliodoro Botero Villegas, las siguientes cantidades de dinero: a) Dos mil dieciocho pesos con treinta y dos centavos (\$ 2.018.32) por reajuste del auxilio de cesantía; b) Seis mil doscientos cuatro pesos con ochenta y siete centavos (\$ 6.204.87) por reajuste de primas de servicios; c) Ciento cincuenta y nueve pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 159.43) por reajuste de vacaciones. Segundo. Se declara probada la excepción de pago total en lo que respecta a la remuneración por los descansos dominicales y festivos, y en consecuencia se absuelva a la demandada de este cargo formulado en el libelo. Tercero. Asimismo se absuelve a la demandada de los demás cargos formulados por el demandante, destacando que con respecto a los honorarios por utilizar la demandada la imagen y opinión del demandante, no es competente esta jurisdicción para solucionar dicho conflicto. Cuarto. Sin costas en las instancias".

Recurrió en casación el apoderado de Heliodoro Botero Villegas. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Que la Corte case parcialmente la sentencia de segundo grado en cuanto revoca la condena por valor del descanso en días festivos y dominicales, modifica la condena de auxilio de cesantía y confirma las absoluciones por los conceptos de honorarios por utilizar

la Sociedad demandada el nombre, fotografía y opinión del extrabajador para fines publicitarios y por indemnización moratoria; en sede de instancia, revoque parcialmente la providencia del Juez *a quo* en cuanto absuleve de honorarios por utilizar la Sociedad demandada el nombre, fotografía y opinión de mi representado para fines publicitarios e indemnización por falta de pago, confirme las condenas de \$ 104.001.23 por concepto del descanso en días festivos y dominicales y dé \$ 22.540.65 por concepto de reajuste de auxilio de cesantía y condene al pago de honorarios por utilizar la Sociedad demandada el nombre, fotografía y opinión de mi poderdante para fines publicitarios y a la indemnización moratoria".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula dos cargos, los cuales se estudiarán.

Primer cargo

"La sentencia viola indirectamente la Ley Sustancial por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 39, 43, 65, 127, 132, 172, 174, 176, 177, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, además del 173; 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 a 1º del Decreto 617 de 1954 como consecuencia de manifiesto error de hecho al apreciar equivocadamente el Tribunal los documentos en los folios 36 a 39 del cuaderno principal, 37 a 74 y 82 a 87 del segundo cuaderno".

Transcribe el recurrente apartes del fallo recurrido y de la sentencia de la Corte de nueve de abril de mil novecientos setenta y cuatro y argumenta:

"El error manifiesto en que incurrió el Tribunal al apreciar equivocadamente la cláusula octava en el contrato de trabajo y su aclaración, la experticia, consiste en dar por demostrado sin estarlo, que en la remuneración devengada por el señor He lidoro Botero Villegas se encuentra la retribución del descanso en dominicales y festivos. El error de hecho incide en la parte resolutiva de la sentencia impugnada porque el sentenciador de segunda ins-

tancia revocó la condena de \$ 104.001.23 por descanso en dominicales y festivos y modificó la condena por reajuste de auxilio de cesantía proferidas por el Juez de primer grado. Si el Tribunal no hubiera incurrido en el error señalado, habría dado por demostrado: a) Que la remuneración pactada fue de \$ 3.000.00 básicos mensuales y el 4% de comisión sobre el valor neto de cada venta pero que la remuneración devengada por el extrabajador fue de \$ 3.000.00 básicos mensuales y el 4% de comisión sobre el valor neto de cada venta de agosto 1º de 1970 a mayo de 1973; de \$ 3.000.00 básicos mensuales y el 6% de comisión sobre el valor neto de cada venta de junio a diciembre de 1973; de \$ 3.000.00 básicos mensuales y el 4% de comisión sobre el valor neto de cada venta de enero a junio de 1974; de \$ 3.000.00 básicos mensuales y el 6% de comisión sobre el valor neto de cada venta de Jul. a Nov. de 1974 y de \$ 3.000.00 básicos mensuales y el 4% de comisión sobre el valor neto de cada venta de Diciembre de 1974 hasta abril 30 de 1975 como se encuentra establecido en la experticia y c) Que en la remuneración devengada por el recurrente no estaban incluidos los salarios del descanso en dominicales y festivos porque la remuneración fue variable y la ley laboral tiene establecido que todo trabajador tiene derecho al descanso remunerado en dominicales y festivos, con una duración mínima de 24 horas y el mismo estatuto, para efectos de la remuneración de los descansos referido, distingue entre salario a base de sueldo y el variable. El salario a base de sueldo está sometido a la unidad de tiempo, su pago debe hacerse por períodos que no excedan de un mes, en esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales. El salario variable no es fijo en su cuantía y la unidad de tiempo no sirve para conocer su valor aunque para liquidarlo se señale por los contratantes un determinado lapso porque su importe depende de el esfuerzo y capacidad del trabajador, en esta modalidad salarial el descanso dominical se remunera con el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior tomando en cuenta solamente los días trabajados y la remuneración del descanso

en los días de fiesta se liquida como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuentos por faltas al trabajo. Si bien la cláusula octava fue aclarada en el sentido de que por haberse estipulado la remuneración por períodos mensuales ella comprende la retribución del descanso en domingos y festivos, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes sino la que realmente les corresponda porque la libertad contractual no los autoriza para alterar la esencia de las instituciones jurídicas. Si hubiera apreciado correctamente los documentos relacionados, habría condenado a las Sociedad Candle Electrónica de Colombia Ltda. al pago del descanso en dominicales y festivos y a los correspondientes reajustes de auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios porque el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el del descanso en domingos y días festivos es el de que el pactado sea a base de sueldo o por unidad de tiempo y cualquier otra especie de remuneración fija o variable, deja por fuera la deuda de estos descansos. Como la remuneración pactada y devengada por el extrabajador en el caso *sub judice* fue variable, en folios 37 a 74 y 82 a 87 del segundo cuaderno se encuentra la prueba de los promedios de salarios devengados por mi representado semana por semana de enero 21 de 1972 hasta abril 30 de 1975".

Para el opositor el recurrente señala como infringidas normas que como los artículos 22, 23, 24, y 39 del Código Sustantivo del Trabajo, no pueden ser acusables en el recurso extraordinario, además de que en el proceso no se ha discutido la relación laboral ni la existencia de un contrato escrito de trabajo, por lo cual el recurrente peca por exceso. Dice que el dictamen pericial no es documento, no es prueba calificada, y que el impugnador se refirió al mismo en forma incidental. Observa que el *ad quem* no produjo aplicación indebida del artículo 176 del Código Sustantivo, si no que hizo una acertada interpretación del mismo, por lo cual para desquiciar la sentencia ha debido orientarse la acusación por el concepto de interpretación errónea de la ley sustancial. Agrega el opositor: "(a) Adentrándome en el fondo de este asun-

to, debo subrayar que la cláusula del contrato que se impugna es absolutamente legal por cuanto es respuesta a un legítimo acuerdo de voluntades; no desconoce ninguno de los derechos del demandante y no vulnera la ley. Por lo tanto este ataque debe resultar, a mas de las razones anotadas y por respuesta, infecundo. e) Conviene también llamar la atención sobre la circunstancia que las providencias esgrimidas por el actor en apoyo de su tesis no corresponden en manera alguna al caso *sub lite* porque en aquéllas no se estaba discutiendo la validez de una norma contractual como la adicional que se discute en este juicio. f) Y no porque sea el último el que formulo a continuación es el menos importante de los argumentos que dirijo contra la demanda: El recurrente en forma alguna establece relación entre la demostración de su ataque y las normas que predica aplicadas indebidamente razón harto suficiente para que se produzca su desestimación. Así lo dijo muy acertadamente esta H. Sala con ponencia del doctor José Eduardo Gnecco Correa en sentencia dictada en el juicio de Luis Martínez Caballero contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

Se considera

I. En relación con las críticas de carácter técnico del opositor la Sala hace las siguientes observaciones: el que se citen como violadas normas que no tienen relación con lo debatido en el proceso no es error de técnica que impida el estudio del cargo, si por otra parte la proposición jurídica contiene las normas sustanciales que consagran los derechos cuyo reconocimiento o desconocimiento se presiguen por medio del recurso extraordinario. No siendo el dictámen del perito prueba de las señaladas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, su examen procederá si surge error de hecho de las denominadas calificadas. Si el fallador no incurrió en aplicación indebida de la norma por errores de hecho, sino en interpretación errónea de la misma, es cuestión que se decidirá mediante el estudio del fondo del cargo. Por último, en cuanto a que el acusador no establece relación entre la demostración de su ataque y las normas que predica aplicadas indebidamente, la misma

surge de la incidencia que según su criterio tienen los errores de hecho en la parte resolutiva de la sentencia. No se trata además, de errores in procedendo, que es a los que se refiere la jurisprudencia citada por el opositor.

II. El Tribunal Superior al estudiar la pretensión sobre reconocimiento y pago de los descansos dominicales, transcribe la cláusula Octava del contrato de trabajo, folio 37, y de la aclaración que posteriormente hicieron las partes, folio 39; transcribe luego pasajes de un fallo del mismo Tribunal, sobre un caso que estima similar; y argumenta:

"Esta Sala del Tribunal le otorga plena validez a la cláusula octava del escrito que recoge el contrato de trabajo, con su aclaración, y entonces deduce que no solamente dentro de los pagos hechos el actor en cantidad de \$ 3.000.00 mensuales, está previsto el descanso en días domingos y festivos, si no también en el 4% con que se le remuneró sobre el valor neto de cada venta, deducido el impuesto a las ventas, realizado por el vendedor".

Transcribe un pasaje de otra sentencia del Tribunal y termina así "En el presente caso, visto el dictamen del perito contable, es claro que no se vulneró el salario mínimo legal en lo que respecta al descanso durante los días domingos y feriados por lo cual tiene plena vigencia la cláusula contractual de que se viene haciendo mención. Se revocará, por ende la condena que por este aspecto trae el fallo de primera instancia, para en su lugar absolver por este concepto".

Aun cuando el fallador de segunda instancia cita en su argumentación jurisprudencia sobre el tema que trata, la conclusión la deduce del examen del contrato de trabajo, de su aclaración y del dictámen pericial, y no de una interpretación de las normas.

III. La cláusula octava del contrato de trabajo que las partes firmaron el 1º de marzo de 1972 dice: "Por los servicios antedichos el Empleado recibirá una remuneración básica de \$ 3.000.00 (Tres mil pesos

M/cte) por mes y en adición a ella una comisión del Cuatro por ciento (4%) sobre el valor neto de cada venta (deducido el impuesto a las ventas) que hiciere el vendedor". El 19 de julio de 1973 dijeron los contratantes: "Se aclara la cláusula Octava del contrato en el sentido de que, por haberse estipulado la remuneración por periodos mensuales, ella comprende la retribución del descanso en los días dominicos y festivos, en armonía con lo previsto en el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo".

Analizada la cláusula octava y su aclaración se concluye que las partes estimaron que en la modalidad pactada del salario se encontraban remuneradas los descansos obligatorios, por tratarse de un sueldo. Así es como debe entenderse la referencia al artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, lo pactado en materia de salario fue un salario fijo, por unidad de Tiempo, y un salario variable, por comisiones. En el primero se encuentra remunerados los descansos obligatorios, por cuanto la unidad de tiempo es superior a un día, o sea que se trata de un sueldo, artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo; no así en el segundo, que se rige por el artículo 176 del mismo estatuto.

De manera que no tiene valor alguno la cláusula que pretenda darle el carácter de sueldo, a un salario se que causa por comisiones en relación con las ventas.

A la luz del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, como estima el Tribunal Superior la cláusula aclaratoria, también carece de validez porque no puede pactarse que dentro de las comisiones esté incluido el valor de los descansos obligatorios, ya que ello implicaría una renuncia del trabajador a la remuneración correspondiente. La jurisprudencia solo ha aceptado excepcionalmente la validez de los pactos cuando se fija en forma precisa qué porcentaje de las mismas corresponde a retribución de servicios prestados y cuál al descanso dominical, porque sólo así es posible determinar si el porcentaje que se paga por los descansos corresponde a lo se-

ñalado por la ley, y que por lo tanto el trabajador no pierde la remuneración por los descansos obligatorios.

Aun cuando la Corte ha precisado desde hace varios años, y en forma reiterada, la diferencia entre el salario por unidad de tiempo y el salario variable para efectos de la remuneración de los descansos obligatorios, conviene, para aclarar nuevamente el concepto de que sobre el particular expuso en sentencia de treinta de enero de mil novecientos setenta y cuatro.

"5. El salario que define el artículo 133 del Código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. No es, pues, genérica, como lo entiende el recurrente. La de tal clase es materia de otro precepto legal, contenido en el artículo 127. A vista del artículo 28 del Código Civil. 'Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les darán éstas su significado legal'. Si las palabras "jornal" y "sueldo" comprenden no sólo el salario estipulado por días o por períodos mayores, respectivamente, como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcan también el salario variable, en cualquiera de sus modalidades (por obra o a destajo y por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc), como lo asevera el recurrente, rebasarían la que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraria el criterio fijado por la norma citada del Código Civil. 6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del artículo 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del artículo 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gober-

nada por las respectivas normas legales. 7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", debe respetarse su voluntad como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda. 8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las retribuciones de que trata el artículo 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 43. Ahora bien: el artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el artículo 177 ibídem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona. Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (artículo 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (artículo 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (artículo 174, inciso 2). El segundo —salario variable— no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe

seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (artículo 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (artículo 177, inciso 2). No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento o período de analogía. No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del artículo 174-2, lo haya sustraído por ese solo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución. No es exacto, como lo asevera el acusador, que el artículo 176 del Código sólo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el artículo 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regula su pago. El nombrado artículo 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que

el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos. Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente. La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (artículo 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses)". (Fabio Duque contra Sears Roebuck) (Gaceta Judicial Tomo CVI, número 2271, páginas 401 y 402).

De todo lo anterior se concluye que incurrió en manifiesto error de hecho el Tribunal Superior al dar por demostrado, con base en la cláusula Octava del contrato de trabajo y su aclaración, que en el salario variable devengado por Heliodoro Botero Villegas se encontraba incluida la remuneración por descanso en domingos y festivos. Este error condujo a la violación de las normas sustanciales enunciadas en el cargo, por cuanto no se impuso condena por el pago de los valores de dichos descansos, ni se hizo el reajuste de las prestaciones sociales teniendo en cuenta el incremento del salario por tales valores. 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 viola directamente la ley sustancial por infracción directa de los artículos 2063 y 2054 del Código Civil 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º del Decreto 456 de 1956 y 2º del Código Proce-

sal del Trabajo. El Juez de segunda instancia al referirse a la pretensión "honorarios por utilizar la Sociedad Candle Electrónica de Colombia Ltda., el nombre, fotografía y opinión del extrabajador para fines publicitarios señala: "Súplica el libelo de honorarios por la utilización del retrato del demandante, nombre y opinión en la publicación de la demandada (fls. 28). Sobre estas súplica es oportuno decir que la materia es completamente ajena al contrato de trabajo, toda vez que otra jurisdicción es la competente para resolver esta clase de problemas jurídicos". Es lamentable que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, desconozca que la jurisdicción especial del trabajo conoce de los procesos sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica que les haya dado origen. En conformidad, con las normas dejadas de aplicar la jurisdicción especial del trabajo conoce de los procesos 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, siguiendo las normas generales sobre competencia y mediante los trámites de proceso ordinario. En folios 28, 67 a 69 del cuaderno principal 75 y 76 del segundo cuaderno, aparece demostrado que la Sociedad demandada utilizó el nombre, fotografía y opinión de mi poderdante para fines publicitarios y los peritos valuyeron los honorarios que le corresponden al señor Heliodoro Botero en la suma de \$ 20.000,00, hechos que son reconocidos por el Tribunal y que el recurrente no discute. En conformidad a los cargos formulados solicito se despachen favorablemente las pretensiones de esta demanda y la indemnización moratoria es de recibo porque la ley laboral establece que si a la terminación del contrato de trabajo el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagar al asalariado, como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día retardo y los salarios y prestaciones que le fueron pagados al recurrente a la terminación del contrato de

trabajo son inferiores a los salarios y prestaciones que se le adeudan".

Para el opositor es cierto que la jurisdicción del trabajo es competente para conocer de los presuntos honorarios a que tiene derecho el demandante por un servicio publicitario, pero ello no significa que los asuntos relacionados con la prestación de servicios independientes puedan acumularse a las pretensiones que tienen origen en un contrato laboral.

Sobre la petición para que se condene a la Sociedad demandada a pagarle honorarios a Botero Villegas dijo el Tribunal Superior: "Suplica el libelo honorarios por la utilización del retrato del demandante, nombre y opinión en la publicidad de la demandada (folios 28). Sobre esta súplica es oportuno decir que la materia es completamente ajena al contrato de trabajo, toda vez que otra jurisdicción es la competente para resolver esta clase de conflictos jurídicos".

Se considera

La utilización de la opinión y de la figura de una persona no constituyen por sí solas una prestación personal de servicios de carácter privado con derecho a honorarios cuyo reconocimiento sea de competencia de la jurisdicción del trabajo de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 456 de 1956. El actor ni siquiera afirma en la demanda que prestó dichos servicios, pues se limita a decir en el hecho 15 que: "En cuatro o cinco oportunidades, la empresa demandada hizo publicidad utilizando mi retrato y mi opinión o concepto de experto conocedor de máquinas calculadoras. Tal publicidad fue difundida por intermedio de los diarios "El Espectador" y "El Tiempo" de la ciudad de Bogotá. Por la utilización de mi opinión y de mi figura, la sociedad demandada me debe los honorarios correspondientes".

En consecuencia no infringió directamente el Tribunal Superior el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 al declararse incompetente para conocer de dicha petición.

El cargo no prospera.

Consideraciones de instancia

Del examen de los libros y otros documentos de la sociedad demandada encontró el perito designado por el Juez del conocimiento el promedio de lo devengado semana por semana por Botero Villegas, lo que representa el valor correspondiente a la remuneración de los descansos dominicales y festivos. (Folios 65 a 74 y 82 a 86). Como esta prueba se acomoda a lo exigido por el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, se tendrá en cuenta para determinar la suma que adeuda Candle Electrónica de Colombia Limitada por dichos conceptos.

Hechas las operaciones aritméticas por el perito obtuvo como valor total de los descansos dominicales y festivos comprendidos entre el 24 de enero de 1972 y el 4 de mayo de 1975, la cantidad de \$ 112.706.56. Habiendo propuesto la demanda la excepción de prescripción, solamente se tendrá en cuenta el valor de los descansos obligatorios causados a partir del once de septiembre de 1972, pues el Juzgado consideró interrumpida la prescripción en la fecha de la notificación de la demanda, que se hizo el once de septiembre de 1975, (folio 27 vto.) lo que no fue objetado por el recurrente apesar de lo que dice el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Hecha la deducción de \$ 10.470.12, que corresponde a los descansos remunerados correspondientes al período anterior al 11 de septiembre de 1972 (folios 82 y 83), se obtiene un total de \$ 102.236.43. Se modificará el fallo de primer grado para ajustarlo a la cuantía obtenida por la Corte.

A folios 12 se encuentra la liquidación de prestaciones hecha por Candle Electrónica de Colombia Ltda., y aceptada por Heliodoro Botero Villegas. De acuerdo con ese documento el salario promedio del último año de servicios fue de \$ 379.831.35. En el mismo período los salarios correspondientes a los descansos dominicales y festivos ascendieron a \$ 55.346.66 (folios 85-86). Sumando las dos cantidades y agregándole \$ 1.600.00 de prima de vacaciones, se obtiene un total de \$ 436.778.01. El promedio mensual asciende a \$ 36.398.17. Con base en un tiempo de servicios de 1710 días, el

auxilio de cesantía es de \$ 172.890.97. Habiendo recibido por este concepto \$ 150.350.32 (folios 12) el mayor valor que debe pagar el demandado es de \$ 22.540.65, suma igual a la obtenida por el fallador de primer grado. Se confirmará la decisión del Juzgado en este aspecto.

No se revisen las liquidaciones por prima de servicios y vacaciones compensadas, por cuanto el casacionista limitó sus aspiraciones a la confirmación de las condenas por salarios correspondientes a los descansos obligatorios y al reajuste del auxilio de cesantía.

En relación con la indemnización por mora consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo encuentra la Sala que la sociedad hizo dos liquidaciones de prestaciones sociales: la primera, (folio 11) el 27 de mayo de 1975 con un saldo a favor de Heliodoro Botero Villegas de \$ 28.082.91, la que fue objetada por éste. Posteriormente se le hizo otra (folios 12) el 12 de junio siguiente, por \$ 33.391.83, descontando la anterior cantidad de \$ 28.082.91 que le había sido pagado. En relación con esta última liquidación ninguna objeción hizo el demandante. Estos dos documentos acreditan buena fe en la sociedad demandada, pues revisó su propia liquidación atendiendo el reclamo del trabajador, quien finalmente aceptó la suma que se le pagaba por concepto de prestaciones sociales y salarios.

Además, en relación con el pago de la remuneración por descansos obligatorios ninguna solicitud hizo el trabajador sobre el particular durante la ejecución del contrato de trabajo ni a la terminación del mismo, lo que indica que ambas partes, de buena fe, pactaron la aclaración sobre que se encontraba incluidas en el salario variable, que fue la postura sostenida por la sociedad demandada durante el proceso.

Lo anterior es suficiente para que se confirme la absolución que por indemnización por mora impartió el fallador de primer grado.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sen-

tencia dictada el seis de junio de mil novecientos setenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el proceso ordinario seguido por Heliodoro Botero Villegas contra "Candle Electrónica de Colombia Limitada", en cuanto REVOCO la condena del Juez de primera instancia por descansos dominicales y festivos y modificó la cuantía de la condena por auxilio de cesantía, y en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. Modifícase la cuantía de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia por concepto de remuneración de los descansos dominicales y festivos comprendidos entre septiembre 11 de 1972 y

abril 30 de 1975, para fijarla en Ciento dos mil doscientos treinta y seis pesos con 43/100 (\$ 102.236.43) M. L.

Segundo. Confirmase la condena del fallo de primer grado por concepto de auxilio de cesantía. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

“LA CONSIGNACION EN LA CUENTA CORRIENTE DEL TRABAJADOR DEL VALOR DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES NO INTERRUMPE LA MORA PARA EFECTO DE LA INDEMNIZACION CONSAGRADA EN EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, ES UNA CUESTION QUE IMPLICARIA UNA VIOLACION DIRECTA DE LA LEY, QUE NO HA SIDO PLENAMENTE PLANTEADA POR EL CASACIONISTA...”

APRECIACION ERRONEA DE LAS PRUEBAS

El fallador de segunda instancia dedujo la fecha de iniciación y terminación del contrato de trabajo con base en la demanda y su contestación, medios probatorios que el recurrente no indica entre las pruebas que fueron apreciadas, según su criterio, erróneamente. Al no censurar la estimación de las mismas, queda en firme el soporte probatorio de la sentencia acusada en cuanto al hecho mencionado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco Correa).

Acta número 46.

Ricardo Cabrera Juanillo, mayor, vecino de La Dorada, demandó por medio de apoderado judicial a *Gabriel Mejía Palacios*, para que mediante un proceso ordinario de mayor cuantía se hagan los siguientes pronunciamientos: “PRIMERO. Declarar que el demandado despidió a mi mandante sin justa causa comprobada el 29 de noviembre de 1976. SEGUNDO. como consecuencia de lo anterior condenar al señor Gabriel Mejía Palacios, a pagar al señor Ricardo Cabrera Juanillo, la suma de veintiocho mil quinientos pesos (\$ 28.500.00) moneda corriente, o la superior que se compruebe en el juicio, a título de indemnización por despido injusto. TERCERO. Subsidiariamente a la anterior pretensión condenar al demandado a pagar a mi mandante la suma de veintiocho mil quinientos pesos (\$ 28.500.00) moneda corriente, o la mayor que se demuestre en el proceso a título de auxilio de cesantía. CUARTO. Subsidiariamente a peticiones 2 y 3 anteriores, condenar al demandado a pagar al actor el valor de las vacaciones y demás primas legales que se le está adeudando y liquidadas conforme el salario promedio de nueve mil quinientos pesos (\$ 9.500.00) moneda corriente, mensuales, o el mayor que se compruebe en el proceso. QUINTO. Subsidiariamente a las pretensiones reseñadas, condenar al demandado a pagar a mi mandante, la cantidad de trescientos diez pesos (\$ 310.00) moneda corriente,

diarios, desde el 29 de noviembre de 1976, hasta cuando sea cancelado a satisfacción, los salarios y prestaciones sociales adeudados por concepto de indemnización moratoria. **SEXTO.** En todo caso condenar a la demandada en las costas del proceso".

Según los hechos de la demanda Ricardo Cabrera Juanillo ingresó a trabajar a la Hacienda Lindaraja de propiedad de Gabriel Mejía Palacios el 3 de febrero de 1974, como mayordomo, y trabajó hasta el 29 de noviembre de 1976, fecha en la cual se le canceló unilateralmente sin justa causa el contrato de trabajo. Su salario mensual fue de \$ 1.500.00 mensuales, más \$ 8.000.00 de comisiones, o sea un total de \$ 9.500.00 básicos. También recibía como salario en especie algunas botellas de leche, y habitación, ya que residía en la finca con su familia. Nunca se le afilió al Instituto de Seguros Sociales.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Gabriel Mejía Palacios aceptó como ciertos la fecha de ingreso y salida del trabajador, así como su no afiliación a los Seguros Sociales. Negó los demás hechos. Propuso la excepción de pago, con fundamento en que consignó en la cuenta corriente de Cabrera Juanillo en el Banco Ganadero de La Dorada la suma de \$ 29.668.80 que fue liquidada por la Inspección de Trabajo, y siguiendo instrucciones del trabajador.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado* del conocimiento, que lo fue el *Civil del Circuito de La Dorada, Caldas*, dictó sentencia el veintitrés de junio de mil novecientos setenta y ocho en cuya parte resolutiva dispuso: "PRIMERO: Declarase probada la excepción de pago, aunque en forma parcial, propuesta por el demandado. SEGUNDO: Condénase al señor Gabriel Mejía Palacios, mayor y vecino de esta ciudad, a pagar al señor Ricardo Cabrera Juanillo, de iguales condiciones civiles, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de esta sentencia, las siguientes sumas de dinero: Por indemnización compensatoria... \$ 9.627.39; por auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios, descontado el pago parcial... \$ 1.843.40. Por indemnización moratoria... \$ 1.866.66. TOTAL... \$ 13.337.45. TERCERO. Condé-

nase al demandado a pagar el setenta por ciento (70%) de las costas del proceso. Tássense en su oportunidad".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral*, decidió en fallo de agosto diecisiete de mil novecientos setenta y ocho: Confirmar la sentencia apelada, pero con la modificación de que la suma que debe pagar Gabriel Mejía Palacios a Ricardo Cabrera Juanillo por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicios, indemnización por despido e indemnización moratoria es la de \$ 13.423.30 y no la de \$ 13.337.45. No hizo condena por las costas de la segunda instancia.

Recurrió en casación el apoderado de Ricardo Cabrera Juanillo. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente "que la Corte Suprema de Justicia, case parcialmente la sentencia de la segunda instancia, en cuanto se declaró probada la excepción de pago y se aceptó como terminado el contrato el día 29 de noviembre de 1976, y en cuanto limitó la indemnización moratoria, quedando en cuanto se refiere a las condenas. Y una vez constituida la Honorable Corte en Tribunal de instancia, se sirva revocar la del *a quo* en cuanto también declaró probada la excepción de pago hasta por veintinueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con noventa centavos (\$ 29.668.90) moneda corriente, limitó los salarios caídos hasta el día 13 de diciembre de 1976, y declaró que el contrato había terminado el día 29 de noviembre de 1976, y en su lugar ratificar las condenas por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, Indemnización por despido e Indemnización moratoria, pero hasta cuando se produzca el pago de las prestaciones sociales".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador presenta un solo cargo así:

Primer cargo

Acuso la sentencia impugnada, de violar indirectamente, en el concepto de aplicación indebida las siguientes disposiciones sustanciales artículos 6º, 7º, 8º, 14, 17 del Decreto 2351 de 1965, este fue elevado a ley permanente por la Ley 48 de 1968; artículos 65, 127, 129, 134, 186, 193, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y por violación de medio los artículos 60 y 61 del Código de Procedimiento Laboral y 187, 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil. Todo lo anterior, como consecuencia de ostensibles errores de hecho en que incurrió el sentenciador por la manera como estimó o apreció unas pruebas y por falta de apreciación de otras, singularizadas más adelante.

Errores en que incurrió el ad quem

1. No haber dado por demostrado estándolo, la fecha real de desvinculación del demandante, en razón de que solamente tuvo en cuenta la fecha del 29 de noviembre de 1976, desconociéndose por lo tanto el aviso que hacía el demandado al demandante de que el contrato de trabajo, quedaba suspendido a partir del 1º de enero de 1977 de acuerdo con la carta de despido visible 2-3. 2. No haber dado por demostrado, estándolo, que el demandante trabajó hasta el 1º de enero de 1977. 3. Haber dado por demostrado sin estarlo que el demandado había cancelado las cesantías al demandante. 4. Haber dado como demostrado sin estarlo que el salario del demandante era de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) moneda corriente. 5. Haber dado como demostrado sin estarlo, que el demandado había pagado religiosamente los salarios o remuneración pactada. 6. Haber dado por demostrado sin estarlo, que el demandado había pagado las prestaciones sociales al demandante. 7. Haber dado por demostrado sin estarlo, que el demandado había cancelado parte de las prestaciones sociales, aceptando otro medio de consignación no previsto en la ley.

Pruebas equivocadamente apreciadas

a) Carta de terminación del Contrato de Trabajo (folios 2, 3). b) Interrogatorio de parte absuelto por el demandante (folios 28 y 29). c) Interrogatorio de parte absuelto por el demandante (folios 30, 31). d) Recibos de consignación. (Folios 14, 15, 16, y 17). e) Testimonios recepcionados (folios 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40). En relación con las pruebas testimoniales, el cargo las menciona por estar fundamentada la sentencia, tanto en éstas como en las demás probanzas, pero para efectos de la técnica del recurso, se demostrará primero el error en la apreciación de las apatas (sic) o calificadas como lo tiene admitido la jurisprudencia de esa Honorable Sala, a partir del de la sentencia de octubre 7 de 1972. (Ordinario de Luis Alberto Ramírez vs. Sonolux Limitada). El Tribunal en forma equivocada, por no haber apreciado bien las pruebas relacionadas, llegó a la errada y equivocada conclusión de que el contrato de trabajo había terminado el día 29 de noviembre de 1976, tomando en consideración solamente la fecha que aparece en el encabezamiento de la carta, pero olvidó al apreciarla, darse cuenta que la misma carta decía en su primer párrafo que la terminación sería efectiva a partir del 1º de enero de 1977. Al hacer esta equivocada apreciación, consecuencialmente, cometió otra, cual fue la de no aceptar como válida la explicación dada en el interrogatorio por el actor, en el sentido de que la suma consignada en el Banco Ganadero era para hacer gastos de la finca, lo que era costumbre como se deduce de las confesiones de las partes y deducir lo anterior en base al razonamiento de que ello no podía ser, pues no se explicaba que se consignara una suma para gastos, cuando el contrato estaba terminado, cuando se hubiera apreciado la carta de terminación bien, esa situación hubiera sido completamente táctile, pues se hizo dentro de la vigencia del contrato y en una actividad que requiere permanente atención y gastos. Igualmente si hubiera apreciado bien la liquidación del folio 13 y los recibos de consignación de los folios 14 a 17, hubiera

concluido que la costumbre era que se le consignara para gastos y que la consignación por veintinueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con noventa centavos (\$ 29.668.90) moneda corriente, era para lo mismo, pues si hubiera sido pago de derechos laborales, se habría hecho después del 19 de enero, fecha en que se terminó el contrato, y no en el Banco Ganadero, sino donde se acostumbra y se manda en estos casos, o sea en el Banco Popular y poniendo la consignación a órdenes del Juzgado del Trabajo. De otra parte, si hubiera apreciado bien la supuesta liquidación del Ministerio y no en la forma que lo hizo, hubiera llegado a la conclusión que este documento no tiene vales (sic) alguno, pues es un documento emanado de terceros que para tener valor ha debido ser reconocido por la persona que lo suscribió, entonces no se hubiera podido hacer una vinculación en la supuesta liquidación del ministerio que no tiene ningún valor probatorio y la supuesta liquidación de derecho laboral. El Tribunal al interpretar mal y equivocadamente, llegó a la errada conclusión de que el demandado había pagado cesantías, vacaciones y primas de servicios, cuando si hubiera analizado y apreciado bien las pruebas, hubiera llegado a una muy distinta, que esa la consignación, obedecía a otro concepto, no hizo este último análisis, entonces violó las normas correspondientes y debe esos valores y no por pagarlos la indemnización moratoria, pues no se entiende cómo, si la liquidación la hizo el Ministerio, éste no le dijo que la consignación ha debido hacerse en el Banco Popular o en la Caja Agraria. Ha debido entonces el Tribunal, proferir las condenas solicitadas en su totalidad.

Para el opositor el Tribunal de Manizales no incurrió en ninguno de los errores de hecho señalados por el recurrente. Argumenta así:

"De las mismas pruebas señaladas y de otras que se estudiaron para dictar el fallo, se concluye que el trabajador sólo prestó sus servicios hasta el 29 de noviembre de 1976, con una remuneración mensual de \$ 4.000.00; además, que la cesantía, vacaciones y primas fueron liquidadas tomando en consideración dicho salario y el

tiempo de servicios. Igualmente, como se deduce de los documentos aportados, de la confesión del demandante y de los testimonios, el patrono pagó al trabajador dichas prestaciones, el salario correspondiente a la última quincena y los intereses por concepto de cesantía".

La sentencia acusada

En relación con las fechas de iniciación y terminación del contrato de trabajo dijo el Tribunal Superior:

"Al enumerar los hechos en que se sustentan las pretensiones reclamadas en la demanda se dice que el señor Ricardo Cabrera Juanillo ingresó a trabajar en la hacienda Lindaraja, de propiedad de Gabriel Mejía Palacios, y como mayordomo, el tres (3) de febrero de mil novecientos setenta y cuatro (1974) y que laboró allí hasta el veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976). Al descorrer el traslado y absolver interrogatorio la parte demandada acepta los anteriores hechos y admite como ciertos los extremos de la relación laboral señalados por el actor".

Sobre la indemnización por mora el Tribunal Superior acogió en su integridad, transcribiéndola, la argumentación del fallador de primer grado, quien expresó:

"Pide el actor esta condena en la pretensión quinta del escrito introductorio del proceso y a folio 8 del mismo fundamenta la petición cuando afirma que el demandado no pagó ninguna de las prestaciones ni la última quincena. El demandado se opuso a tal pretensión proponiendo la excepción de pago. Para demostrarla presenta una liquidación de prestaciones sellada por la Inspección del Trabajo y Seguridad Social de La Dorada, fechada diciembre 13 de 1976 (folio 13), así como un recibo de consignación, de igual fecha, en el Banco Ganadero —Sucursal de La Dorada— en la cuenta de Ricardo Cabrera (folio 14). Ambos documentos indican un valor total de veintinueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con noventa centavos. Asegura el demandado que tal consignación la efectuó su esposa Ileana Cruz de Mejía, con el fin de pagar las prestaciones sociales del

actor y por petición de éste. El hecho de la consignación, así como la fecha y su valor, fue aceptado por el demandante pero agregando que aquélla se le hizo para comprar enseres para la finca. Confesado el recibo del dinero por el actor, el a través de la citada consignación, el Juzgado descarta la explicación dada por aquél, en relación con la finalidad de la misma, por cuanto si la relación de trabajo terminó el 29 de noviembre de 1976, como se aseveró en la demanda, se aceptó por el demandado y se acogió por el Juzgado, no es posible que se hubiese realizado una consignación con el destino expresado por el señor Cabrera Juanillo, catorce (14) días después, el 13 de diciembre de ese año. Es evidente que la suma depositada por el patrono en la cuenta corriente del trabajador fue la que le creyó deber, en base a la liquidación que obra a folio 13, sellada por la Inspección de Trabajo de esta localidad y por ende debe presumirse su buena fe. Empero, como el contrato de trabajo terminó el 29 de noviembre de 1976 y el pago sólo se verificó el 13 de diciembre del mismo año, es decir, catorce (14) días, después, sin que se hubiese demostrado justificación para el retardo, es obvio que de acuerdo con la disposición citada deberá condenarse al patrono a pagar un día de salario por cada uno de los días de retraso, o sea la suma de un mil ochocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos (\$ 1.866.66) moneda legal, teniendo como base un salario de \$ 4.000.00 mensuales".

Por último, respecto de la excepción de pago el *ad quem* también se apoyó en las argumentaciones del Juzgado, quien dijo:

"Como ya se expresó, tal excepción se fundamenta en que el demandado consignó, por intermedio de su esposa, en la cuenta corriente del actor en el Banco Ganadero, la suma de veintinueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con noventa centavos (\$ 29.668.90) moneda legal, por concepto de prestaciones sociales y salario de la última quincena, con base en la liquidación sellada por la Inspección del Trabajo de esta ciudad, el día 3 de diciembre de 1976. Lo anterior fue aceptado por el demandado con la aclaración de que no

fue para pagarle prestaciones sociales sino para comprar enseres con destino a la finca. Tal aclaración fue desechada por el Juzgado al estudiar la indemnización moratoria, por la razón allí indicada, dándole por tanto validez a la excepción de pago, cuya extensión frente a la totalidad de las prestaciones se determinará más adelante".

Se considera

El fallador de segunda instancia dedujo la fecha de iniciación y terminación del contrato de trabajo con base en la demanda y su contestación, medios probatorios que el recurrente no indica entre las pruebas que fueron apreciadas, según su criterio erróneamente. Al no censurar la estimación de las mismas, queda en firme el soporte probatorio de la sentencia acusada en cuanto al hecho en mención.

*Que la consignación hecha por el patrono en la cuenta corriente del demandado del Banco Ganadero por veintinueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con noventa centavos correspondía al valor de las prestaciones sociales, lo dedujo el *ad quem* porque encontró que las respectivas sumas eran iguales a las que obtuvo el Inspector del Trabajo al liquidar las mismas en el documento que obra a folio 13. Este raciocinio del fallador no peca contra la lógica ni su conclusión fáctica es contraria a lo que las pruebas informan. Además, el documento que contiene la liquidación proviene de un funcionario público, por lo cual no le eran aplicables para estimarlo legalmente las reglas sobre documentos emanados de terceros.*

Si el contrato de trabajo terminó el 29 de noviembre y la consignación en la cuenta bancaria del demandado se hizo el 13 de diciembre del mismo año, no incurrió en manifiesto error de hecho el sentenciador si concluyó que no correspondía lo consignado a gastos de administración por no estar el demandante desempeñando sus funciones en esa fecha. Por estos motivos no apreció erróneamente el interrogatorio del señor Cabrera Juanillo en cuanto éste afirmó que la suma consignada en el Ban-

co Ganadero era para los gastos de la finca, por ser esa la costumbre.

Si la consignación en la cuenta corriente del trabajador del valor de los salarios y prestaciones sociales no interrumpía la mora para efectos de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es una cuestión que implicaría una violación directa de la ley, que no ha sido planteada por el casacionista.

No habiéndose demostrado que el Tribunal Superior incurrió en los errores de hecho que le atribuye 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 dictada el diecisiete de agosto de mil novecientos setenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral, en el juicio ordinario seguido por Ricardo Cabrera Juanillo contra Gabriel Mejía Palacios.

Costas del recurso de casación a cargo de la parte recurrente.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION SANCION

Alcance de los artículos 60 y 61 del Reglamento General de los Seguros Sociales

Pensión de jubilación a cargo exclusivo del patrono

Pensión compartida entre el Instituto de los Seguros Sociales y el patrono

Pensiones especiales a cargo del patrono concurrente con la pensión de vejez

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre ocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta N° 35

Radicación N° 6508

Mediante libelo que correspondió al *Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, Ana Elisa Falla viuda de Pinzón*, mayor de edad y de esa vecindad, demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada *Industrias Philips de Colombia S. A.*, de igual domicilio, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condenase a reconocerle y pagarle pensión de jubilación por despido injusto, a partir del 1º de agosto de 1972, o, en subsidio, la pensión por retiro voluntario a partir de la fecha en que cumpla 60 años de edad; los reajustes que correspondan a la pensión con base en la ley, convenciones colectivas o fallos arbitrales; reajuste del auxilio de cesantía y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustitutivo del Trabajo.

En apoyo de sus pretensiones, afirmó, en síntesis, los siguientes hechos: prestó

sus servicios personales a la demandada, en las funciones de almacenista y con remuneración promedio en el último año de \$ 3.447.30 mensuales, desde el 18 de marzo de 1957 hasta el 31 de julio de 1972, fecha en la que fue retirada mediante el pago de una indemnización de \$ 63.200.40, no obstante lo cual se le hizo firmar un acta en la que constaba que renunciaba al cargo. En tal momento advirtió que dejaba a salvo sus derechos a pensión de jubilación, la que no se le ha reconocido a pesar de que en julio de 1972 era mayor de 50 años, tenía más de 15 años de servicios y se le retiró por "despido injustificado o convenido". La cesantía le fue liquidada con violación de las normas legales.

Aún cuando es hija natural de Rosa María Rojas, siempre ha usado el apellido de su padre Liborio Falla. La empresa se ha negado a aceptar la partida de origen eclesiástico con la cual acredita que nació en 1915, así como su verdadero apellido. Estuvo afiliada al Sindicato de Industria Colombiana de Productos Eléctricos S. A., el cual celebró con la sociedad demandada varias convenciones colectivas, habiéndole sido pagadas las prestaciones especiales en ellas pactadas, pero éstas no se tuvieron en cuenta para liquidar la cesantía. Se le pidió la renuncia del cargo con la advertencia de que dicha renuncia no excluía el pago de la indemnización por despido ni de la pensión de jubilación.

La sociedad negó los hechos en la forma como fueron redactados y se opuso a las pretensiones de la demanda; afirmó haberle reconocido y pagado todos sus derechos; que el retiro había sido voluntario; que el pago de la indemnización se hizo con base en Convención Colectiva y en atención al tiempo de servicios; y que, en el hipotético caso de que tuviera derecho a pensión, sería de cargo del Instituto de Seguros Sociales.

Tramitada la *litis*, el Juzgado del conocimiento la resolvió, en fallo proferido el veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y siete, declarando, de oficio, probada la excepción de petición antes de tiempo respecto de las súplicas subsidiarias, absolviendo totalmente a la entidad demandada y condenando en costas al actor.

Esa decisión fue apelada por el apoderado de ésta y el *Tribunal Superior de Bogotá* la revocó para, en su lugar, declarar no probada la aludida excepción, condenar a Industrias Philips de Colombia S. A. a pagar a Ana Elisa Falla vda. de Pinzón \$ 1.986.86, "a partir del día dieciseis (16) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), fecha en que cumplió sesenta (60) años de edad, por concepto de pensión especial de jubilación"; \$ 3.008.90, por concepto de reajuste de cesantía y las costas de la primera instancia; mantuvo las demás absoluciones y declaró sin lugar a costas en el segundo grado.

Contra la sentencia anterior, proferida el treinta de marzo de mil novecientos setenta y ocho, interpuso recurso de casación el procurador judicial de la parte demandada. Y como le fue concedido por el Tribunal y esta Corporación lo admitió y lo ha tramitado cabalmente, se procede a decidirlo con estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito del opositor.

El recurso

Pretende la casación parcial del fallo impugnado, en cuanto revocó las absoluciones del Juzgado por pensión especial de jubilación y reajuste de cesantía y, en su lugar, condenó a pagar \$ 1.986.86 mensuales como pensión especial de jubilación, por renuncia voluntaria, desde el 16 de septiem-

bre de 1975, fecha en la que la actora cumplió 60 años de edad; \$ 3.008.90 por reajuste de cesantía y las costas de la primera instancia, para que la Corte, en la sede subsiguiente, confirme la absolución total del *a quo* en su ordenamiento segundo y la imposición de costas a la demandante.

Con esas miras, y con apoyo en la causal primera de casación, el recurrente formula dos cargos, los cuales serán examinados en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Se enuncia y se desarrolla de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia recurrida de violación por infracción directa los artículos 72 y 76-1 de la Ley 90 de 1946 y 193-2 del Código Sustantivo del Trabajo, que el fallador ignoró, en relación con los textos 11, 12 y 57 del Acuerdo N° 224 de 1966, del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, para aplicar, en cambio, indebidamente, a un caso que no se gobernaba por él, y fuera de todo error de hecho o de derecho y sin que hubiese interpretación errónea del mismo, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en su regulación del inciso segundo, *in fine*, sobre pensión a los 60 años de edad por retiro voluntario del trabajador. De no haber sido por estas violaciones de ley sustancial de la vía directa, el Tribunal habría decidido que la prestación jubilatoria demandada no gravaba a la sociedad que represento, por haber asumido el ICSS el riesgo correspondiente conforme a la ley y sus reglamentos, y la habría absuelto de la petición respectiva confirmando, por razones distintas, el fallo del *a quo* sobre este punto, en seguida que el *ad quem* revocó la declaración de petición antes de tiempo.

Demostración

"En su sentencia (folio 316) el *ad quem*, luego de sintetizar las pretensiones de la actora y sus fundamentos de hecho, según el relato de la demanda inicial, aprecia, con referencia a la contestación respectiva y sin error acerca de ello, que la demandada se opuso a las dichas pretensiones. Con

lo cual hay que entender que el Tribunal, para su definición judicial, tuvo en cuenta la posición defensiva de la demandada, conforme al dicho escrito de contestación, en cuya respuesta al hecho octavo aparece (folio 103) que, como apoderado de la sociedad, expresé, muy claramente, que la actora no tenía derecho a la pensión sanción que establecía anteriormente la legislación laboral y que, "en el hipotético caso de que a favor de la extrabajadora exista algún derecho por jubilación —distinto de la pensión sanción que, como se dijo, no existe en este caso— dicha prestación corresponde pagarla al Instituto Colombiano de Seguros Sociales y en ningún caso a la demandada". Esta posición defensiva de mi representada, que ha de entenderse apreciada por la referencia del Tribunal a la contestación de la demanda, no fue juzgada, sin embargo, conforme a los preceptos que señalo infringidos, porque el Tribunal los ignoró, a pesar de que los hechos a que ellos se refieren fueron demostrados por la propia confesión de la demandante quien, a folio 181, en diligencia de interrogatorio de parte o absolución de posiciones, en respuesta a la pregunta décima-tercera del pliego correspondiente, manifestó que ella estaba afiliada al ICSS desde que entró a servir a la empresa, esto es, desde el 18 de marzo de 1957, y por el informe del ICSS, de folio 297, que acredita la dicha afiliación y precisa que desde el 1º de enero de 1967, en que la entidad asumió los Riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta el 31 de junio de 1972 en que la demandante se retiró de Philips, ella cotizó 291 semanas.

"Ante esta situación defensiva, que parece haber sido considerada en razón de la referencia del fallo a la contestación de la demanda, el fallador no debió ignorar que asumidos por el ICSS los Riesgos mencionados y cumplidos sus reglamentos, la legislación anterior sobre jubilación, y entre ella la Ley 171 de 1961, dejaba de regular la mencionada prestación, como gravamen patronal, y para los afiliados al ICSS, y que la demandante, como sujeto de aplicación del nuevo régimen, por el cumplimiento de sus reglamentos en cotizaciones, edad y

requisitos de los artículos 11, 12 y 57 del Acuerdo arriba citado debía reclamar al ICSS todo derecho jubilatorio que pretendiera, y no de la empresa demandada, reemplazada y exonerada ya del régimen jubilatorio anterior. Al haber ignorado todos estos preceptos, el fallador los violó directamente, aplicando, en cambio, en forma indebida, el texto legal de 1961, que ya no gravaba al patrono. Su decisión, por lo tanto, debe casarse, como respetuosamente lo solicito, para que, en su lugar, en la sede subsiguiente de instancia, se absuelva a la demandada de toda pretensión jubilatoria de la demandante, confirmándose así, aunque por estas otras razones, el fallado absolutorio del Juzgado".

El opositor observa que el expediente no figuran el Acuerdo Nº 224 de 1966 y el Decreto 3041 de ese mismo año, de lo cual concluye que carece de soporte probatorio la apreciación de que la pensión de jubilación materia de la demanda fue reemplazada por el Seguro de Vejez y que no pudo el sentenciador haber incurrido en infracción directa de las disposiciones que el cargo cita, pues el derecho a la pensión está consagrado en otras normas que fueron aplicadas.

Se considera

Si bien la existencia de normas locales o regionales, así como los estatutos o reglamentos de una institución, deben ser probados en juicio, no ocurre lo propio con las leyes y decretos de carácter nacional, cuyo conocimiento se presume en los particulares y es obligatorio para los jueces. El Acuerdo 224 fue aprobado y reproducido íntegramente por medio del Decreto 3041 de 19 de diciembre de 1966, expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 9º de la Ley 90 de 1946 y por el artículo 5º del Decreto Ley Nº 1695 de 1960, según reza su encabezamiento. La circunstancia anotada subsana la falta de prueba del Acuerdo propiamente dicho, haciéndola innecesaria. No son atendibles, por lo tanto, los reparos formulados por el opositor. Se procede, en consecuencia, al estudio del cargo.

Por regla general, el Instituto de los Seguros Sociales, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 90 de 1946 y de conformidad con el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo y con su propio Reglamento, contenido en el Decreto 3041 de 1966, comenzó a asumir, a partir del 1º de enero de 1967, el riesgo de vejez, tomando a su cargo el seguro respectivo, en sustitución de las pensiones de jubilación que estaban obligados a pagar los patronos. Estos, sin embargo, no quedaron exonerados de su obligación en forma automática, sino que se irían liberando de ella en la medida en que el Instituto fuera asumiendo el correspondiente riesgo.

La sustitución, de otro lado, no comprendería toda clase de pensiones, sino únicamente a aquellas que obedecieran al riesgo de vejez, o que no hubieren sido expresamente exceptuadas u objeto de especial y transitoria regulación. Las excepciones aparecen expresamente consagradas en el artículo 59 del Reglamento General de los Seguros Sociales (Decreto 3041 de 1966) al excluir de la obligación de asegurarse a quienes, en el momento inicial de la asunción del riesgo, estén gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono y a los trabajadores que ya hubiesen cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa con capital de ochocientos mil (\$ 800.000.00) o superior, dejando a salvo el derecho de reclamar a ésta la pensión de jubilación al llegar a la edad prevista en el artículo 260 Código Sustantivo del Trabajo y producirse su retiro.

Los preceptos 60 y 61 del mismo Reglamento contemplan situaciones especiales y las tratan de diferente manera. El primero de ellos admite como afiliados forzosos a los trabajadores que en el momento inicial de la obligación de asegurarse lleven 15 años o más de servicios a empresa obligada a pagar la pensión plena del Código Sustantivo del Trabajo, y les reconoce el derecho a reclamarla de ella al cumplir la plenitud de los requisitos que la causan y la hacen exigible; y reafirma la obligación del patrono de pagar dicha pensión y le impone la de continuar cotizando hasta completar las cuotas mínimas requeridas por el Instituto para otorgar la pensión

de vejez. A partir del momento en que las dichas cuotas queden satisfechas, el Instituto comienza a pagar la pensión a su cargo, pero el trabajador conserva su derecho a seguir percibiendo el valor completo de la pensión de jubilación que había ganado en la empresa, por lo cual ésta debe cubrirle la diferencia que llegare a existir entre las dos. En este último evento, el pago de la pensión total que reciba el trabajador será, por lo tanto, compartido, en la proporción que corresponda, entre el Instituto de los Seguros Sociales y la empresa.

El ordenamiento 61, por su parte, se refiere a los trabajadores que, en aquel mismo momento inicial de la asunción del riesgo de vejez por el Instituto, lleven diez (10) años o más de servicios a empresa de capital no inferior a ochocientos mil (\$ 800.000.00) pesos, para señalarlos también como sujetos del Seguro Social Obligatorio en igualdad de condiciones con aquellos a que alude el artículo, 60 pero regula, además, su situación respecto de las pensiones restringidas de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y que se causan por el despido injustificado, respetando o manteniendo la obligación que esa norma impone a los patronos de pagarla y haciéndola compatible con la pensión de vejez que deba otorgar el Instituto cuando queden satisfechos los requisitos mínimos para ello, pues las cotizaciones no serán interrumpidas.

Este mismo sentido o alcance ya le había sido fijado por la Sala al cuestionado artículo 61 del Reglamento, en sentencia proferida el 5 de noviembre de 1976 en el juicio seguido por Guillermo Gaitán Jurado contra Cervecería Andina S. A., en los siguientes términos:

"La dificultad surge frente a la redacción del 61, que ciertamente, involucra en su texto dos cuestiones diferentes y que debieron ser tratadas en normas distintas.

"Con todo, ellas pueden distinguirse y separarse fácilmente. Una es la relativa a trabajadores con diez o más años de servicios, injustamente despedidos y con derecho a la pensión restringida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, para consagrar la compatibilidad de esta pensión a cargo

del patrono con la de vejez que debe reconocer el Instituto al cumplirse las cotizaciones y requisitos mínimos para su otorgamiento. Y otra es la que regula la situación de los mismos trabajadores frente a la pensión plena de jubilación y a la de vejez, cuando, por no haber sido despedidos, han podido completar los 20 años de servicios y la edad requerida para ganar el derecho a la primera. En este aspecto, el dicho ordenamiento dispone:

'Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000,00) M/cte., o superior, diez o más años de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores'.

"O sea que a estos trabajadores, con diez años de servicios como mínimo cuando el Seguro Social asumió el riesgo de vejez, se les quiso dar, y efectivamente se les dio, el mismo tratamiento que a los que en ese momento llevaban 15 años o más. La expresión, 'en las mismas condiciones de los anteriores', envuelve una remisión directa e integral. Y no puede ser entendida sino en el sentido de que ella alude a la condición, situación o estado frente a las pensiones de jubilación y de vejez, y no, como se ha llegado a pensar, que se refiere simplemente a las condiciones de ingreso al Seguro Social, pues de este modo la norma no estaría diciendo nada, ya que la precedente no establece requisitos o condiciones especiales para el ingreso y solamente habla de él para consagrar la obligación de vincularse al Instituto y reconocer la calidad de 'afiliado', que es común a todos los que ingresan. En este caso habría bastado con decir: 'Los trabajadores, con diez o más años de servicios ingresarán al Seguro Social Obligatorio'".

"El entendimiento anterior, que sitúa en un mismo pie de igualdad a los trabajadores con 10 o más años de servicios y a los de 15 o más, tiene sus raíces en el ya comentado inciso 2º del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que se refiere a 'las condiciones del seguro de vejez' para servidores con más de diez años, en general, disponiendo que no podrán ser menos favorables que las establecidas sobre jubilación. A esta exigen-

cia respondió el Reglamento en sus artículos 60 y 61, salvaguardando el derecho de esos dos grupos de trabajadores de no recibir, como pensión de vejez, una mesada inferior a la que les correspondería por pensión de jubilación".

"De otro lado, el texto del artículo 62, hoy sin vigencia, afianzaba la interpretación que se viene haciendo. El siguiente era su tenor:

"Artículo 62. Las prestaciones de los seguros de Invalides Vejez y Muerte dispuestas en este Reglamento sustituirán, de derecho, las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez".

"Ratificada este precepto la regla general establecida en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 y 193 y 259 del Código, acerca de la subrogación de los patronos por el Instituto en la fecha en que éste asuma los riesgos correspondientes, y reconoció como excepciones a esa regla los casos regulados en los artículos 60 y 61, en los cuales el patrono no queda totalmente sustituido. Sin que valga argüir que la excepción se configura, en lo que concierne al último, respecto de la pensión restringida de que él trata en su segunda parte, pues los Seguros Sociales no asumen este riesgo ni él se identifica con el de vejez, y el artículo 62 alude expresamente a 'las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez'".

"Esta es, pues, la correcta inteligencia de las normas que se han analizado. De conformidad con ella, el trabajador con 10 o más años de servicios en el momento de su afiliación al Seguro Social por haber asumido éste el riesgo de vejez, no solamente tiene derecho a que esta entidad le reconozca la pensión correspondiente a ese riesgo, sino a que el patrono le cubra la diferencia que falte para completar la de jubilación, si a ella hubiere lugar conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y si tal diferencia existiere. En tal evento, el Instituto apenas sustituye parcialmente al patrono en su obligación de pagar pensión de jubilación".

Como se desprende claramente del texto

del artículo 61 y de la propia naturaleza de la pensión restringida, también llamada con mejor propiedad "pensión-sanción", el Instituto de los Seguros Sociales no asumió el riesgo a que ella corresponde, ni sustituyó a los patronos en la obligación de pagarla. De un lado, porque la norma, como se advirtió antes, dejó intacta la dicha obligación patronal y reconoció la posibilidad de concurrencia de las dos pensiones, y de otro, porque la pensión restringida o especial no atiende propiamente al riesgo de vejez, sino que fue establecida con el carácter de pena o sanción para el patrono por el despido sin justa causa del trabajador que ya le había servido largo tiempo; como garantía de la estabilidad de éste en el empleo y de que, por este camino, pudiera llegar a obtener el beneficio de la jubilación, frenando así y restándole eficacia a la utilización de aquel medio por el empresario para evitarlo. En consecuencia, esta clase de pensiones, vale decir, las que se causan por despido injustificado después de 10 o 15 años de servicios y sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, continúan en pleno vigor, son independientes de las que deba reconocer el Instituto y corren a cargo exclusivo del patrono.

Los artículos 60 y 61 del Reglamento General de los Seguros Sociales se enderezan a proteger a los trabajadores que en la fecha inicial de la asunción del riesgo de vejez por el Instituto llevaran más de 10 años al servicio de una misma empresa de las obligadas a pagar pensión de jubilación conforme al Código Sustantivo del Trabajo, permitiéndoles, de una parte, obtener su reconocimiento y pago del respectivo patrono al quedar satisfechos los requisitos legales, sin perjuicio de que el Instituto sustituya después a ese patrono, total o parcialmente, según el caso, al tener recibidas las cotizaciones mínimas para la pensión de vejez, y, de otra, dejándoles a salvo el derecho a la pensión-sanción consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en el evento de que se les impidiese ganar la primera al despedirseles sin una justa causa.

Para esos propósitos se consideró suficiente asignar al artículo 61 una vigencia de 10 años, pues con ese lapso, sumado a los otros 10 que ya llevarían laborando como mínimo, completaban los 20 años necesarios para obtener del patrono la pensión plena; porque en ese mismo periodo de 10 años podían cumplir las cotizaciones mínimas exigidas por el Instituto para el otorgamiento de la pensión de vejez; y, finalmente, porque el permitírseles laborar durante ese tiempo—con el cual, se repite, completarían por lo menos 20 años de servicios—tampoco habría lugar a la pensión sanción, que se causa por despido injusto después de 10 años, pero antes de 20.

Nada dijeron esas normas acerca de la pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios, de que trata el mismo artículo 8º referido, pero es forzoso entender que ese grupo de trabajadores (los que llevaban 10 años o más de servicios cuando el Seguro Social comenzó a asumir el riesgo de vejez) conservó el derecho a reclamarla de sus respectivos patronos si se daban las condiciones de ley dentro de los siguientes 10 años, pues, de otro modo, quedarían totalmente desprotegidos, por cuanto la sustitución, según las voces de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 Código Sustantivo del Trabajo no surte efectos sino a partir del momento en que se encuentren cumplidos los aportes mínimos. Si el trabajador, verbi gratia, se retira a los 17 años de servicios, con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo apenas habrían transcurrido 7 años, tiempo insuficiente, salvo situaciones de excepción, para legalizar las cotizaciones requeridas; en tal caso, no podría exigir la pensión de vejez, ni la de jubilación plena por no haber servido durante 20 años, ni la pensión-sanción por no haber sido despedido injustamente, y sólo le quedaría la pensión especial a que se viene haciendo referencia. El criterio contrario reñiría con el postulado de favorabilidad que rige en el derecho del trabajo, recogido expresamente para el caso en el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, y vulneraría el espíritu del artículo 72 ibidem, en cuanto ordena que las pensiones existentes a car-

go de los patronos se seguirán rigiendo por las disposiciones que las consagran hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada situación.

Pero ese amparo no se extiende para esos mismos trabajadores a un tiempo superior a los dichos 10 años, por las razones expresadas; ni comprende a los que llevarán menos de 10 años de servicios en la fecha en que el Instituto inició la asunción del riesgo de vejez ni a los que empezaron a trabajar con posterioridad, pues para ellos rigen las disposiciones generales. El Seguro Social no asumió el riesgo creado por el propio trabajador con su retiro voluntario, por un acto proveniente de su libre y espontánea voluntad. Si el trabajador decide retirarse sin haber cumplido con el número de cotizaciones que le darían derecho a exigir del Seguro pensión de vejez, él, y sólo él, debe correr con las contingencias de su personal comportamiento.

En resumen, la cuestionada pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios rigió únicamente por un período de 10 años, contados desde la fecha en que los Seguros Sociales dieron comienzo a la asunción del riesgo de vejez, y sólo para los trabajadores que en esa fecha llevaban por lo menos 10 años de servicios en una misma empresa de capital no inferior a \$ 800.000,00. Al expirar aquel término, la referida pensión quedó abolida y sustituida por la de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Como es lógico, si aquél trabajador que había obtenido pensión por retiro voluntario vuelve a prestar servicios y reingresa como afiliado al Instituto, al completar los aportes necesarios tendrá derecho a que el Seguro le otorgue la pensión de vejez. A partir de ese momento, por tener cabal cumplimiento la subrogación, el patrono queda liberado y cesará el pago de la pensión que venía reconociendo.

Los demás trabajadores, o sea aquellos que en el momento de la asunción del riesgo de vejez por el ICSS no habían completado 10 años de servicios y los que comenzaron a trabajar después de dicho momento, quedarán sujetos al régimen general y ordinario previsto en los artículos 11 y 12, en

armonía con el 14 y 57 del Reglamento. Y sus respectivos patronos fueron totalmente subrogados por el Instituto de Seguros Sociales en la obligación de pagar pensión de jubilación, transformada en pensión de vejez, por virtud de esos mismos preceptos y de conformidad con las previsiones de los artículos 72 y 76, inciso 1º, de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se tiene lo siguiente:

1. Pensiones de jubilación a cargo exclusivo del patrono:

a) Las de aquellos trabajadores que estuviesen gozando de ella al iniciarse la asunción del riesgo de vejez por el Instituto de Seguros Sociales.

b) Las de quienes en esa misma fecha lleven 20 años de servicios, aún cuando todavía no hayan cumplido la edad exigida por la ley. (Artículo 59 del Reglamento).

c) Las especiales por retiro voluntario después de 15 años de servicios, respecto de trabajadores que llevan 10 años o más cuando se inició el tránsito de un sistema a otro y cuya desvinculación se produzca dentro de los 10 años siguientes. Esta pensión tendrá vigencia hasta el momento en que el Instituto, si fuere el caso, comience a pagar la de vejez.

2. Pensiones compartidas entre el Instituto de Seguros Sociales y el patrono:

Las que correspondan a trabajadores que en la fecha en que el Instituto haya comenzado a asumir el riesgo de vejez llevan más de 10 años de servicios y completen el tiempo y la edad requeridos para la pensión de jubilación y continúen cotizando a los Seguros hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez. Al quedar satisfechas las exigencias para la jubilación, el patrono debe pagar la pensión íntegramente hasta que el Instituto comience a pagar la suya; a partir de este momento la obligación patronal queda reducida al pago de la diferencia que llegare a existir entre el valor de las dos pensiones, y nada deberá si el monto de ellas fuere igual. En el primer evento, la sustitución del patrono por el Instituto será parcial y en el segundo total. (artículos 60 y 61 del Reglamento).

3. Pensiones especiales a cargo del patrono concurrentes con la pensión de vejez:

Las denominadas pensión-sanción, impuestas como pena al empresario que despidió sin justa causa a un trabajador con más de 10 años de servicios y menos de 15, o con igual falta de justificación después de 15 años de servicios. Estas pensiones, como se dejó apuntado, por su propia índole represiva, por no obedecer al riesgo de vejez y por expresa disposición del artículo 61 del Decreto 3041 de 1966, son compatibles con la que está obligada a otorgar el Instituto de Seguros Sociales desde el momento en que se encuentren cumplidos los requisitos mínimos que la condicionan. Como puede darse el caso de que al producirse el despido injusto el trabajador no tenga sufragadas las cotizaciones mínimas (porque tenía 10 años o más de servicios en la fecha de la asunción del riesgo y se le despidió antes de que sirviera otros 10 años), la norma le permite seguir cotizando hasta completarlas. (artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en concordancia con el 61 del Reglamento).

4. Pensiones a cargo del Instituto de los Seguros Sociales exclusivamente, o pensiones de vejez:

Las correspondientes a todos los demás trabajadores sujetos a la regla general del Seguro Social Obligatorio que hubiesen ingresado al servicio de un patrono con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo de vejez, o antes de la dicha fecha, pero sin haber completado para entonces un tiempo de servicios de 10 años. En todos estos casos el Instituto sustituye o subroga de manera total a los patronos en la obligación de pagar pensión de jubilación, salvo en lo concerniente a la pensión-sanción de que trata el punto anterior. (artículos 10, 11, 12, 14, y 57 del Reglamento).

Con referencia a la acusación que se examina, la Sala observa que el fallador de segundo grado tuvo como establecido que la demandante se había retirado voluntariamente de la empresa y que había laborado desde el 16 de marzo de 1957 hasta el 31 de julio de 1972, es decir, por más de 15

años, pero sin que llevara 10 de servicios el 1º de enero de 1967, fecha en la que el Instituto de Seguros Sociales comenzó a asumir el riesgo de vejez.

En tales circunstancias, y de conformidad con lo explicado, su situación dejó de estar regulada por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuanto consagra pensión de jubilación proporcional por retiro voluntario después de 15 años, y quedó bajo el dominio de los preceptos 72 y 76-1 de la Ley 90 de 1946, en armonía con el 259 del Código Sustantivo del Trabajo, y 10, 11 y 12 del Decreto 3041 de 1965, disposiciones que, por vía general, previeron la asunción del riesgo de vejez por el Instituto de Seguros Sociales, la afiliación forzosa de los trabajadores al Instituto, la obligación de éste de pagarles pensión de vejez al quedar satisfechos los requisitos de edad y de cotizaciones mínimas señalados en el Reglamento y la exoneración a los patronos de pagar pensión de jubilación en vista de su reemplazo o sustitución por la vejez.

Por ello, el Tribunal, al condenar a la empresa a pagar la mencionada pensión del referido artículo 8º, no obstante que la trabajadora no alcanzó a servirle por lo menos 10 años antes del 1º de enero de 1967, hizo una aplicación indebida del dicho ordenamiento y violó también, en la modalidad de infracción directa, por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo, los demás preceptos a que antes se aludió como reguladores de la situación y que la censura singulariza. Esta, en consecuencia, resulta fundada y prospera.

La sentencia habrá de ser casada en el pronunciamiento objeto del ataque y, en su lugar, se absolverá a la demandada de la súplica por pensión de jubilación. Como el Instituto de Seguros Sociales no ha sido parte en el proceso, no corresponde a la Sala entrar a examinar si la actora tiene cumplidos los requisitos que le darían derecho a exigirle la pensión de vejez.

Como el segundo cargo persigue la misma finalidad ya obtenida por el que se deja estudiado, la Sala prescinde de su examen por ser inoficiosos.

Tercer cargo

Aparece formulado así:

"La sentencia objeto del presente recurso viola por aplicación indebida los artículos 249 y 253 Código Sustantivo del Trabajo, este último modificado por el 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, en relación con el 1º de la Ley 1ª de 1963 y 6º del Decreto 116 de 1957, a consecuencia del error evidente de hecho en la apreciación del documento auténtico de folios 171 y 172, sobre liquidación de cesantía y manifestación de la actora de que la empresa quedaba a paz y salvo para con ella, por todo concepto. El yerro manifiesto consistió en dar por establecido el fallador, con base en dicho documento, que en la liquidación de cesantía efectuada por el patrono hubo una equivocación de \$ 3.008.90, por lo cual, con revocatoria de la sentencia absolutoria del Juzgado sobre este extremo de la *litis*, condenó a la sociedad demandada a la dicha cantidad, en reajuste de la cesantía cancelada. Mas el documento en cuestión exhibe que lo causado por dicha prestación, conforme al tiempo servido, a los salarios correspondientes y a la legislación aplicable, totalizaba \$ 38.955.25 y no los \$ 41.964.65 que liquidó el Tribunal, por lo cual la cesantía —efectuados legalmente *los descuentos de las parciales anticipadas*— quedó totalmente cancelada con el pago final, como lo expresó la demandante en su manifestación de paz y salvo. No procedía, pues, ningún reajuste, ya que nada se quedó a deber y el fallo del Tribunal debe casarse, también en este punto, para confirmar, en sede de instancia, la absolución correspondiente del Juzgado".

El opositor sostiene que el ataque no destruye la apreciación del sentenciador de que el valor de la cesantía no era de \$ 38.955.25 pagado por la empresa, sino de \$ 41.964.65, y que no demuestra el error de hecho que señala.

Se considera

El cargo, en verdad, no alcanza a demostrar el error fáctico que imputa, al menos

con el carácter de manifiesto o evidente que debe ostentar para que pueda quebrantarse la sentencia. Se hace, en cuanto al valor de la cesantía, una afirmación contraria a la del ad quem, pero no se analiza debidamente el documento que contiene la liquidación que el impugnante estima correcta para mostrar la equivocación de la que hizo el Tribunal y la consiguiente errónea apreciación de aquella prueba. En tales circunstancias, la censura resulta insuficiente para los propósitos perseguidos y la decisión impugnada debe mantenerse. No prospera 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de marzo de mil novecientos setenta y ocho, en cuanto por el literal a) del ordinal 2º) condenó a Philips de Colombia S. A. a pagar a Ana Elisa Falla vda. de Pinzón la suma de \$ 1.986.86 mensuales por concepto de pensión especial de jubilación y por el ordinal 3º le impuso las costas del primer grado, y, en sede de instancia, CONFIRMA la absolución del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá por aquel extremo de pensión de jubilación y MODIFICA el ordinal Tercero de su fallo en el sentido de reducir la condenación en costas al demandante a un cincuenta por ciento (50%). No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora, Ramiro Araújo Grau, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESPIDO DE UN TRABAJADOR

Su injustificación

“EL ABANDONO DEL TRABAJADOR DE TRATAMIENTO MEDICO, IMPLICA LA PERDIDA DE LAS PRESTACIONES CORRESPONDIENTES, PERO NO CONSTITUYE POR SI MISMO JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DE LA EMPRESA (Código Sustantivo del Trabajo artículos 208 y 282)”

REINTEGRO DEL TRABAJADOR

El Tribunal lo decidió por considerar más favorable al trabajador y al no encontrar incompatibilidades que lo hicieran desaconsejables

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre trece de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Doctor Fernando Uribe Restrepo).

Acta N° 36

Radicación N° 6622

El señor Héctor Cubillos H., vecino de Bogotá con C. C. N° 117235, demandó por intermedio de apoderado judicial a la Sociedad Sears, Roebuck de Colombia S. A., con el objeto de que se la condenara, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, al pago de bonificación extra-legal por el año de 1974, a reintegrarlo al puesto que ocupaba cuando fue despedido y al pago de salarios insoluto; en subsidio de las dos primeras peticiones principales, pidió el reconocimiento y pago de indemnización por despido, cesantía, vacaciones y su prima extralegal, primas de servicio, auxilio

monetario por incapacidad, gastos de traslado e indemnización moratoria.

Apoyó sus pretensiones en los siguientes hechos:

“1º). El señor Héctor Cubillos Hernández, mediante contrato de trabajo prestó sus servicios personales a la sociedad Sears Roebuck de Colombia S. A., en forma ininterrumpida, por el lapso comprendido entre el 20 de marzo de 1956 y el 24 de julio de 1976”.

“2º). El demandante fue contratado en la ciudad de Bogotá y desempeñó diferentes cargos y en lugares distintos del país, siendo el último en el Almacén Sears de la ciudad de Barranquilla, como Gerente de Mercancías de las líneas “Big Tickets”, “Hard Lines” y “Líneas Blancas”; la línea “Big tickets”, comprende muebles para el hogar, cortinas, decoraciones, tapetes, máquinas de coser, División 96, ropa de cama y accesorios, lámparas de mesa y cristalería; la “Hard Lines”, corresponde a las divisiones de deportes, pinturas y accesorios, ferretería y las “Líneas Blancas”, a neveras, lavadoras y estufas, muebles de cocina etc.,

En esa posición, el demandante tenía la responsabilidad de comprar y vender mercancías y publicidad”.

“3º). El último sueldo devengado por el señor Héctor Cubillos fue el de Once mil pesos (\$ 11.000,00) mensuales, más bonificaciones habituales y primas extra-legales que se demostrarán en el momento oportuno”.

“4º). Debido a dos accidentes de trabajo, uno en Bogotá, cuando ejercía sus funciones como vendedor del Almacén Sears de Chapinero y otro cuando se encontraba laborando en Barranquilla, el señor Héctor Cubillos comenzó a padecer dolencias en la columna vertebral que hicieron necesaria la atención varios facultativos, tanto por cuenta de la sociedad demandada, como por cuenta del mismo interesado”.

“5º). El primero de los accidentes, lo sufrió el demandante cuando desempeñaba las funciones de vendedor de la División 42 en el Almacén de Chapinero, estando en compañía de los señores Miguel Peña y Gustavo González, dedicados todos al arreglo de la bodega para efectos de inventario; y, el segundo, encontrándose en las bodegas de la División de muebles para el hogar, en el Almacén de Barranquilla, desde un segundo piso”.

“6º) Los primeros síntomas de la secuela dejada por el primer accidente, los comenzó el demandante cuando fue trasladado al almacén de Girardot, lo que requirió la atención médica del doctor Hernando Montaña, quien conceptuó que los malestares se debían al cambio de peso por haber aumentado unos kilos”.

“7º). Posteriormente el demandante fue trasladado a la ciudad de Barranquilla, en donde los síntomas se agudizaron debido a que encontraba alguna dificultad para caminar, con tendencias a perder el equilibrio y en algunos casos se le dificultaba frenar el vehículo que conducía. Todo este estado de cosas, obligaron al demandante a viajar de Barranquilla a esta ciudad de Bogotá para un chequeo general en la Clínica Samper, en donde los facultativos de ese establecimiento no encontraron las causas de la enfermedad padecida por el señor Cubillos”.

“8º). De regreso a Barranquilla, la compañía envió al señor Cubillos a tratamiento a donde el Dr. Felble, quien a su vez lo remitió al doctor Elias Sales Sales, para tratamiento y diagnosticó que los malestares se debían al clima por ser muy cálido y recomendó un cambio, que la empresa no atendió y el doctor Felfle, siguió tratando al demandante”.

“9º). Al producirse el segundo accidente de trabajo, en el mes de septiembre de 1974, al caer de un segundo piso el demandante, las dolencias que venía padeciendo se aumentaron y en vista de ello, el doctor Felfle lo envió a donde el especialista doctor Antonio Carrioni, quien después de tomar las radiografías necesarias, prescribió al paciente un corsé tipo KNIGHT y conceptuó que la columna vertebral se le estaba desviando. Como no se experimentó ninguna mejoría, el mismo especialista ordenó nuevas radiografías y determinó que se hacia necesaria una intervención quirúrgica, por lo tanto efectuaría una Arto desis Lumbo Sacra. Debido a que se trataba de un caso supremamente delicado para el paciente, a petición de éste, fueron examinadas las radiografías por los doctores Gustavo Vega López y Carlos Ortiz Pinzón, en Bogotá, y el doctor Alfonso Cervantes en Barranquilla, quienes estuvieron de acuerdo que la operación no era necesaria y que con tratamiento, era posible la curación”.

“10º). Reunidos los conceptos de los diferentes especialistas la compañía previo concepto del doctor Ariel Rodríguez Astie, dispuso que el tratamiento se le hiciese en Barranquilla al señor Cubillos y le ordenó ponerse bajo los cuidados del doctor Hernando Montes, quien indicó tratamiento de fisioterapia bajo la dirección del doctor Miguel Chain. Como con este nuevo tratamiento no se alcanzaba mejoría, el doctor Montes dispuso una electromiografía y una mielografía. Con los resultados obtenidos, el médico tratante conceptuó que al demandante debía operársele para extraerle un pedazo de vértebra que se encontraba suelto”.

“11º). En atención al concepto del doctor Montes, la demandada por intermedio de su representante en la ciudad de Barranquilla señor Bill Haviland, dejó a elección

del señor Héctor Cubillos el lugar donde quisiera operarse, si en Barranquilla o en Bogotá, eligiendo esta última ciudad, lo que fue aprobado por el señor Haviland".

"12º). El doctor Hernando Montes, como médico de la compañía demandada, incapacitó al señor Héctor Cubillos, por períodos sucesivos a partir del 21 de mayo de 1975 y la última incapacidad vencía el 10 de julio de este mismo año".

"13º). Atendiendo el ofrecimiento hecho por la compañía, el señor Héctor Cubillos viajó a Bogotá en la primera década del mes de julio del año en curso, previa aprobación del señor G. William Haviland. El 10 de los mismos mes y año, fecha en la cual se vencía la última incapacidad ordenada por el doctor Hernando Montes en Barranquilla, el demandante se presentó a las oficinas de la demandada con el fin de que le dieran la orden para el médico que lo debía operar en esta ciudad, con resultados negativos debido a que las personas encargadas de esos menesteres no se encontraban para esa fecha en sus cargos".

"14º). Al insistir el demandante en la consecución de la orden para donde el médico y una vez de regreso el doctor Emilio García a la empresa, persona encargada de expedirla, le manifestó que después de hablar telefónicamente con el señor G. William Haviland, no había autorizado nada al respecto".

"15º). En presencia de esta nueva situación, el demandante escribió la carta de 15 de julio de 1975, el señor G. William Haviland y la respuesta de la misma, fue la de 24 de los mismos mes y año, por medio de la cual se le comunicó la terminación del contrato de trabajo por parte de la demandada".

"16º). Como el señor Héctor Cubillos, desde su llegada a Bogotá, no experimentó ninguna mejoría y ante la negativa de la empresa de ordenar atención médica, se vio precisado a solicitar los servicios de los doctores Miguel Angel Romero Quevedo y Luis Augusto Díaz A.; el primero de ellos, lo incapacitó por 12 días a partir del 9 de julio de 1975 y el segundo, por 10 días más. De tal suerte que, cuando la demandada tomó la decisión de dar por terminado el con-

trato de trabajo, el demandante se encontraba incapacitado".

"17º). El señor Héctor Cubillos, no se encontraba amparado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

"18º). La sociedad demandada contrató los servicios del demandante en la ciudad de Bogotá y lo hizo cambiar de residencia, ya que cuando fue despedido se encontraba prestando sus servicios en la ciudad de Barranquilla".

"19º). La familia del demandante está compuesta por su señora Fanny Rodríguez de Cubillos y los hijos menores Héctor, Luis Felipe, Fanny Yadira y Sandra Maritza Cubillos Rodríguez, de 17, 15, 9 y 7 años respectivamente".

"20º). El señor Héctor Cubillos, se encontraba escalafonado como ejecutivo dentro del personal ocupado por la empresa y como tal, anualmente le reconocían una bonificación que iba en aumento cada vez más".

"21º). Durante el año de 1973, la bonificación pagada al demandante fue de \$ 12.100.00 y de manera injustificada, durante el año de 1974, en vez de aumentar tal bonificación, sólo le pagaron al señor Cubillos por tal concepto la suma de \$ 1.000.00".

"22º). Como es de lógica, también le corresponde la del año de 1975 en forma total o proporcionalmente al tiempo servido, en la misma proporción y cantidad que se le pague a los otros ejecutivos de igual categoría".

Dio respuesta la sociedad demandada, también por intermedio de apoderado judicial, aceptando unos hechos, negando otros y condicionando y aclarando los demás, y propuso las excepciones perentorias de pago, compensación y prescripción".

Tramitada la primera instancia el Juez del conocimiento, el *Sexto Laboral del Circuito de Bogotá*, dictó sentencia el 28 de agosto de 1978 en la cual decidió condenar a la sociedad demandada a pagar al actor \$ 253.528.62 por indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, y el 50% de las costas. Absolvió en lo demás y declaró no probadas las excepciones.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra esta providencia, y en tal virtud el *Tribunal Superior del Distrito Judicial* correspondiente pronunció el 31 de octubre de 1978 la sentencia de segunda instancia, recurrida ahora en casación, y en la cual se dispuso revocar la del Juez para en su lugar condenar a la sociedad demandada a reintegrar al actor "al mismo cargo que estaba desempeñando, o a otro de igual o superior categoría con el pago de todos los salarios dejados de percibir con sus respectivos aumentos legales o convencionales", sin solución de continuidad. Condenó además en la totalidad de las costas de ambas instancias a la sociedad demandada.

Interpuso ésta, oportunamente, el recurso extraordinario de casación que fue debidamente concedido por el Tribunal, y que esta Sala admitió y tramitó, por lo cual se procede a decidir sobre él, previo estudio de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

El recurso

Consta de tres cargos, con base en la causal primera de casación, y el objetivo de la impugnación es para los dos primeros "obtener sea casado totalmente el fallo de segunda instancia en cuanto hace a la condena por reintegro del demandante y el pago de los salarios dejados de percibir", para que la Corte absuelva por estos conceptos, en sede de instancia. El tercer cargo busca que se revoque la condena del Tribunal a reintegro y se confirme la condena por indemnización del Juez.

EL OPOSITOR se refiere en conjunto a los tres cargos por considerar que "las materias sobre que versan el segundo y el tercero están incluidas en las que trata el primero, y además los tres denuncian aplicación indebida a través de la cuestión factual".

Primer cargo

Se enuncia en los siguientes términos:

"Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial —Sala Laboral— de Bogotá, con fecha 31 de oc-

tubre de 1978, por aplicación indebida de los artículos 7, numerales 2 y 6 del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 22, 23, 58 numerales 1 y 4, y 60 numeral 4 del Código Sustantivo del Trabajo, y los artículos 6º literal h), 8 numeral 5 y 16 del citado Decreto, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos a los cuales llegó el sentenciador por apreciación errónea y falta de apreciación de documentos auténticos, la confusión del actor y las declaraciones recibidas".

"Los errores de hecho son:

"1. No dar por probado estando, que el demandante Héctor Cubillos abandonó al puesto al no concurrir a trabajar desde el día 10 de julio de 1975".

"2. Dar por establecido sin estar, que Héctor Cubillos tenía permiso indefinido para ausentarse del lugar de trabajo".

"3. Dar por demostrado sin estarlo, que Héctor Cubillos a la fecha de terminación de su contrato de trabajo se encontraba incapacitado para trabajar".

"4. No dar por probado estando, que existe incompatibilidad para el reintegro del actor al cargo desempeñado".

Indica que incluye testimonios entre las pruebas mal apreciadas, con base en la jurisprudencia de la Sala que admite su examen luego de que se compruebe error sobre prueba calificada. Transcribe apartes de la sentencia acusada, precisa la proposición jurídica, y agrega:

"No dio el Tribunal por probado el abandono del cargo, la negativa a seguir recibiendo tratamientos, la carencia de permiso indefinido para ausentarse, el levantamiento de la incapacidad médica y la incompatibilidad del reintegro porque cometió la siguiente sucesión de errores:

"a) Documentos auténticos erróneamente apreciados.

"1) La demanda en los hechos doce y trece que establecen que el médico de la empresa le dio al actor una última incapacidad que venció el 9 de julio de 1975, y que ese día o sea al siguiente de vencida la incapacidad del médico patronal se presentó a la demandada a pedir orden para el médico que lo debía operar".

"(2) La contestación de la demanda en lo referente a esos hechos donde expresamente se dijo: "No es exacto que estuviera incapacitado a la fecha en que se ausentó en forma definitiva del trabajo, ni tampoco que funcionario alguno de la Empresa lo hubiera autorizado para someterse a una intervención quirúrgica en Bogotá".

"(3) Solicitud del actor de marzo 31 de 1975 repitiendo que el clima no es favorable para la familia y quisiera un traslado a Bogotá (folios 230 y 231)".

"(4) Carta del Gerente General para Héctor Cubillos de junio 2 de 1975 en que le dice: "Si usted desea hacerse tratamiento por su cuenta, la Compañía no puede evitarlo. Le confirmo que Sears, a través de su Departamento Médico de Barranquilla, continuará ofreciéndole los servicios médicos necesarios (folio 237)".

"(5) Comunicación del actor para el Gerente General de junio 5 de 1975 en que pone de presente que la Compañía no le ha autorizado unas consultas médicas, por lo cual ha tenido que pagarlas (folio 234)".

"(6) Comunicación del Gerente de Barranquilla para Cubillos, en junio 9 de 1975 donde después de analizar malos entendidos y errores de interpretación termina diciéndole "pido por esta misma razón que todo lo que desee tratar sobre su enfermedad lo haga por escrito". (Folio 238).

"(7) Carta del demandante al Gerente de Barranquilla de junio 12 de 1978 en cuya parte final se lee "como se dará cuenta por todo lo anterior yo hago todo por escrito" (folio 223).

"(8) Carta del actor solicitando su traslado de junio 17 de 1975 (folio 232).

"(9) Constancia de uno de los médicos trantes levantando la incapacidad de Cubillos a partir del 10 de julio de 1975 y dejando a salvo su responsabilidad profesional por las consecuencias que lleguen a sobrevenirle al paciente por su inasistencia al consultorio del doctor Montes quien venía preparándolo para la intervención quirúrgica. Esta documental es de julio 11 de 1975 y obra a folios 93 y 189".

"(10) Constancia de julio 11 de 1975 del otro médico patronal de que Cubillos estaba incapacitado hasta julio 9 de 1975 y que el

día 11 del citado mes aún no ha concurrido para la práctica de la cirugía (folio 92)".

"(11) La carta del actor de julio 15 de 1975 aportada por este al fl. 38 donde relata que el 10 de julio de 1975 se presentó a la Empresa en Bogotá a pedir la orden para que un médico lo operara. También cuenta en esta documental el traslado a Bogotá el 3 de julio por enfermedad de su señora e hija, la información de que el doctor Montes médico tratante en Barranquilla estaba disgustado por su ausencia e incumplimiento del tratamiento y que envía ese escrito porque así lo exige la Compañía".

"(12) Documental firmada por el actor en julio 18 de 1975 en que reconoce que el 10 de julio anterior venció la incapacidad médica y obtuvo otra de un médico particular, extraño a la Empresa (folio 39)".

"(13) Documento de julio 22 de 1975 suscrito por el actor y remisorio de una nueva incapacidad de un médico particular (folio 42)".

"(14) Comunicación del actor de julio 24 de 1975 en que afirma no le han dado orden para consultar un especialista en Bogotá e insiste en que le autoricen el tratamiento (folio 44)".

"(15) Comunicación de finales de julio de 1975 (posterior al día 22) en que el actor vuelve a referir su viaje a Bogotá el 3 del mismo mes para someterse a una intervención quirúrgica, que termina así: "lo que estoy esperando es se me ordene ir a donde el especialista y poderme curar lo más pronto posible como es mi deseo, así lo solicito en mi comunicación de julio 22" (Folio 239).

"(16) La carta de despido por abandono del tratamiento médico y del trabajo, en donde se hace énfasis en las inexactitudes que Cubillos atribuye a sus superiores (folio 48)".

"b) Confesión del demandante dejada de apreciar

"Al responder las preguntas cuatro y cinco del interrogatorio confiesa haber trasladado a Bogotá a su esposa e hijos. A la sexta y séptima preguntas admite que el Gerente de Barranquilla le solicitó tramitar todo lo relacionado con su enfermedad por

escrito y que no lo hizo así en cuanto a su viaje a Bogotá se refiere. (Folios 62 y 63)".

Se refiere luego a la prueba testimonial, y analiza varios testimonios, y precisa el contenido de la prueba documental antes relacionada, para concluir:

"La anterior prueba documental recogida en dieciséis numerales con indicación de sus folios, prueban sin esfuerzo dialéctico alguno que:

"a) Cubillos viajó de Barranquilla a Bogotá el 3 de julio de 1975".

"b) Que el médico patronal lo había incapacitado hasta julio 9 de 1975".

"c) Que después del 10 de julio de 1975 tuvo incapacidad otorgadas por médicos particulares".

"d) Que sólo al día siguiente de vencer su incapacidad (julio 10) se presentó a las oficinas de la demandada en Bogotá a solicitar el envío a un médico".

"e) Que en comunicaciones dirigidas por el actor a funcionarios de la Compañía después de julio 10 aparece pidiendo ser enviado a los especialistas".

"f) Que los dos médicos tratantes en Barranquilla ignoraban oficialmente (excepto por el informe verbal de Cubillos al doctor Montes) que sería tratado en Bogotá y lo estaban esperando al vencimiento de la incapacidad o sea el 10 de julio para practicar la operación quirúrgica".

"g) Que tramitó todos sus requerimientos de atención médica por escrito, excepto el del permiso para ausentarse de Barranquilla y el del posible especialista en Bogotá que debería atenderlo".

"De los hechos anteriores surgidos de la prueba documental auténtica están corroborados además, por confesión del actor su traslado a Bogotá con la familia (respuesta a las preguntas 4 y 5 del interrogatorio) y que el Gerente de Barranquilla le pidió tramitar todo lo concerniente a su enfermedad por escrito y que no lo hizo así en cuanto al viaje (respuestas 6 y 7 visibles a folios 62 y 63). Están igualmente vueltos a probar por testimonios los siguientes: que llegó a Bogotá para ver si la Compañía le autorizaba tratamiento en Bogotá y que la Empresa no concede per-

misos verbales por más de un día (testigo Luis Alfredo Aldana folios 73 y 74)".

"Que durante los primeros 10 días de julio en que el doctor Emilio García estuvo en Bogotá el demandante Cubillos no se acercó a las oficinas; que éste tenía instrucciones de tramitar todo aquello referente al estado de salud por escrito; y que no se dan permisos verbales para tratamientos o consultas médicas (testigo Emilio García folios 79 a 81)".

"Que estaba incapacitado por el médico patronal hasta julio 9 de 1975; que el propio interesado y no la empresa le informó que iba a ser tratado en Bogotá y le pidió las radiografías y otros exámenes (testigo Hernando Montes folios 101 y 102)".

"Que le dijo al Gerente que viajaba a Bogotá a someterse a una operación si bien no indican por cuenta u orden de quién (testigos Muñoz Castro folios 99 y 100)".

"De todo este abundante material mal puede adquirirse certeza, o siquiera un indicio de que la demandada hubiera enviado a Cubillos a Bogotá, donde un especialista. Muy por el contrario está la negativa enfática y expresa del Gerente General a otorgar este tratamiento en Bogotá, contenida en la carta de junio 2 (folio 237) ya comentada. Y es lógico, normal, de uso corriente, que si una empresa ordena un tratamiento para su empleado le hace saber con tiempo el nombre del médico la ubicación de su consultorio el día y la hora de la consulta. Jamás ante un hecho semejante trasladarían al paciente de una ciudad a otra a espaldas de los médicos tratantes, sin su consentimiento o consejo, sin un diagnóstico o comentario sobre el estado de salud del enfermo".

"La actitud procesal de la parte demandante configura una patraña y la versión acomodaticia del actor busca justificar el viaje con su familia, por razones de salud de la esposa y los hijos, más que la del empleado".

"Hasta aquí lo demostrado es que no había acuerdo ni siquiera en principio, para que el empleado fuese tratado en Bogo-

tá con cargo a la Empresa. Menos aún que tuviese permiso para viajar a esa ciudad".

"Veamos ahora los elementos fácticos que permiten inferir si hubo o no para el permiso de trasladarse a Bogotá alguna gestión, ante la negativa del Gerente de la Empresa y los testimonios que afirman al unísono que no existen permisos verbales para ausencias indefinidas o para tratamientos médicos".

"Para que un permiso remunerado o no se produzca, son indispensables la petición que alguien formula y la concesión por quien tiene facultad para otorgarla. He afirmado y reitero que no obra en autos prueba alguna que demuestre cuándo, dónde, cómo y a quién Héctor Cubillos pidió permiso para viajar a Bogotá. He afirmado con igual énfasis que tampoco hay prueba que demuestre cuándo, dónde y cómo y quién lo autorizó u ofreció a Cubillos, contrariando la decisión del Gerente General, el tratamiento médico especializado en Bogotá".

"Ante tales ausencias quedan los dos testigos de apellido Muñoz Castro. Ninguno dice haber oído pedir el permiso ni concederlo. Unicamente les consta que Cubillos se despedía del Gerente y éste le deseaba buen éxito y pronto regreso a las labores. Debe recordarse que Cubillos para la fecha de tal despedida llevaba casi dos meses de incapacidad y aún le quedaban algunos días adicionales. Así que no necesitaba permiso para disponer de su tiempo pues estaba en cierta forma dependiendo de los médicos y no del Gerente".

"Así que el Gerente de Barranquilla en la tan mentada reunión de despedida no le ofreció al trabajador tratamiento en Bogotá y mal podría darle un permiso cuando ni lo uno ni lo otro le habían solicitado y en cambio si existía la expresa negativa de la Gerencia General en tal sentido".

"En ostensible oposición a lo hasta aquí expuesto, el Tribunal sin precisar las fuentes de su convicción encuentra pedido y concedido el permiso y la incapacidad de Cubillos vigente, cuando expresamente le fue levantada por los médicos tratantes (folios 93 y 189)".

"Por último la inconveniencia del reintegro del trabajador no fue advertida por

el *ad quem* al no reparar el alcance de la exigencia de su Gerente de que tramitase por escrito todo lo referente a su enfermedad, petición que pone de presente equivocos en las relaciones de las partes y malos entendimientos. Igualmente la mención de la carta de despido sobre inexactitudes en la referencia a los superiores jerárquicos. Tampoco tuvo en consideración la categórica declaración del Gerente de los tres almacenes de la demandada en Bogotá, con 20 años de servicio en la Empresa en diferentes e importantes posiciones que menciona a Cubillos en los siguientes términos: "dado lo conflictivo del señor Cubillos y la experiencia personal que tuve con él no me parece conveniente y aún más yo diría no estaría dispuesto a aceptarlo dentro del grupo de Bogotá y segundo creo que cualquiera de las unidades de la Compañía se crearía un serio problema, por el modo de ser del señor Cubillos" luego agrega: "en lo que si insistiría es que en los años que trabajó conmigo la situación fue conflictiva" (folios 166 y 167).

"Como si lo anterior fuera poco significativo de la incompatibilidad del reintegro cae la decisión de mérito en el error de ordenar reintegrar al trabajador al sitio donde nunca se sintió a gusto por el clima, donde no pudo permanecer su familia, y desde donde solicitó ahincadamente se le trasladara a Bogotá, como consta en las documentales de folios 38, 230, 231 y 232. Están en consecuencia probadas las incompatibilidades del reintegro que no dio por demostradas el Tribunal".

"Craso error de conocimiento de la ley comete el Tribunal, en contra del actor, al considerar que es más beneficioso el reintegro que la indemnización y opta por aquél. Si el despido es injusto la pensión se causaría a los 50 años; en cambio con el reintegro su causación requiere 5 años más, que para un sueldo cuyo aumento es incierto no compensa la espera. Además una indemnización es suma apreciable con relación a una expectativa".

Finalmente puntualiza la violación de la ley y la causalidad entre los errores y la parte resolutiva del fallo acusado.

EL OPOSITOR, por su parte, refiriéndose en conjunto a los tres cargos, como antes se indicó, expone:

"La sociedad demandada despidió a mi acudido con fundamento en tres razones; abandono del tratamiento médico; abandono del trabajo; e inexactitud atribuidas a altos funcionarios de la Compañía en su carta de fecha 15 de julio de 1975".

Indica que el primer abandono está contemplado en el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo e implica pérdida de prestaciones pero no constituye justa causa de despido. El "abandono del trabajo" —sostiene— tampoco es justa causa de despido, pero sí ha de entenderse como falta al trabajo, ésta estaría justificada "según acertadamente lo entendió el *ad quem* por la incapacidad para trabajar en que se encontraba mi patrocinado".

Se refiere a la prueba testimonial y agrega:

"No sobra agregar que estas consideraciones se han hecho a mayor abundamiento, desde luego que las probanzas a que están referidas con, todas ellas, de las llamadas "no calificadas", es decir, de aquellas cuya apreciación por el *ad quem* no es susceptible de ataque ninguno".

"Y acontece, en tercer lugar, que las inexactitudes que también le endilgan en la carta de despido, están referidas a unas afirmaciones de mi mandante que salieron abonadas en el plenario con las declaraciones del propio doctor Montes y de los señores Muñoz, desde luego que los testimonios de los señores Aldana, Arango y García fueron descalificados en la sentencia recurrida por contradictorios, por ser de oídas, o por ambas cosas, como inequivocadamente lo son".

"Sólo que estas otras consideraciones se formulan, también, a sabiendas de que, en verdad, sobran, pues que atañen a la valoración por el *ad quem* de pruebas no susceptibles de ataque en casación".

"De acuerdo con esta valoración, mi patrocinado sí pidió permiso para trasladarse a Bogotá con el fin de hacerse practicar la operación o los tratamientos que le eran indispensables, que no para dejar de trabajar —porque estando incapacitado no podía requerir permiso para dejar de ha-

cerlo—, lo obtuvo y consiguió, además, que la sociedad demandada aceptara hacerse cargo, cuando menos, de los gastos concernientes a su enfermedad. Por donde resulta, igualmente, sin fundamento este tercer motivo aducido para su despido y, por consiguiente, la ilegalidad e injusticia del mismo".

En cuanto a la solicitud del recurrente de que sea casada la sentencia del Tribunal en cuanto ordenó el reintegro, indica:

"Finalmente el expediente no muestra —contra lo que asevera el impugnante— la existencia de incompatibilidades para el reintegro de mi procurado".

"Es que, como quedó visto, la carta de despido, en cuanto afirma la atribución por mi acudido de inexactitudes a altos funcionarios de la sociedad demandada, quedó totalmente desvirtuada; no pudo por lo tanto, ser equivocadamente apreciada por el *ad quem* al no derivar de ella ningún motivo de incompatibilidad para el reintegro que ordenó".

"En cambio, si resulta totalmente inexacto que mi poderdante, en alguna parte de las comunicaciones de folios 229 a 234, hubiera hecho solicitud de ser trasladado a Bogotá, por no soportar los climas cálidos. Tales comunicaciones mencionan, tan solo, el traslado que mi mandante hizo a Bogotá de sus hijos y pide el de su esposa a la misma ciudad, por sentarle mal, a ella, la tierra caliente y haber sido él originalmente contratado en la capital del País".

"No pudieron ser, por lo tanto, mal apreciadas estas documentales para los efectos de la incompatibilidad que pretende demostrar el recurrente, ya que además ella no puede surgir de la única solicitud de que dan cuenta tales documentos".

"Pero tampoco puede surgir del hecho de que, contra la instrucción del gerente de Barranquilla, de tramitar por escrito lo concerniente a su enfermedad, hubiera solicitado verbalmente mi poderdante y obtenido, de ese mismo gerente, permiso para venirse a tratar a Bogotá".

"Así las cosas, aparece totalmente improcedente, por no ser pruebas calificadas, el examen de las declaraciones de los señores Arango y García. con todo conviene destacar que la de éste nada dice en lo

atinente al aspecto que se examina, y que la de aquél se limita a dar cuenta de una antipatía suya hacia mi asistido, tan personal, que permitió que Héctor Cubillos trabajara muchos años más en la empresa demandada en Barranquilla, sin que nadie lo tildara de conflictivo".

"No hubo pues, ningún error en el *ad quem* cuando, después de haber concluido en la injusticia del despido de que fue objeto mi poderdante, ordenó su reintegro al mismo cargo que desempeñaba, o a otro igual o superior. Porque la circunstancia de que el clima cálido le haga daño a su familia no empece a que, como ya venía sucediendo, mi acudido labore en sitio diferente al en que ella resida, y porque una empresa como la demandada, que tiene sucursales en los varios climas del País, pueda fácilmente reinstalarlo en una de clima adecuado a la solución de su problema familiar de salud".

"Tanto más que, como lo destaca con propiedad la decisión gravada, se trata del reintegro de quien había prestado servicios, por más de 19 años, sin una sola mácula en su hoja de vida".

Se considera

Se refiere la Sala, separadamente, a los dos objetivos que persigue el ataque contenido en este cargo, a saber, la terminación del contrato y el reintegro.

I. La terminación del contrato. La carta de despido visible a folios 48 de fecha julio 24 de 1975, dice:

"Tanto por el abandono del tratamiento médico y del trabajo, como por las inexactitudes que usted atribuye a los altos funcionarios de la Compañía en su mencionada carta, consideramos que usted ha violado gravemente sus obligaciones de empleado a nuestro servicio, por lo cual lamentamos comunicarle que su contrato de trabajo queda cancelado a partir de esta fecha".

"La carta en referencia, que se encuentra a folios 38, contiene las siguientes afirmaciones principales del actor: que fue autorizado verbalmente por el Gerente de la sociedad demandada en Barranquilla para hacerse operar en Bogotá; que el médico

de la empresa que lo trataba en Barranquilla le hizo entrega de material médico; que no pudo obtener la orden para el médico en Bogotá por ausencia de varios funcionarios; que el Gerente se retractó de la autorización....". Esto me tiene sumamente extrañado y creo que lo que hay es una mala interpretación", escribe el demandante.

El Juez a quo, tras examinar las pruebas en las cuales encuentra la confirmación de varios hechos afirmados por el trabajador en la carta antes citada, concluye: "Estas circunstancias hacen que el Juzgado adquiera la convicción de que Cubillos no incurrió en abandono del cargo en Barranquilla, sino que más bien hubo una confusión, pero que el permiso respectivo se otorgó al trabajador y por consiguiente, no existía mérito alguno para dar por terminado su contrato de trabajo, como lo hizo el Gerente en Barranquilla ..." (folio 250).

El Tribunal por su parte, en la sentencia acusada, luego de examinar el acervo probatorio, y principalmente la prueba testimonial y el Dictámen del médico oficial de folios 163 —probanza que el recurrente no cita— afirma:

"Concluye la Sala que de todas las pruebas relacionadas anteriormente se clarifica la situación en que se encontraba el señor Héctor Cubillos al momento en que la empresa demandada tomó la determinación de romper unilateralmente el contrato de trabajo, esto es, se encontraba incapacitado ya que estaba atendiendo tratamientos previos a una posible intervención quirúrgica que se le iba a practicar".

No encuentra la Sala ningún error de hecho evidente y manifiesto en el raciocinio de los jueces de instancia, por errónea apreciación de las pruebas que el cargo cita.

En efecto, en la confesión del actor se afirma que se trasladó a Bogotá con su esposa e hijos (respuestas 4^a y 5^a), y que el Gerente de la empresa demandada en Barranquilla "le solicitó tramitar todo lo relacionado con su enfermedad por escrito y que no lo hizo así en cuanto a su viaje a Bogotá se refiere" (respuestas 6^a y 7^a —Interrogatorio de parte de folios 62 y 63). Las cartas del actor, de folios 38 y 239, identi-

ficadas por el recurrente como pruebas 11 y 15, confirman el hecho del traslado, y las documentales citadas como pruebas 5^a y 7^a (folios 238 y 233) corroboran el acuerdo de tratar todo por escrito.

Estos hechos no demuestran que el despido hubiera sido justo, por falta al trabajo, y tienen solamente un valor indicativo relativo, que en ningún caso excluye la posibilidad de que el trabajador hubiera sido autorizado verbalmente para viajar a Bogotá a recibir tratamiento, cubriendo la empresa únicamente los gastos médicos. El Tribunal, con base en prueba testimonial, apoyada por otros indicios, consideró que ésta última hipótesis era real, cierta y estaba suficientemente demostrada (folios 275 y 276).

Se tiene hasta ahora, en consecuencia, que el fallo acusado se apoya en la prueba testimonial y en un conjunto coherente de inferencias estimadas dentro de la facultad judicial de "libre apreciación", que el ataque basado en una serie de indicios no logra destruir, así los correspondientes hechos indicadores o fundantes se encuentren demostrados en confesión de parte o en documento auténtico.

Las demás pruebas citadas en el cargo como erróneamente opreciadas se refieren al tratamiento médico y a la incapacidad (1^a, 2^a, 4^a, 5^a, 9^a, 10, 12, 13, 14), observa la Sala, sin embargo, que la motivación del fallo del Tribunal en este punto se apoya principalmente en el dictamen rendido dentro del juicio por la Sección Médica de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca en el cual se constató que el trabajador sufría de enfermedad profesional (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 201, 16) ocasionada por el traumatismo sufrido en la columna lumbosacra a causa de accidente que tuvo lugar en septiembre de 1974. No ataca el recurrente esta prueba que constituye soporte suficiente de las consideraciones del Tribunal ad quem en este preciso punto.

No sobra advertir a este respecto que tiene razón el opositor cuando indica que el abandono del tratamiento médico, aún en la hipótesis de que esté demostrado, implica la pérdida de las prestaciones correspondientes, pero no constituye por sí mismo

justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte de la empresa (Código Sustantivo del Trabajo, artículos 208 y 282).

Finalmente, las presuntas "inexactitudes" que el trabajador atribuyó a "los altos funcionarios de la compañía" en su carta de folios 38, y que según la carta de despido constituyeron "violación grave de sus obligaciones", no pasaron de ser confusiones o malos entendidos en concepto de los falladores de instancia. Tampoco encuentra la Sala que el recurrente haya demostrado en casación, y válidamente, que esta vaga imputación hecha al trabajador esté concretamente comprobada, y menos aún que pueda llegar a constituir "violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina" contra el patrono, ni violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumbe al trabajador (Decreto 2351 de 1965, artículo 7^o 2 y 6), conforme apenas se insinúa en el cargo a través de la proposición jurídica.

De lo anterior se concluye que no se justificó el despido, y que en consecuencia no ha de prosperar este punto del ataque.

II. Reintegro

El Tribunal lo decidió por considerarlo más favorable al trabajador y al no encontrar incompatibilidades que lo hicieran desaconsejable. Al examinar la Sala las pruebas calificadas que sirven de base al recurrente para el ataque en este aspecto, o sea la confesión del actor de haber trasladado a su familia a Bogotá, y las cartas de folios 230, 231 y 232 solicitando su traslado, y la carta de despido (folios 48), no encuentra en ellas error alguno, manifiesto y evidente, ya que la solicitud de traslado, así sea reiterada, no implica que el trabajador no esté dispuesto a trabajar en el mismo sitio, máxime cuando está demandando precisamente el reintegro. Las razones y circunstancias del despido, de otra parte, tampoco señalan incompatibilidades que hagan desaconsejable ese reintegro.

Por lo demás, los equívocos y malos entendimientos, que evidentemente se presentaron, y que dieron lugar al despido, y la opinión desfavorable que del actor tenía

uno de los Gerentes de la empresa, por considerarlo persona "conflictiva", son circunstancias que no tienen la entidad suficiente para configurar una real incompatibilidad que hagan desaconsejable el reintegro, como bien lo apreció el Tribunal en la sentencia acusada.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Se propone en los siguientes términos:

"Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, con fecha octubre 31 de 1978 por aplicación indebida de los artículos 58 numeral 1º y 60 numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo y 6º literal h), 8 numeral 5º y 16 del Decreto 2351 de 1965, a través de evidentes y manifiestos errores de hecho en los autos, a los cuales llegó el sentenciador por apreciación de algunos documentos auténticos, el peritazgo médico, la confesión del actor y los testimonios recibidos".

"Los errores de Hecho son:

"1. No dar por demostrado, estando, que el demandante Héctor Cubillos abandonó el trabajo y el tratamiento médico sin permiso del patrón".

"2. Dar por probado sin estarlo, que el demandante se encontraba incapacitado".

En la demostración del cargo, como argumento nuevo que debe destacarse, afirma el recurrente:

"La última prueba estudiada por el Juez de Segunda instancia es el peritazgo de la Sección de Medicina del Ministerio del Trabajo, que demuestre que cuando Cubillos fue examinado "todavía existían secuelas de las dolencias sufridas por el trabajador a consecuencia del accidente ocurrido en septiembre de 1974 que justifican su incapacidad".

"En este dictamen visible a folio 163 no se declara ninguna clase de incapacidad pese a la revisión de la historia clínica y el examen del paciente. Sin embargo el Tribunal dice que encuentra en él justificada la incapacidad....." La única incapacidad vinculante en la relación contractual

laboral es la reconocida por los médicos oficiales o del ISS, o los designados por el patrón. La de galenos particulares, por respetables que estos sean no compromete al patrono. Quiere ello decir que para los fines de la ley laboral la incapacidad que pudo recibir Cubillos de médicos extraños a Sears no genera obligación de ninguna especie. Ya hemos visto que el dictamen médico oficial del Ministerio del Trabajo (folio 163) no menciona estado actual o anterior de incapacidad del paciente".

"Pero aceptando en gracia de discusión que a la fecha del despido el trabajador estuviese incapacitado, la ley no introduce este evento como fuero de inamovilidad, por el contrario autoriza el despido con la advertencia de que el patrono continúa con la obligación del tratamiento salvo, que el trabajador lo haya rechazado (artículo 208)".

Se considera

Los fundamentos de este cargo hacen parte del primer cargo, antes estudiado. En efecto, la proposición jurídica es la misma, excepto que se dejan de mencionar las normas legales referentes a justas causas que pudieran desprenderse de las presuntas "inexactitudes que el trabajador atribuyó a los altos funcionarios de la compañía". Los errores de hecho enunciados también son iguales al primero y al tercero que se proponen en el cargo anterior.

En cuanto a los nuevos argumentos aquí expuestos en relación con el dictamen médico de folios 163, observa la Sala que no son concluyentes para configurar un error de hecho evidente y manifiesto, ya que en la sentencia acusada se habla de "incapacidad" en sentido lato o genérico y no según su significado estricto o propio, el cual se refiere el recurrente. El Tribunal no estima que en el citado documento se encuentre señalada o fijada la incapacidad. Unicamente deduce de allí que la incapacidad existió, lo cual era suficientemente para llegar a las conclusiones que acertadamente sostuvo.

En efecto, conforme se analiza al estudiar el primer cargo, el ad quem encontró en la enfermedad que sufrió el trabajador

un indicio más que justificaba su viaje de Barranquilla a Bogotá, aún sin permiso expreso y por escrito del patrono. Dijo el Tribunal que el trabajador "se encontraba incapacitado ya que estaba atendiendo tratamientos previos a una posible intervención quirúrgica....." (folios 227 y 278), luego de constatar que pudo existir un permiso verbal....." (folio 276), y que el Gerente incurrió en "una intromisión inaceptable" para que se le levantara la incapacidad propiamente dicha al trabajador (folio 277).

En virtud de lo expuesto, el cargo no prospera.

Tercer cargo

Se plantea así:

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— de fecha 31 de octubre de 1978 por aplicación indebida de los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo y 6, 7 y 8 del Decreto 2351 de 1965 a través de evidentes errores de hecho".

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron: la carta de despido, folio 48; las solicitudes del trabajador para su traslado a Bogotá, folios 229 y 230 a 234; la petición del gerente de tramitar todo lo concerniente a la enfermedad del actor por escrito, folios 238 y los testimonios de Alfonso Arango, folios 165 a 167 y Emilio García folios 78 a 82".

"Los errores de hecho son:

"1. Dar por demostrado, sin estarlo, que no hay incompatibilidad para el reintegro al trabajo del señor Héctor Cubillos".

"2. No dar por demostrado estando, que es inconveniente el reintegro al mismo cargo del señor Héctor Cubillos".

Se considera

El presente cargo, tanto en su proposición jurídica, como en los errores de hecho que enuncia y en las pruebas en las cuales se apoya, está totalmente incluido en el primer cargo, en cuanto se refiere en la condena a reintegro.

Por las razones expuestas en la segunda parte del estudio del primer cargo, este tampoco prospera.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y ocho (1978) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Héctor Cubillos H. contra la sociedad Sears, Roebuck de Colombia S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Fernando Uribe Restrepo, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERROR DE HECHO (Primer cargo)

No se configuraron en forma evidente y manifiesto los errores de hecho alegados, puesto que no se encuentra los errores dichos en la errónea apreciación o en la falta de estimación de las pruebas calificadas

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD

En el segundo cargo el Tribunal incurrió en el error de hecho en forma evidente y manifiesto al no tener en cuenta una prueba calificada. La Ley 52 de 1975, reglamentada por el Decreto 116 de 1976, establece que todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores, debe reconocer y pagar intereses del 12% en diciembre de cada año..."

PENSION MINIMA DE JUBILACION SEÑALADA POR LA LEY

Dice el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 que las "pensiones a que se refiere el artículo anterior (las de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el ICSS a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial...") no podrán ser inferior al salario mínimo legal más alto, (subraya la Sala)

BUENA O MALA FE

La Sala ha dicho que la cuestión de buena o mala fe, implícita en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es cuestión de hecho, susceptible de ataque, únicamente por la vía indirecta, con base en errores de hecho, por lo general

VIOLACION DEL PRINCIPIO DE LA "REFORMATIO IN PEJUS"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Doctor Fernando Uribe Restrepo).

Radicación número 6574.

Acta número 34.

En el juicio laboral ordinario promovido por *Carlos Enrique Betancur M.*, vecino de Amagá (Antioquia), identificado con C. C. 564.101, contra la Sociedad Hijos de Rafael Navarro y Eusse Limitada, ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 8 de agosto de 1978. Los recursos fueron concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte, la cual entra a decidirlos una vez agotado su trámite.

En la demanda el apoderado judicial del actor solicitó el reconocimiento y pago por parte de la sociedad demandada de cesantía, vacaciones compensadas, indemnización por despido injusto, indemnización por mora en el pago de las prestaciones, pensión vitalicia de jubilación "con todos los demás derechos que ésta confiere", intereses a las cesantías y las costas del juicio. Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: "1. Por espacio de 18 años laboró (el actor al servicio de la demanda), en calidad de peón en las labores de agricultura, en la "Hacienda Nechí", de propiedad de dicha sociedad, situada en el corregimiento Camilocé del Municipio de Amagá. 2. Laboró allí desde principios de 1955 hasta el 12 de diciembre de 1976, en que fue despedido sin justa causa y sin motivo alguno, por dicha sociedad por intermedio de sus administradores. 3. El momento de su despido el trabajador devengaba un salario de \$ 50.00 diarios; siempre laboró en los últimos años como arriero, cargando caña. 4. Para el momento del despido el trabajador tenía más de cincuenta años de edad y por los años de servicio debió haber sido jubilado por el patrono dado que se le despidió injustamente".

La Sociedad demandada dio respuesta, por intermedio de apoderado, negando los hechos 1º, 2º y 4º, y pidiendo la demostración del 3º.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones o su extinción, petición antes de tiempo, cosa juzgada (por conciliación), transacción, compensación, pago y prescripción.

Tramitada la primera instancia el *Juzgado* del conocimiento, el *Civil Laboral del Circuito de Titiribí*, dictó sentencia el 1º de junio de 1978, declarando parcialmente probadas las excepciones de pago e inexistencia de las obligaciones demandadas, y condenando al pago de \$ 26.500.00 por las cesantías correspondientes a 16 años —menos la suma de \$ 2.132.56— para un total de \$ 24.368.56; a la suma de \$ 144.88 por intereses a las cesantías y al 25% de las costas. Absolvió de los demás cargos.

Apeló únicamente la parte demandante y en tal virtud se dictó la sentencia de segunda instancia, acusada en el doble recurso y que antes se citó, y en la cual se confirma y reforma la del juez para condenar al pago de \$ 25.987.50 por cesantía, \$ 3.188.50 por intereses a la cesantía, \$ 26.785.00 por indemnización por despido sin justa causa, pensión vitalicia de jubilación por un valor mensual de \$ 973.33 a partir del 13 de diciembre de 1976, a \$ 19.466.60 por las pensiones hasta entonces causadas, y al 60% de las costas de la primera instancia. Autorizó el Tribunal a la sociedad demandada a descontar \$ 2.132.56 pagadas por cesantía y \$ 30.000.00 por pensiones. Absolvió de los demás cargos y se abstuvo de condenar en costas por la alzada.

Se procede a decidir los recursos de casación interpuestos por las partes, previo examen de las demandas, admitidas por la Sala, y de los correspondientes escritos de oposición. Se considerará en primer lugar el recurso interpuesto por el apoderado de la sociedad demandada ya que en él se discute el hecho básico del despido y el derecho a pensión, que son supuestos en la demanda del actor-recurrente.

El recurso de la parte demandada

Consta de tres cargos, con invocación de la causal primera de casación consagrada por el Art. 60 del Dto. 528 de 1964, y el alcance de la impugnación es el siguiente: "Solicito que se case parcialmente la sentencia acusada... en cuanto modificó las condenaciones por intereses a la cesantía, y

por costas, y condenó a indemnización por despido y a pensión de jubilación, para que en su lugar se confirme lo dispuesto sobre tales conceptos, en la sentencia de primera instancia".

Primer cargo

Se enuncia y sustenta en los siguientes términos:

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de errores de hecho, los artículos 222, 238 y 246 del Código del Comercio, 8º de la Ley 171 de 1961, y 6º, 7º, y 8º del Decreto 2351 de 1965".

"Los errores de hecho fueron:

"a) No dar por demostrado estándolo, que la sociedad demandada estaba en liquidación cuando terminó el contrato de trabajo;

"b) Dar por demostrado sin estarlo, que el contrato terminó por despido;

"c) No dar por demostrado estándolo, que el contrato terminó por mutuo acuerdo;

"d) Dar por demostrado sin estarlo, que el trabajador fue forzado a retirarse de la empresa; y

"e) Dar por demostrado sin estarlo, que un trabajador analfabeto y con escasos recursos económicos, no puede convenir la forma de terminación de su contrato de trabajo".

"Las pruebas mal apreciadas fueron:

"a) Los testimonios de José Peña Galeano, folios 25 vto., a 28; Carlos Zarrazola, folios 28 a 30; Juan Manuel Arboleda folios 30 a 31; Gabriel Carrillo, folios 31 a 32; Carlos Emilio Jiménez, folios 40 vto., a 41; José Galeano Arcila, folios 41 vto., a 42; Jesús María Sánchez Galeano; folios 42 v. a 43; y Francisco Antonio Hurtado, folios 43 v. a 44; y

"b) El acta cuya copia aparece al folio 37 y cuya fotocopia está al folio 58".

"La prueba dejada de apreciar, fue el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, que aparece a folios 22 y 23".

En la demostración del cargo, afirma el recurrente:

"Si el sentenciador hubiera estimado el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, habría encontrado que la sociedad Hijos de Rafael Navarro y Eusse Limitada fue disuelta en 1969 y se encuentra desde entonces en estado de liquidación. Ante ese hecho evidente no deducido por el sentenciador, éste habría encontrado que la sociedad no podía iniciar nuevas operaciones y sólo debía realizar los actos necesarios a la inmediata liquidación, de acuerdo con el artículo 222 del Código de Comercio; que el liquidador debía vender los bienes sociales, según lo dispone el artículo 238 del mismo Código; y que las pensiones de jubilación han de liquidarse por su valor actual, calculado sobre la vida probable y según tablas de las compañías de seguros, o mediante contrato con una aseguradora para que ella realice el pago periódico de la pensión, según lo ordena el artículo 246 de la obra citada".

"Luego la venta de la finca de Nechí y las terminaciones de los contratos no dependían de la decisión unilateral del patrono, sino del ordenamiento legal ineludible, por lo cual no hubo despido".

"Los planteamientos sobre venta de la finca y sobre pago de una suma fija como valor de la pensión o contrato con una aseguradora para que ella respondiera de la pensión, no eran otra cosa que la explicación de los preceptos legales ya citados. El patrono obedeciendo el mandato legal, preguntó a los trabajadores que podían llegar a tener derecho a pensión, si aceptaban la suma fija o preferían que les respondiera una aseguradora, y varios, entre ellos el demandante en el juicio, aceptaron la suma fija".

"Luego hubo mutuo acuerdo cuando el trabajador aceptó la terminación impuesta por la ley y decidió recibir la suma fija en vez de la posible pensión pagada por una compañía aseguradora".

"En ningún caso la aplicación de las normas legales puede considerarse como un acto de fuerza sobre la voluntad del trabajador luego la terminación cuando la ley ordena al liquidador no continuar con las actividades nuevas del objeto social, no constituye un despido ni una violencia para el retiro, y el presentar las dos solucio-

nes de la ley sobre el pago de pensiones de jubilación, no sólo no es violencia, sino que constituye clara obligación del liquidador".

"Aunque el trabajador sea analfabeto y tenga escasos medios de subsistencia, no puede inferirse que carezca de discernimiento y que sea incapaz para decidir sobre su propio contrato de trabajo".

Analiza luego el recurrente la prueba testimonial, luego afirma:

"El acta de lo ocurrido en la Alcaldía Municipal de Amagá, el 12 de diciembre de 1976, es prueba evidente de que Carlos Enrique Betancur manifestó ante la Alcaldesa que deseaba retirarse para recibir una suma fija por sus eventuales derechos a la pensión de jubilación, y los valores por cesantía y prima de servicios. Ese hecho está demostrado de manera evidente, pues de él da fe la funcionaria que lo presenció".

"Si el fallador no hubiera cometido los evidentes errores de hecho anotados, habría encontrado que la terminación se debió a disposición legal y no a terminación unilateral del patrono, que la forma de pago de la pensión fue aceptada por el trabajador y era una de las dos únicas establecidas por la ley para tal caso, y en correcta aplicación del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, habría hallado que el contrato terminó por liquidación de la empresa o por mutuo acuerdo, y por lo dispuesto en los artículos 7º y 8º del mismo decreto, habría determinado que no existió despido y que no procedía la indemnización por tal causa, por la cual habría absuelto, y en correcta aplicación de los artículos 7º de la Ley 171 de 1961 y 246 del Código del Comercio, también habría absuelto de la pensión de jubilación por despido injusto, que fue la solicitada".

"Es de advertir que el artículo 246 del Código del Comercio es norma de derecho sustancial laboral, porque determina para el caso de liquidación de sociedades, los derechos y obligaciones relativos a la pensión de jubilación, y que la determinación del Tribunal en el sentido de obligar al patrono a pagar la pensión en forma distinta a la que contempla tal norma, es una violación clara de ese precepto, que contraría también todas las disposiciones so-

bre liquidación, pues impide que la sociedad disuelta sea liquidada".

"Por lo expuesto, reitero mi solicitud de que se case la sentencia impugnada, en cuanto condenó a pago de indemnización por despido y a pensión de jubilación, para que en su lugar se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto absuelve por tales conceptos".

El opositor, a su turno, plantea previamente consideraciones de tipo general sobre la finalidad de la legislación laboral, a la que corresponden los artículos 78 y 20 del Código de Procedimiento Laboral en cuanto reglamentan la conciliación antes de juicio y el mérito que presta el acta correspondiente.

En cuanto al cargo que se estudia, concretamente, afirma el opositor:

"La primera anotación que habría de formularse al cargo es que está equivocado en cuanto al cargo de aplicación indebida de los artículos 222, 239 y 246 del Código de Comercio. Y está mal formulado el cargo por cuanto si el primer error en que incurrió el Tribunal, al decir de la demanda, fue el no haber dado por demostrado, estando, que la sociedad demandada estaba en liquidación cuando terminó el contrato de trabajo, ello, en buen romance, quiere decir que el Tribunal no tuvo en cuenta esa situación factica; de lo anterior se desprende que mal podía aplicar dichas normas legales a una situación que no se contempló en la sentencia".

"De lo cual se colige que si hubo violación de tales normas habría sucedido por haber dejado de aplicarlas al caso a estudio pero no por haberlas aplicado indebidamente".

Resume luego los fundamentos del cargo, se refiere a la demanda y a su respuesta, para concluir:

"A ésta altura, conviene resaltar cómo en ningún momento la parte demandada expuso como causal exculpativa la circunstancia de encontrarse la sociedad demandada en estado de liquidación. Jamás, en ningún momento, se pretendió justificar la terminación del contrato de trabajo que la vinculaba a Carlos Enrique Betancur afirmando que ello era una imposición..." del ordenamiento legal ineludible...".

"Yo invito a que se haga un estudio de todo el proceso y se me señale en qué momento, en qué instante del proceso se ha afirmado que la terminación del contrato de trabajo que vinculó al demandante y demandada fue una secuela del imperativo legal, una "...terminación impuesta por la ley...", que irremediablemente debía ser aceptada por el trabajador. Eso jamás se le propuso, como elemento en litigio, al sentenciador".

"Precisamente por tal circunstancia, el Tribunal no incurrió en el primer error que se le imputa: Porque no habiendo sido aducido como causal de justificación legal el estado de liquidación de la sociedad era una circunstancia totalmente ajena al litigio. Y siendo ajena al litigio suscitado entre las partes, nada le imponía la aplicación de los artículos 222, 235 y 246 del Código de Comercio, lo que, de paso sea dicho, cumplió a cabalidad dejando de aplicarlos".

Transcribe en parte la sentencia acusada para afirmar que, demostrado el despido, correspondía a la demandada probar la justa causa o el retiro voluntario y, en la primera hipótesis, manifestar oportunamente el motivo según el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Se refiere a la prueba testimonial, que el Tribunal y el recurrente analizan, afirma que en ningún momento se demostró que la finca fue vendida, y que si tal fue la causal de terminación no es admisible ya que el despido se produjo el 5 de diciembre de 1975 y el supuesto motivo sólo se adujó en la diligencia que tuvo lugar el día 12 del mismo mes.

Defiende el opositor la sentencia acusada en cuanto el Tribunal no creyó en el retiro voluntario del trabajador, aunque no por incapacidad o carencia de discernimiento como lo afirma el recurrente. Al respecto afirma:

"Es que, señor Magistrado, realmente no es posible creer que el trabajador se haya retirado voluntariamente. Así lo diga el acta levantada ante la Alcaldía Municipal de Amagá. El trabajador, como ser humano que es, ha de actuar en razón de unas motivaciones; apenas sí habrá acto que el ser humano realice carente de toda moti-

vación. Y qué motivación podría tener Carlos Enrique Betancur, un individuo pobre, carente de todo recurso económico, que no sabe leer ni escribir, dedicado a elementales menesteres como la arriería, que apenas sí cuenta con su jornal para atender a su propia subsistencia y a la de su familia, ya entrado en años, como que supera la edad de 50 años, carente de todo otro medio de subsistencia como que apenas cuenta con sus personales energías para procurárselo, para presentarse ante su patrono a convenir con él un retiro voluntario de su labor, o un mutuo acuerdo para así terminar un contrato de trabajo que los vincula renunciando así al trabajo que le proporciona su fuente única de ingresos para poder subsistir, colocándose por su avanzada edad, en situación de no ser admitido en labores similares y próximo a sufrir hambre y desnudez, y renunciando a la posibilidad de una Pensión de Jubilación, ya próxima por el mucho tiempo laborando y la edad avanzada? Nada, absolutamente nada. Ningún motivo se presenta en orden a explicar ésta su supuesta conducta".

Finalmente anota que la liquidación de la sociedad demandada en ningún caso implicaba, necesariamente, la terminación de los contratos de trabajo pues podía presentarse la sustitución patronal (Código Sustantivo del Trabajo artículo 67) y que cuando la ley dice que las pensiones de jubilación deben pagarse por su valor actual, no es admisible el pago de "una suma ínfima, mínima, verdaderamente lesiva de los derechos del trabajador".

Se considera

No comparte la Sala el criterio del opositor cuando afirma que el cargo está mal formulado como "aplicación indebida", y que ha debido aducirse "falta de aplicación" ya que el Tribunal —según el recurrente— no aplicó las normas que cita por haber ignorado una situación fáctica. En efecto, debe observarse, en primer lugar, que la "falta de aplicación" de normas no es motivo de casación en el derecho laboral y que, además, la "aplicación indebida" por la vía indirecta escogida por el recurrente se presenta en una de sus modali-

dades típicas, según la jurisprudencia, cuando se desconoce un hecho debidamente demostrado y por esa causa se deja de aplicar la norma infringida, en lo cual consiste precisamente el ataque que se estudia. Procede por tanto su examen de fondo.

El primer error de hecho propuesto consistiría en que el Tribunal "no dió por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada estaba en liquidación cuando terminó el contrato de trabajo". Proverdria este error de la falta de apreciación del correspondiente certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, visible a folios 22 y 23.

Observa la Sala que el hecho de estar en liquidación la sociedad demandada si fue tenido en cuenta por el ad quem, puesto que en la llamada Acta de Transacción que el Tribunal examinó se indica expresamente que la sociedad "Hijos de Rafael Navarro y Eusse Limitada", se encontraba en liquidación, hecho que el ad quem también registró expresamente en la sentencia. (folio 134). En la providencia acusada, por tanto, si se estimó ese documento, aunque no se le cite expresamente, y se tuvo en cuenta el hecho que él demuestra, por lo cual forzoso es concluir que no se configura por tal concepto un error de hecho manifiesto y evidente.

Los siguientes tres errores de hecho se refieren directamente a la terminación del contrato y consistirían en haber entendido el Tribunal que hubo despido, que el trabajador fue forzado a retirarse, cuando es lo cierto que el contrato terminó por mutuo acuerdo. Estos errores (b-c-d) provendrían de la mala apreciación de la prueba testimonial y del Acta llamada de transacción que obra a folios 37 y 58. Corresponde a la Sala determinar en primer lugar si existe en la sentencia la errónea apreciación del documento auténtico, para que le sea permitido adentrarse en el estudio que hizo el ad quem de los testimonios.

Observa la Sala que el Tribunal, de acuerdo con la sentencia, percibió sin errores ni vacíos el contenido textual del documento público denominado Acta de

Transacción; vio y captó acertadamente lo que él indica, y admitió, en principio, su alcance probatorio propio, en cuanto hace fe de su otorgamiento, de su fecha, y de que en realidad se hicieron las declaraciones que allí se registran (Código de Procedimiento Civil, artículo 264).

Ocurrió sin embargo que el ad quem, registrando la existencia de este documento y aceptando su autenticidad y dando fe a su contenido, le negó toda validez jurídica por considerar que las manifestaciones hechas allí por el trabajador no provenían de un acto voluntario y libre. Y a esta desestimación jurídica —que no fáctica— llegó el sentenciador con base exclusivamente en la prueba testimonial, de la cual dedujo razonadamente que el intento de autocomposición de que da fe el documento fue ilegal, nulo y sin efecto.

De otra parte, no es manifiesto ni evidente que el Tribunal afirme que el actor carecía de discernimiento y era incapaz para tomar decisiones valederas sobre su relación laboral, en lo cual consistiría el cuarto y último error de hecho imputado en el cargo. La sentencia, apreciada en su conjunto, sostiene únicamente que la manifestación de voluntad hecha por el trabajador el día 12 de diciembre de 1976 ante la Alcaldesa Municipal de Amagá, estuvo afectado por vicios del consentimiento, teniendo en cuenta las circunstancias particulares y concretas en que se encontraba el actor, detectadas a través de la prueba testimonial. En ella, pues, se basó la sentencia atacada, y el error en que se pudo incurrir al hacerlo así no da lugar a casación por no ser prueba calificada y por no ser posible su revisión en el recurso, a menos que se constate previamente que se incurrió en error evidente y manifiesto en relación con otras pruebas, ellas si calificadas, de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1959. El anterior análisis constituye base suficiente para decidir la no prosperidad del cargo, puesto que no se encuentran los errores dichos en la errónea apreciación o en la falta de estimación de las pruebas calificadas. Adicionalmente, sin embargo, considera la Sala que convie-

ne indicar someramente las normas legales aplicables al caso.

El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 establece que el contrato de trabajo termina, entre otros casos, "por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento" (e). En estos eventos de terminación legal del contrato, no es necesario que una parte manifieste a la otra "en el momento de la extinción, la causal o motivo", en aplicación del párrafo del artículo 7º del citado decreto, pues en éste último caso se trata de la determinación unilateral de dar por terminado el contrato, fenómeno distinto al de las causales legales de terminación de que trata el artículo inmediatamente anterior. No tiene razón el opositor, por lo tanto, cuando aduce que hubo despido ilegal por haberse omitido esa manifestación.

De otra parte, en el evento de terminación del contrato "por liquidación o clausura definitiva de la empresa" —hipótesis que contempla el cargo— "el patrono debe notificar al trabajador la fecha precisa de la liquidación definitiva", procedimiento que no consta en autos. Tampoco se dio cumplimiento al artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo que reglamenta el cierre de empresas que no son de servicio público.

Finalmente conviene observar que si bien es cierto que de la disolución de una sociedad se sigue su liquidación (Código de Comercio artículo 222), y de ella se sigue la venta o traspaso de los bienes sociales (ibidem 238), dicha operación —que no se demostró en el proceso— en tratándose de una finca o hacienda no implicaría de por sí —forzosamente— la terminación de los contratos de trabajo.

En cuanto al artículo 246 ibidem, base de la alegación jurídica del recurrente, observa la Sala que se refiere a la forma de pago de las pensiones de jubilación a "que está obligada" la sociedad disuelta, pero no consagra la obligación de transar y commutar pensiones no reconocidas, que fue lo que hizo la empresa en el presente caso. Por lo demás, tampoco se cumplió esta norma ya que no se tuvo en cuenta el valor actual de la pensión a que tenía dere-

cho el actor, de acuerdo con su vida probable.

En razón de lo antes expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo

Se propone y sostiene en los siguientes términos:

"La sentencia impugnada violó por aplicación indebida a través de errores de hecho, el artículo 1º de la Ley 52 de 1975".

"El error de hecho consistió en no dar por demostrado estandolo, que Hijos de Rafael Navarro y Eusse pagaron a Carlos Enrique Betancur, los intereses de cesantía debidos".

"Las pruebas dejadas de apreciar, fueron:

"a) La inspección judicial, folios 47 a 51;

"b) El recibo que en fotocopia aparece al folio 54; y

"c) El interrogatorio de parte de Carlos Enrique Betancur folios 101 y 102".

Demostración.

"Para dar fundamento a la condenación por intereses de la cesantía, el fallador solamente dijo: "Los intereses valen \$ 3.116.50".

"En el interrogatorio de parte de Carlos Enrique Betancur, folio 102, se lee:

"9º Es cierto, si o no, que también la empresa demandada le pagó los intereses sobre las cesantías..? CONTESTO: Ya a lo último liquidaron hay lo que quisieron por los intereses de cesantía, como no dejaban recoger nada lo que dieron fue cualquier cosa hay, ellos hicieron con nosotros lo que quisieron porque hubo que aceptar lo que ellos dijeron a las buenas o a las malas porque ellos decían que el que recibiera perdía el trabajo y el que no recibiera perdía el trabajo y perdía lo que le tocara, entonces hubo que recibir lo que dieran".

"En esa respuesta el trabajador confiesa que le pagaron intereses a la cesantía, ya que expresamente acepta haber recibido pago por tal concepto. Las otras expresiones del absolvente no desvirtúan la confesión porque se refieren a hechos indeter-

minados o que no se relacionan con el pago de los intereses".

"Para corroborar el pago de los intereses de la cesantía, existe el recibo cuya fotocopia aparece al folio 54 y que fue debidamente confrontado con el original y la juez autenticó en la propia inspección judicial. Este recibo demuestra uno de los pagos de intereses, que el trabajador confiesa en forma general, pues sus críticas no conciernen un hecho que desvirtúe tales pagos, pues son conceptos sobre lo que considera reducido, pero sin explicar o determinar lo que considera que dejaron de pagar".

"Si el sentenciador hubiera estimado la confesión indicada, habría encontrado que Hijos de Rafael Navarro y Eusse pagaron al demandante los intereses de la cesantía. Como el fallador no estimó la prueba señalada, incurrió en el evidente error de hecho de creer que no se habían pagado esos intereses, y aplicó indebidamente el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 al condenar al cumplimiento de una obligación que estaba satisfecha, cuando sin el mencionado error habría tenido que absolver de tales intereses".

"Reitero mi solicitud de que se case la sentencia impugnada en cuanto aumentó la condena por intereses, en su lugar se confirme lo dispuesto sobre tal punto en la sentencia de primera instancia, pues no se puede pedir la absolución pertinente, por no haberse apelado de la providencia de primer grado".

El opositor sostiene que el Tribunal "condenó a pagar la suma que aún faltaba por pagar hasta completar la que realmente se adeudaba por tal concepto".

Se considera

En el interrogatorio de parte rendido por el actor se lee:

"Pregunta 9ª. Es cierto, si o no, que también la empresa demandada le pagó los intereses sobre las cesantías? CONTESTO: Ya a lo último liquidaron hay (sic) lo que quisieron por intereses de cesantía, como no dejaban recoger nada lo que dieron fue cualquier cosa hay (sic) . . ." (folio 102).

De otra parte, en la inspección judicial se registró la existencia del Recibo número

1667 según el cual se le pagó al actor, el 12 de diciembre de 1976, la suma de \$ 362.54 por concepto de los intereses correspondientes a una cesantía por valor de \$ 2.132.56. Es este el mismo recibo que cita el recurrente y que obra a folios 54.

Examinando estas dos pruebas, ambas calificadas al tenor del artículo 7º de la Ley 16 de 1959, encuentra la Sala que ellas concurren para demostrar plenamente el pago que indica el recibo. No tuvo en cuenta el Tribunal estas pruebas calificadas, y a consecuencia de tal error de hecho, evidente y manifiesto, se abstuvo de autorizar la deducción de esa suma del monto al que condenó por concepto de intereses a la cesantía. En tal virtud, ha de prosperar parcialmente el cargo.

El alcance de la confesión, sin embargo, se limita a lo ya indicado —a juicio de la Sala— y no implica la prueba de un pago total y exhaustivo como lo pretende el recurrente.

La Ley 52 de 1975, reglamentada por el Decreto 116 de 1976, establece que todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos en 31 de diciembre de cada año, en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de la prestación. De no hacerlo, deberá el patrono cancelar al asalariado, a título de indemnización, un valor adicional igual al de los intereses causados (Ley 52, artículo 1º). El primer pago debió hacerse en el mes de enero de 1976, con base en los saldos de cesantía que tuviere a su favor el trabajador el 31 de diciembre de 1976 (Decreto 116, artículo 2º).

En el presente caso la demandada demostró —como queda visto haber pagado \$ 362.54 sobre una cesantía por valor de \$ 2.132.56, el 12 de diciembre de 1976, cuando terminó el contrato. Habiéndose demostrado en el juicio que el valor adeudado por cesantía en esa fecha era de \$ 25.987.00 —según el Tribunal—, éste procedió a condenar al 12% de tal suma. Descartó el ad quem la validez de anticipos de cesantía no autorizados (folio 144). En tales circunstancias, encuentra la Sala que no se condenó al patrono al pago de los intere-

ses causados a 31 de diciembre de 1975, el que debió hacerse en enero de 1976, ni a la indemnización correspondiente, errores estos por defecto en el fallo acusado, que esta Sala no puede enmendar de oficio.

En estas circunstancias, forzoso es limitar el alcance de la confesión del trabajador al reconocimiento del pago efectuado "a lo último", confirmado además con prueba documental. Resulta evidente que la aludida confesión tiene alcance probatorio preciso y limitado, y que no implica el reconocimiento de un pago total, como lo pretende el recurrente.

En efecto, dentro de las circunstancias arriba indicadas, esa confesión deja de ser precisa, expresa y consciente, más allá de su limitado alcance lógico (Código de Procedimiento Civil, artículo 195).

En virtud de lo expuesto el cargo prospera parcialmente y habrá de casarse la sentencia en cuanto no reconoció el pago parcial de intereses a la cesantía, antes demostrado.

Tercer cargo

"La sentencia impugnada violó por aplicación indebida a través de errores de hecho, los artículos 15 del Código Sustantivo del Trabajo, 2469 del Código Civil, 246 del Código de Comercio y 8º de la Ley 171 de 1961".

"Los errores de hecho fueron:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la transacción se hizo sobre una indemnización; y

"b) No dar por demostrado estándolo, que la transacción versó sobre la pensión de jubilación que pudiera corresponder al trabajador".

"La prueba mal apreciada fue el acta de transacción que aparece en copia al folio 37 y en fotocopia al folio 58".

En la demostración del cargo cita el recurrente la llamada Acta de Transacción, y observa que en ella se transige la pensión y no la indemnización, y que sobre la primera había diferencias en cuanto al tiempo servido y era por tanto derecho incierto

y discutible. Que se puede transigir además sobre el valor total de las pensiones, por ser indeterminado. Acepta que el Acta no tiene el valor de conciliación que se intentó darle, pero afirma que si lo tiene de transacción, de acuerdo con el artículo 2469 del Código Civil y el 15 del Código Sustantivo del Trabajo, la que además obedece a un mandato del artículo 245 del Código de Comercio para casos como el que se estudia.

Termina diciendo:

"Si el sentenciador no hubiera cometido los errores de hecho anotados, habría encontrado que la transacción no versó sobre indemnización alguna sino sobre la prestación llamada pensión de jubilación, habría sabido que la transacción versó sobre derechos inciertos, indeterminados y habría dado validez a ese contrato, en la aplicación correcta de los artículos 15 del Código Sustantivo del Trabajo, 2469 del Código Civil y 246 del Código de Comercio, y consecuencialmente y en aplicación correcta del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, habría absuelto a la demandada de la pensión solicitada. Como no lo hizo, violó las normas indicadas, a través de los evidentes errores de hecho señalados".

"Con el presente cargo, pretendo que se case la sentencia impugnada en cuanto condenó a la parte demandada a pagar pensión de jubilación, y que en su lugar se confirme la absolución que por tal concepto contiene la sentencia de primera instancia".

El opositor, luego de reasumir el cargo, dice:

"Dando por admitido, por razón de su sola afirmación del casacionista, sin exigirle ninguna argumentación para demostrar su acerto, que el Tribunal se equivocó y que realmente se transigió sobre la Pensión de Jubilación, veremos cómo está equivocado el cargo, que no puede admitirse y que, por lo mismo, debe ser rechazado".

"Las bases sobre las cuales se fundamenta la sentencia son las siguientes:

"a) Un tiempo laborado por el demandante, al servicio de la sociedad demandada, de 15 años, 8 meses y 29 días. Cabe

observar que en ésta base el Tribunal modificó la base tomada por el Juez *a quo*, quien en la sentencia de primera instancia fijó el tiempo de servicio en 16 años. Modificación discutible por cuanto la parte demandada no apeló de la sentencia”.

“b) Que el demandante tiene una edad superior a los 50 años, ya que nació el 7 de junio de 1921. Ello, por el momento de la terminación del contrato de trabajo”.

“c) Que el trabajador fue despedido injustamente por la sociedad demandada”.

“Las anteriores bases de la sentencia no han sido atacadas en este cargo; por ello, permanecen incólumes. De ahí ha de colegirse que el derecho a la pensión de jubilación, por el demandante deprecada en la demanda, se erige como una consecuencia lógica puesto que así lo ordena el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Es decir, el derecho a tal pensión es, para él.

Un derecho cierto e indiscutible

Cita luego doctrina sobre lo que es “derecho cierto”, se refiere al artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo y al 246 del Código de Comercio, y concluye:

“En tales condiciones, el acta, de la cual se quiere derivar la anulación de la sentencia acusada en casación, deja en muy malas condiciones la validez del pretendido contrato de Transacción, si se compara el Valor actual de la Pensión de Jubilación, conforme a lo ordenado por la ley comercial, y el valor pagado por la sociedad demandada, al trabajador, de sólo treinta mil pesos (\$ 30.000.00). Bien hace el distinguido apoderado de la sociedad demandada en guardar completo silencio a éste respecto; es que semejante cantidad seguramente lo hizo sonrojar y éste estado le impidió mencionarla siquiera en su demanda”.

“Calcula luego el valor futuro de una pensión de jubilación para un “individuo” de 55 años, con una vida probable de 17 (17.59) sobre la base del salario mínimo de \$ 1.560.00, lo que daría \$ 344.760.00 o cuando menos \$ 215.105.93 si se considera la pensión de \$ 973.33 señalada por el Tribunal”.

Finalmente anota:

“Que en el acta se dejó constancia que no había acuerdo sobre el tiempo servido, elemento fundamental a la determinación del derecho, la época desde la cual ha de realizarse el pago, la cuantía etc.? Ello no tiene la virtud de cambiar lo cierto e indiscutible en incierto y discutible. Y no puede cambiarlo, por lo siguiente:

“Conforme al artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, toda empresa obligada al pago de pensiones de jubilación debe conservar en sus archivos los datos que permitan establecer “...de manera precisa..., el tiempo de servicio y los salarios devengados, y que la sociedad conocía, “...de manera precisa...”, el tiempo que laboró el trabajador nos lo está diciendo el informe rendido en el proceso, al momento de la diligencia de inspección judicial, el empleado de la misma sociedad, quien lo señala en 15 años, 8 meses y 29 días. Es decir, un tiempo suficiente para que la Pensión de Jubilación por despido injusto se configure como un derecho en quien haya cumplido una edad superior a los 50 años. Y el demandante ya los había cumplido”.

“De tal manera, resulta claro que el no anotar en el acta el tiempo de servicio en nada cambia las cosas. El hecho es que si los había laborado y que por ello esos 15 años, 8 meses y 29 días hacen nacer el derecho a la pensión de jubilación en el demandante. Todo cuanto se diga es contrario es mera palabrería”.

Se considera

Dijo el Tribunal en la sentencia acusada:

“*De tal suerte que la llamada Acta de Transacción no tiene valor alguno, primero, porque sobre las indemnizaciones no se puede transigir y los alcaldes no son funcionarios competentes para la celebración de audiencias de conciliación. La primera porque, la esencia de la transacción es que las partes se hagan mutuas concesiones y la indemnización constituye un derecho cierto e indiscutible (Casación de noviembre 19 de 1959) y el funcionario ante quien*

se realizó era incompetente". (folio 143 Subraya la Sala).

Tiene razón el recurrente, en principio, ya que el Tribunal, equivocadamente, afirma que el Acta se refería a la indemnización, cuando es lo cierto que su objetivo era el de transigir sobre un posible derecho a pensión de jubilación.

Debe observarse, sin embargo, que el Tribunal le negó toda validez jurídica al documento en mención, y el acuerdo que en él se registra, —conforme se indica en el estudio del primer cargo— y a partir de tal supuesto encontró configurada la terminación unilateral del contrato por parte del patrono, sin justa causa demostrada.

En el presente cargo se refiere únicamente a la condena del ad quem a pensión proporcional, pero no ataca el verdadero soporte de la sentencia, que no fue otro que el de considerar demostrada la ocurrencia de un despido injusto, del cual la condena aquí atacada es simple consecuencia.

La desestimación por el Tribunal del documento en mención queda por tanto como soporte intocado y suficiente de la condena a pensión.

En efecto, el párrafo de la sentencia en el cual se encuentran los errores señalados por el recurrente, fue apenas uno de los argumentos que sirvieron al Tribunal para sustentar su decisión. El argumento principal, que el cargo no ataca, está contenido en el párrafo siguiente de la sentencia, que dice: "En esas condiciones, como la empresa sostiene que el trabajador se retiró voluntariamente y está demostrando lo contrario, es preciso dar aplicación a la Ley 171 de 1961" (folios 143 y 144. Subraya la Sala).

Estimó así el ad quem que la pretendida transacción no se perfeccionó o fue nula, por falta de los requisitos legales para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, y llegó a tal conclusión con base en el análisis de la prueba testimonial, como se indica en el estudio del primer cargo. Queda entonces suficientemente sustentada la sentencia, pese al error antes indicado.

No prospera el cargo, en consecuencia.

El recurso de la parte demandante

Consta de cuatro cargos, con fundamento en las causales primera y segunda (2^a) de casación, y el alcance de la impugnación es el siguiente:

"Me propongo, por este medio, tratar de obtener la anulación parcial de la sentencia que acuso en casación, que como dije es la proferida el día 8 de agosto de 1978 en el proceso ordinario de Carlos Enrique Betancur contra la Sociedad "Hijos de Rafael Navarro y Eusse Limitada", para que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, enmiende las siguientes tres violaciones de la ley en que considero se incurrió por el Tribunal de segunda instancia: a) El haberse hecho más gravosa la situación de la parte que recorrió en apelación al disminuir la cuantía de las cesantías y señalar un tiempo de servicio diferente, e inferior, al señalado en la sentencia de primera instancia, no recorrida en apelación, por la parte demandada; b) Al estimar que el artículo 2^º de la Ley 4^a de 1976 sólo le es aplicable a las Pensiones Plenas de Jubilación y no a las proporcionales; y c) Al no aplicar el artículo 1^º de la misma Ley 4^a de 1976 al caso en estudio en cuanto a los aumentos decretados por ésta en beneficio de los jubilados, ni aplicar el artículo 5^º de la misma Ley 4^a de 1976 en cuanto decreta en favor de los pensionados una prima anual a cargo de las personas que tienen a su cargo el pago de la Pensión".

Primer cargo

Se propone en los siguientes términos:

"Con fundamento en la causal primera de Casación Laboral, del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el Decreto 528 de 1964, artículo 60, y éste a su vez, modificado por las Leyes 17 de 1968 y 17 de 1969, denuncio violación directa de las Leyes 171 de 1961, artículos 8^º, de la Ley 4^a de 1976, artículos 1^º, 2^º y 3^º de los artículos 260 y 275 del Código Sustantivo del Trabajo. De los Decretos números 2371 de 1977 artículos 1^º

2º y 3º número 1623 de 1976 en sus artículos 1º, 2º y 3º el número 2831 de 1976 en sus artículos 1º y 2º, así como también las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1973, por interpretación errónea de las anteriores normas de Derecho Sustancial".

Al sustentar el cargo el recurrente resume la sentencia acusada, cuando determinó la cuantía de la pensión, y enuncia principios generales de hermenéutica con base en el artículo 27 del Código Civil según el cual "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Y dice: "Me he permitido hacer algunas breves anotaciones sobre lo anterior por cuanto, como puede verse de la parte de la sentencia que se ha dejado transcrita, en ninguna parte se aduce que las normas legales que se dejan de lado, los Decretos 1623 de 1976, 2371 de 1977 y 2831 de 1978, invocando una permanencia de la proporcionalidad supuestamente establecida por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, haya confusión o falta de claridad. Por el contrario, sin así afirmarlo, se dejan de lado normas legales de carácter sustantivo claras como las que más para llegar a un solo resultado: Excluir del beneficio del artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 las pensiones proporcionales o reducidas y limitar sus alcances sólo a las plenas de Jubilación e invalidez".

"Pero, será que realmente existe alguna oscuridad en el texto de la norma legal cuya aplicación al presente caso, se impetró? Será que, acaso, la disposición del artículo 2º de la Ley 4ª de 1976, en complementación con el artículo 1º de la misma ley, es ininteligible por sí misma para que se la someta a la tortura de la interpretación y así llegar al recorte de sus alcances? No. Para el suscripto, las normas pertinentes no podrían ser de una claridad mayor:

"En efecto:

"El artículo 2º de dicha Ley 4ª de 1976 establece perentoriamente: "...Las pensiones a que se refiere el artículo anterior no podrán ser inferiores al Salario Mínimo mensual más alto, ni superiores a 22 veces éste mismo salario". A su vez, el artículo

primero de la misma ley determina cuáles son las pensiones a que se refiere el artículo segundo cuando establece expresamente "Las Pensiones de Jubilación, Invalidez, Vejez y supervivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año...".

"Yo pregunto: Puede darse mayor claridad legal? Puede una ley ser más explícita? Cuando el mencionado artículo segundo, para precisar a qué pensiones se hace extensivo su beneficio, estatuye que se aplicará a las precisadas en el artículo anterior, el primero, y éste determina con toda claridad que se aplicará a las Pensiones de Jubilación, Invalidez, Vejez y Supervivencia, de todos los sectores, estará excluyendo alguna? Estará determinando que no se aplica sino a las plenas, como lo entiende el Tribunal sentenciador, y no a las proporcionales o restringidas? No, señor Magistrado. La ley ha sido redactada en forma tal que las comprende a todas, que no se excluye ninguna. Y no puede olvidarse que donde la ley no distingue no es dado al intérprete distinguir".

"Entonces, el primer argumento para concluir que la exégesis interpretativa que el Tribunal Superior ha hecho de las normas legales aquí invocadas como violadas, por Interpretación Errónea, radica en que el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 no excluye de sus beneficios las pensiones proporcionales o restringidas, que, por el contrario, la forma como aparece redactada las comprende a todas sin distinción alguna, sin que le sea dado al intérprete hacer distinciones, y que, por ello, dicho artículo de la ley es aplicable a tales pensiones".

"...En la exposición que el Tribunal hace de las razones por las cuales el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 no es aplicable sino a las Pensiones Plenas de Jubilación pero no a las Pensiones Proporcionales o Resringidas de que trata la Ley 171 de 1961, y tras precisar que éstas nacen de circunstancias especiales consignadas en el artículo 8º de dicha Ley 171, siendo su cuantía proporcional, directamente, a la que le ha-

bria correspondido en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena de jubilación, analiza el contenido del inciso cuarto del citado artículo octavo de la Ley 171 de 1961 (que a la letra dice: En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación") para concluir, con evidente y manifiesto error de exégesis, como allí se establece que "... la proporcionalidad debe continuar, tomando en cuenta, desde luego, que ello no puede hacerse sobre salarios inferiores al mínimo legal más alto".

"Está suficientemente claro y establecido por la ley en forma expresa que la pensión prevista por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 ha de ser en su cuantía, directamente proporcional a la que le habría correspondido de llenar a plenitud todos los requisitos exigidos por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo pero estimo equivocada la interpretación que se le dá al inciso cuarto de dicho artículo para de ahí concluir que la proporcionalidad debe continuar, aún en el caso de las pensiones mínimas".

"Lo que dicha norma legal, en su inciso cuarto, establece es que "en todos los demás aspectos", es decir con exclusión de la determinación de la cuantía, dicha pensión ha de regirse por el Estatuto de la Pensión Plena de Jubilación. Escúchese bien: No dice que la proporcionalidad debe continuar siempre, como lo ha entendido el Tribunal, sino que "en todos los demás aspectos" ella se rige por las normas legales de la pensión vitalicia de Jubilación".

"La cuestión, entonces, quedará clarificada si tratamos de precisar qué quiso decir el legislador de 1961, en la Ley 171 y su artículo 8º, inciso cuarto, con la expresión "En todos los demás aspectos". La pregunta será a no dudarlo, la siguiente: Cuáles son esos "demás aspectos" a que se refiere la ley?

"Para el suscrito, resulta de manifiesta claridad que los "demás aspectos" a que se refiere la citada ley no son otros que: a) El derecho a devengar una prima en el mes de diciembre, equivalente a una mensada de la pensión, en forma adicional a ésta; b) El derecho a que dicha pensión se

transmita, por muerte, a sus herederos, conforme a la ley; c) El derecho a que el pensionado reciba asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; d) El derecho a que por la entidad a cargo de la cual corre la pensión se pague sus exequias, en la forma y cuantía determinada por la ley; e) El derecho a permanentes y constantes reajustes de su pensión, etc. Todo, en la forma y términos de los artículos 260 y 275 del Código Sustantivo del Trabajo, de las Leyes 10 de 1972, 33 de 1973, 12 de 1975 y 4ª de 1976 y 44 de 1977".

"Pero es incuestionable que dentro de esos "demás aspectos" queda comprendida la cuestión relativa a las pensiones mínimas. A ello ha de llegarse, como una conclusión lógica, si analizamos la cuestión en la forma siguiente:

"El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo establece la cuantía de la pensión plena de jubilación será de un 75% de la suma que el trabajador estuviere devengando durante el último año de servicio. Pero esa cuantía sufre modificaciones, con el transcurso del tiempo, ya por razón de los aumentos a que legalmente tiene derecho el pensionado, hoy en razón de la Ley 4ª de 1976, cuya validez para éstas nadie ha discutido jamás, y por la circunstancia de que en cualquier momento esa pensión plena llegue a quedar por debajo del salario mínimo legal mensual más alto. En éste evento, aquel principio del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo se quiebra para darle paso a la norma del artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 que establece que dicha pensión no puede ser inferior a dicho mínimo".

"Es decir, el principio general se quiebra en favor de las pensiones mínimas para darle paso a la Ley 4ª de 1976, artículo segundo".

"De la misma manera, el principio de la proporcionalidad de la cuantía de la pensión establecida por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 se mantiene durante su existencia, con relación a las Pensiones Plenas de Jubilación. Pero cuando ellas entran en el otro aspecto, en el aspecto de las pensiones mínimas, también han de sufrir el quiebre del principio general, de la proporcionalidad, para darle paso al de que

ellas no puedan ser inferior al Salario Mínimo legal más alto, como lo manda terminantemente el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976".

"Es que el principio de las pensiones mínimas aplicables a las Pensiones Plenas de Jubilación es uno de esos 'demás aspectos' en que las pensiones de la Ley 171 de 1961, artículo 8º, se rige por el estatuto correspondiente a éstas: a las Pensiones Plenas de Jubilación. Así lo establece el inciso cuarto de dicha Ley 171 de 1961, artículo 8º".

"No lo ha entendido así el Tribunal sentenciador, con manifiesto error de interpretación de las normas legales aquí invocadas como violadas por éste aspecto. Luego la sentencia debe ser anulada para restablecer el imperio de la ley sustantiva".

"Y aún suponiendo, en gracia de discusión, que del artículo 8º, inciso cuarto, de la Ley 171 de 1961 se siguiera que la proporcionalidad debe mantenerse, como lo entiende el Tribunal sentenciador, ello implica un gran error de interpretación de la norma legal citada, frente a la vigencia de la Ley 4ª de 1976, artículo segundo".

"Porque en el fondo del problema no habría más que una colisión de normas legales y sería necesario entender cuál de ellas quedaría vigente y aplicable al caso controvertido: si el inciso cuarto del artículo octavo de la Ley 171 de 1961, del cual deduce el Tribunal que la proporcionalidad debe mantenerse a toda costa, o la Ley 4ª de 1976, en su artículo segundo, que dispone que las pensiones de que trata el artículo primero de la misma ley, es decir las pensiones de Jubilación, Invalidez, Vejez y Supervivientes en todos sus órdenes, no pueden ser inferiores al salario mínimo legal más alto".

"Así las cosas, resulta incuestionable que la Ley 4ª de 1976, en sus artículos primero y segundo, por posterior y por especial ya que se refiere a las pensiones mínimas, tendría plena validez y vigencia por sobre los mandatos de la norma primeramente citada".

"No lo entendió así el Tribunal y por ello se tiene un nuevo motivo de anulación de la sentencia".

"Se ha dicho en ésta demanda que el artículo primero de la Ley 4ª de 1976 comprende todas las pensiones, sin excluir ninguna. Y al momento actual he de reconocer que quizás haya en ello un poco de exceso ya que allí si se establece una excepción: Luego de precisar a qué pensiones se aplica el aumento consignado en el artículo primero, y por ende, por que así lo dispone expresamente, a cuáles se les aplica el derecho consignado en el artículo segundo, ese artículo primero establece perentoriamente: "...a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial....".

"Con todo, precisamente al consagrarse dicha excepción la ley está dando un argumento mayor para concluir que el Tribunal Superior, Sala Laboral, se ha equivocado flagrantemente en la interpretación de éstas normas legales, y en la contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, haciendo más imperativa la conclusión de que la sentencia debe anularse, casarse, para restablecer el imperio de la ley sustantiva".

"En efecto:

"Ya vimos, en pasajes anteriores, cómo el Tribunal sentenciador cree encontrar en la norma del inciso cuarto del artículo octavo de la Ley 171 de 1961 que la proporcionalidad en cuanto a la cuantía de las pensiones que ésta norma legal contempla debe continuar con relación a las plenas de jubilación".

"Y vemos también aquí cómo el artículo primero de la Ley 4ª de 1976, tras de precisar a qué pensiones ha de aplicarse el reajuste y el beneficio de la pensión mínima contenidos en los artículos primero y segundo de dicha ley, excluye de ellos a las pensiones por incapacidad permanente parcial.

"Pero no vaya a creerse que dicha Ley 4ª ha excluido definitivamente dichas pensiones por incapacidad permanente parcial de los beneficios del reajuste. No por el contrario, luego de ocuparse de regular lo concerniente a las pensiones comprendidas en la regla general pasa a establecer en su artículo tercero, cómo se revalorizarán esas

pensiones excluidas por el artículo primero”.

“Así, dispone al efecto: Artículo 3º ‘Las pensiones por incapacidad permanente parcial reconocidas por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, SE REVALLORIZARAN en forma tal que MANTENGAN LA MISMA PROPORCIÓN QUE TENIAN EN EL MOMENTO DE SU OTORGAMIENTO EN RELACION A LA CORRESPONDIENTE PENSION DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, REVALLORIZADA...’ (mayúsculas mías)”.

“Como puede observarse, la misma Ley 4^a de 1976 acoge y dispone al mantenimiento de la proporcionalidad de las pensiones por incapacidad permanente parcial con las pensiones por incapacidad permanente total, revalorizada ésta. Que es, precisamente, el mantenimiento de la misma proporcionalidad que pregonó el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, para las pensiones proporcionales o restringidas de la Ley 171 de 1961, artículo 8º, con relación a las Pensiones Plenas de Jubilación.

“Fácil resulta, entonces, concluir el error de interpretación en que ha incurrido el Tribunal Superior de Medellín, en la sentencia atacada en casación, que da base para la casación o anulación de dicha sentencia por haber sido violadas en esa forma, tanto la Ley 171 de 1961, artículo 8º como los artículos 260 y 275 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 1º y 2º de la Ley 4^a de 1976 y los Decretos número 1623 de 1976, número 2371 de 1977 y número 2831 de 1978, todos estos decretos señalan las cuantías de los salarios mínimos en el país, como aquí se ha venido solicitando”.

“Y resulta fácil concluirlo por cuanto si la intención hubiere sido mantener la proporcionalidad para las pensiones restringidas de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, como lo pregonó el Tribunal, lo habría dicho expresamente en la excepción, como así lo dijo con relación a las pensiones por incapacidad permanente parcial que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. El hecho de guardar silencio con relación a las primeras no está indicando que siguen la norma gene-

ral. No, de ninguna manera, que sigan el camino de la excepción”.

“No lo entendió así el Tribunal, con manifiesto y claro error de exégesis. Y éste error impone la anulación aquí impetrada”.

Finalmente hace un recuento histórico de la legislación sobre las pensiones mínimas, que las ha cubierto a todas, excepto en la Ley 7^a de 1967, cuando se benefició tan solo a las pensiones plenas.

El opositor observa que el cargo se refiere a normas que nada tienen que ver con el caso de autos (Leyes 17 de 1968 y 17 de 1969, artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo) o que son posteriores a la demanda (Decretos 2371 de 1977 y 2831 de 1978).

Agrega: “La impugnación se refiere a las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1973, sin determinar las normas violadas en concreto, lo cual hace inapreciable el ataque, ya que la jurisprudencia ha exigido constantemente la determinación de los preceptos que se pretenden violados, y ha desestimados las acusiones relativas a todo un estatuto”.

“En la sentencia de 8 de agosto de 1978, el fallador no hizo exégesis alguna de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 8º de la Ley 171 de 1961, y 1º, 2º y 3º de la Ley 4^a de 1976. Simplemente dijo haber encontrado probados los hechos que determinaban el derecho a pensión reducida de jubilación, y aplicó un salario mínimo vigente en el momento de la demanda, para calcular el valor de las mesadas pensionales”.

Cita la sentencia complementaria del *ad quem* de 29 de septiembre de 1978, la transcribe en parte y concluye que el Tribunal aplicó la Ley 4^a de 1976, pero no la interpretó; y que su tesis en el sentido de que “las normas legales, que confieren derechos expresos a los pensionados, no son materia de reconocimiento expreso, cuando ello se origine en la ley y cuando ya se haya hecho el reconocimiento de la calidad de pensionado del ex-trabajador”, fue un soporte del fallo no impugnado por el recurrente.

Termina afirmando: “Por otra parte, la aplicación del artículo 2º de la Ley 4^a de

1976 a las pensiones reducidas o proporcionales, desvirtuaría completamente el derecho consagrado en la ley, porque haría en relación con el salario mínimo, iguales las pensiones que la ley ha consagrado distintas, ya que después de los quince años de servicios se tendría la misma pensión igual al salario mínimo, que la del trabajador que sirvió por veinte años, o sea que desaparece la proporcionalidad que consagra la misma ley y que corresponde a un real sentido de justicia. Debe desestimarse el primer cargo".

Se considera

No tiene razón el opositor, a juicio de la Sala, en los reparos de orden técnico que formula. Debe entenderse, lógicamente, que las Leyes 17 de 1968 y 1969, son las número 16 de esos años, sobre causales de casación laboral, citadas correctamente en los otros tres cargos, sin que, de otra parte, sea indispensable su mención expresa. El artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y los Decretos 1977 y 1978, sobre salarios mínimos, tienen relación directa con las tesis sustentadas por el recurrente. Procede por lo tanto el examen de fondo.

El Tribunal, en el cuerpo principal de su sentencia de agosto 8 de 1978, se limitó a indicar que el salario mínimo era de \$ 55.00 (sic) diarios y a señalar en \$ 973.33 la cuantía mensual de la pensión proporcional que debía pagar la sociedad demandada. En la sentencia complementaria de septiembre 29 de ese mismo año, explicó así esa decisión:

"En lo que respecta a la aplicación de la Ley 4^a de 1976, que dispone que ninguna pensión de jubilación podrá ser inferior al salario mínimo legal más alto, debe entenderse que la norma se aplica a la pensión plena de jubilación, como lo ha venido sosteniendo la Sala Plena de este Tribunal, porque la pensión consagrada por la Ley 171 de 1961, en su artículo 8^o nacen de circunstancias consagradas en la citada ley y en el inciso tercero señala la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicio de la que le habrá 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 en el inciso cuarto, dice que "En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación", dejando así, claro, que la proporcionalidad debe continuar, tomando en cuenta desde luego, que ella no puede hacerse sobre salarios inferiores al mínimo legal más alto".

Es evidente para la Sala que el Tribunal interpretó el artículo 2^o de la Ley 4^a de 1976 en relación con el artículo 8^o de la Ley 171 de 1961, para llegar a la conclusión exegética de que la pensión mínima señalada por aquella debía aplicarse en la misma proporción dispuesta para las pensiones especiales que establece esta última norma. No tiene razón entonces el opositor, al afirmar que hubo aplicación y no interpretación, y se procede a estudiar el punto.

Dice el artículo 2^o de la Ley 4^a de 1976 que "las pensiones a que se refiere el artículo anterior (las de 'jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el ICSS a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial...') no podrán ser inferiores al salario mínimo legal más alto..." (subraya la Sala).

En primer lugar se observa que el texto de la ley es claro y categórico, y se refiere a todas las pensiones de jubilación del sector privado, con una sola excepción expresamente referente a las pensiones del ISS por incapacidad permanente parcial, lo cual viene a confirmar la generalidad y universalidad del mandato legal. "Inclusio unius est exclusio alterius", según el conocido aforismo jurídico.

Contra esta conclusión literal de un texto claro, aduce la doctrina del Tribunal Superior de Medellín una complicada y discutible interpretación del artículo 8^o de la Ley 171 de 1961 cuando en su último párrafo, luego de establecer que las pensiones especiales por despido injusto o por retiro voluntario —con una relativa antigüe-

dad en el tiempo de servicios— deben ser proporcionales a la pensión plena, establece que “en todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación”.

No considera la Sala que ésta expresión legal, general y equívoca, pues sólo busca llenar posibles vacíos, permita desatender el tenor literal del mandato contenido en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 para concluir que el mínimo absoluto allí establecido, se convierta en un mínimo relativo y proporcional. Por el contrario “los demás aspectos” a que se refiere la norma (sustituciones, aumentos, auxilios), que son generales para toda clase de “pensión de jubilación” cubrirían también el valor mínimo, que luego estableció la Ley 4ª de 1976, para todas las pensiones. Así, nada se oponía a que en la Ley 171 de 1961 la proporcionalidad, que es una norma general para las pensiones especiales o restringidas, dejé de aplicarse por excepción el valor mínimo, por mandato expreso de una ley posterior, tal como ocurrió.

Sin olvidar que, en el supuesto de existir un verdadero conflicto entre las normas de 1961 y de 1976, antes citados, o una duda sobre su aplicación estando ambas vigentes, habría de resolverse en favor del ex-trabajador según la prevalencia establecida por el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, no son concluyentes los argumentos de equidad aducidos por el opositor, si se tiene en cuenta el valor de subsistencia que tiene el salario mínimo, vital o familiar según la ley (artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo) y si se considera que las pensiones especiales, restringidas o proporcionales establecidas por la Ley 171 de 1961, por las condiciones que exigen y las circunstancias que suponen, merecen también esa garantía legal de un valor mínimo conforme con el costo de la vida.

Tiene razón el recurrente, por tanto, en esta parte de su ataque, por interpretación errónea de las normas citadas, y habrá de casarse la sentencia censurada de acuerdo con el punto b) del alcance de la impugnación en el sentido de disponer que

la pensión a que tiene derecho el actor era de \$ 1.560.00 mensuales, igual al salario mínimo vigente entonces, y no de \$ 973.33 valor proporcional que aplicó el ad quem con base en un equivocado entendimiento de la ley.

En cuanto al restante aspecto del cargo, que corresponde al aparte b) del alcance de la impugnación, y que se refiere a posteriores aumentos por ley de la pensión decretada por el ad quem, y al reconocimiento expreso de la llamada prima para pensiones (Ley 4ª de 1976, artículo 5º) y de otros beneficios anejos, comparte la Sala, en principio, el criterio general del Tribunal en cuanto afirma que “las normas legales, que confieren derechos expuestos a los pensionados, no son materia de pronunciamiento expreso, cuando ello se origine en la ley cuando ya se haya hecho el reconocimiento de la calidad de pensionado al trabajador”. Con la condición —se aclara—, de que se trate de derechos aún no causados. De allí la práctica, en este tipo de condenas, de agregar que el pensionado tendrá derecho a los reajustes y beneficios que la ley ordene, lo cual de otra parte debe suponerse.

Se observa que en el presente caso, al condenar por pensiones causadas el ad quem no tuvo en cuenta los aumentos legales a que tuvo derecho la pensión concedida entre la fecha del retiro del trabajador (diciembre 12 de 1976 y la fecha de la sentencia (agosto 8 de 1978), ni la llamada “prima” causada en diciembre de 1977. (Ley 4ª de 1976, artículo 5º). También en este punto se casará de consiguiente la sentencia acusada, y en sede de instancia se tendrán en cuenta los incrementos y beneficios causados durante ese lapso.

En consecuencia el cargo prospera parcialmente, en el sentido antes indicado, y ha de casarse la sentencia en lo correspondiente.

Segundo cargo

Se propone y sustenta en los siguientes términos:

“Con fundamento en la causal segunda de Casación Laboral, del artículo 87 del

Código de Procedimiento Laboral, modificado por el Decreto 528 de 1964, artículo 60, y éste a su vez modificado por las Leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, denuncio la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el día 8 de agosto de 1978 en el proceso ordinario de Carlos Enrique Betancur contra "Hijos de Rafael Navarro y Eusse Limitada" por contener la sentencia decisiones que hacen más gravosa la situación de la parte demandante, no obstante que ella fue la única que apeló de la sentencia de primera instancia".

"Fundamento el cargo así:

"En la sentencia de primera instancia, en el capítulo concerniente a la 'duración del contrato' el Juez *a quo* llegó a ésta conclusión: '...Con base en los anteriores elementos de juicio, y que ni aún el dato suministrado por la empresa sobre el tiempo servido por el demandante, es completo, el Despacho estima equitativo fijar en diez y seis años el tiempo de vinculación entre las partes contendientes'".

"Por otra parte, el mismo juez de primera instancia fijó, en la parte resolutiva de la sentencia, y con base en los 16 años que fijó como de duración del contrato de trabajo, señaló que por cesantías debía pagársele al demandante la suma de veintiséis mil quinientos pesos (\$ 26.500.00) moneda legal, de la cual habría de deducirse la suma de \$ 2.132.56 que ya había recibido el trabajador al término de la vinculación laboral".

"Como se dijo anteriormente, ésta sentencia sólo fue recurrida en apelación por la parte demandante".

"Con todo, el Tribunal Superior de Medellín al proferir la sentencia de segunda instancia, que ahora es objeto del recurso de Casación, consignó decisiones que hizo más gravosa la situación de la parte apelante ya que, de una parte, fijó el tiempo de vinculación entre trabajador y empresa en un término de 15 años, 8 meses y 29 días, contra los 16 años señalados en la primera instancia, y, de la otra parte, señaló la cuantía de las cesantías en la suma de veinticinco mil novecientos ochenta

y siete pesos con cincuenta centavos (\$ 25.987.50) moneda legal, suma de la cual ha de deducirse la misma suma de \$ 2.132.56 señalada por el Juez de la primera instancia, por haberla recibido el demandante al término de su contrato de trabajo, suma que es ligeramente inferior a la señalada por el Juez de la primera instancia".

"Como quiera que ello es claramente violatorio del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso..." resulta evidente que la sentencia debe ser casada para imponer el imperio de la ley. Y mediante dicha anulación parcial de la sentencia, reconocer al demandante los derechos que le reconoció la sentencia de primer grado y desconocer la de segunda instancia".

El opositor nada dice en relación con este cargo.

Se considera

De acuerdo con el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, en materia laboral el recurso de casación procede... 29 por contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia, en armonía con el principio consagrado en el 357 del Código de Procedimiento Civil según el cual la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante.

La sentencia del Juez, en el presente juicio, condenó a la demandada a pagar al actor: "Por concepto de cesantías en un lapso de 16 años, la suma de \$ 25.600.00 menos la cantidad de \$ 2.132.56" (folio 124). De esta providencia apeló únicamente la parte demandante como puede verse a folios 125 y 126. El Tribunal, sin embargo, condenó a una suma menor por concepto de cesantía (\$ 25.987.50), con el mismo descuento concedido por el a quo.

Se configura por tanto la llamada causal segunda de casación, por violación del principio de la reformatio in pejus, como rectamente lo aceptó el mismo Tribunal, sin que le fuera permitido a él enmendar

el error en que incurrió, como razonadamente lo demuestra en la sentencia complementaria (folio 157).

En consecuencia, prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia, parcialmente, para mantener la condena por cesantías dispuestas por el juzgado.

Tercer cargo

Busca que se tenga en cuenta los incrementos y los beneficios que corresponden por ley a la pensión reconocida por el *ad quem*. El opositor observa con acierto que en la formulación del cargo se incumple el aparte a), numeral 5º del artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, al predicar "violación directa" sin precisar si se trata de interpretación errónea, (violación transgresión) infracción directa o aplicación indebida.

Sería del caso desestimar el cargo, en consecuencia pero la Sala simplemente se abstiene de estudiarlo por cuanto el recurrente logra su pretensión al prosperar el primer cargo.

Cuarto cargo

Se enuncia y fundamenta en los siguientes términos:

"Denuncio, con fundamento en la causal primera de Casación Laboral, del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el Decreto 520 de 1964, artículo 60, y éste a su vez modificado por las Leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, denuncio violación del Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea de esta norma de carácter sustancial, como paso a explicarlo".

"Fundamento el cargo así:

"El Juez de la primera instancia analizó la demanda que hace Carlos Enrique Betancur para que la sociedad demandada fuese condenada a pagarle las sumas de dinero que causara deberle como indemnización por falta de pago de las prestaciones sociales, especialmente el auxilio de Cesantía".

"Tanto en primera instancia quedó claro que al demandante aún se le adeudaba una cuantiosa suma de dinero por concep-

to de Cesantías y otras indemnizaciones, y que a Betancur sólo se le abonó por el primer concepto una pequeña suma de dinero, algo más de \$ 2.000.00 y ninguna por razón de las indemnizaciones. De la misma manera, ello quedó claro en la segunda instancia".

"La mejor demostración de todo ello está en las condenas que se hizo por el Tribunal en beneficio del demandante y a cargo de la sociedad demandada".

"Con todo, en la primera instancia se interpretó la norma legal del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo estimando que tan pequeña suma de dinero pagada al demandante por concepto de Cesantías tenía poder liberatorio de la sanción establecido en dicho artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo espíritu incuestionablemente, es el de asegurar que al trabajador se le pague oportunamente sus créditos nacidos del contrato de trabajo, tanto por prestaciones e indemnizaciones. Y resulta extraño a la norma que por el simple pago de una pequeña suma de dinero, pero quedando la casi totalidad de las sumas adeudadas por prestaciones e indemnizaciones, por espacio de más de dos años (no puede perderse de vista que al momento actual aún se le adeudan tales dineros y nada ha hecho el representante de la sociedad demandada para cubrir esos valores al demandante). En poder del patrono".

"El tiempo transcurrido desde el momento de la desvinculación hasta el momento actual es más que suficiente para demostrar la mala fe de la sociedad demandada y la procedencia de la condena a la indemnización impetrada con fundamento en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Se impone, entonces, la anulación de la sentencia para que se restablezca el derecho sustantivo, conculado en perjuicio del demandante. Ello no obstante de que la segunda instancia se haya guardado silencio sobre las razones que tuvo el *a quo* para tal absolución ya que la confirmación de la sentencia de primera instancia por este aspecto es suficiente para configurar la violación ya que hace suponer la conformidad del *ad quem* con el *a quo*".

El opositor a su turno, observa:

"Está formulado como interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pero ni en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, dictada el 8 de agosto de 1978, ni en la providencia del mismo Tribunal, pronunciada el 29 de septiembre del mismo año, se interpretó en forma alguna el precepto que se afirma violado, ni se hizo mención alguna de él, por lo que no pudo incurrir el sentenciador en la violación presentada por el acusador".

"Tampoco vale decir que cuando el *ad quem* confirmó la absolución de la parte demandada por concepto de indemnización moratoria, hizo suyos los fundamentos de la sentencia de primera instancia, porque el *a quo* no interpretó la norma citada si no que en razón de hechos que encontró probados, aplicó el precepto para absolver".

"Dijo al respecto, el *a quo*:

"El artículo 65 del Código Laboral contempla una sanción pecuniaria con la cual castiga al patrono que en forma maliciosa e injustificada retiene el pago de los salarios y las prestaciones sociales, cuando ha terminado el contrato de trabajo. El actor en el hecho segundo de su demanda, expuso que su relación laboral había terminado el 12 de diciembre de 1976. A folio 37 fte., se observa que en la misma fecha anterior el extrabajador demandante firmó la controvertida acta de conciliación, en la cual dejó constancia expresa de que se le habían cubierto las cesantías, lo mismo que lo correspondiente a la prima de servicios. Igualmente en su interrogatorio de parte confiesa estar a paz y salvo con la empresa por concepto de cesantías, primas, vacaciones, etc. En este orden de ideas no podrá, pues, predicarse responsabilidad de la empresa por este concepto. Porque aunque fuera verdad lo indicado por los tres primeros testigos del demandante, en el sentido de que la desvinculación tuvo lugar fue el día 5 de diciembre y no el 12, como lo afirma el actor, se trata de un lapso corto y prudencial de tiem-

po, necesario para el ajuste de cuentas y que nuestra jurisprudencia ha aceptado en casos como el presente, en que hubo de liquidarse a un buen número de personas por el mismo tiempo".

"Como el sentenciador se apoyó en pruebas que le sirvieron para admitir el pago de deudas laborales y la buena fe del patrono era necesario atacar esos aspectos fácticos mediante la demostración de errores de hecho. La acusación ha de ser desestimada".

Se considera

Tiene razón el opositor cuando indica que la absolución dispuesta por el Juez de instancia y confirmada por el Tribunal, tuvo su razón de ser en hechos que se dieron por demostrados y que el recurso no ataca, ni podía atacar, ya que un cargo formulado por la vía directa, como el presente, supone pleno acuerdo sobre cuestiones fácticas entre sentenciador y recurrente, conforme en repetidas ocasiones lo ha observado la jurisprudencia. Además también se ha dicho por esta Sala que la cuestión de buena o mala fe, implícita en el artículo 65 del C. Sustantivo del Trabajo, es cuestión de hecho, susceptible de ataque por tanto, únicamente por la vía indirecta, con base en errores de hecho, por lo general.

No se dio en el presente caso la interpretación errónea que predica el cargo, y éste no prospera, en consecuencia.

Consideraciones de instancia

De acuerdo con lo decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la sentencia que se ha venido estudiando, —y en aspectos que han de mantenerse por no haber prosperado contra ellos el ataque en casación—, el señor Carlos Enrique Betancur M., trabajó para la sociedad Hijos de Rafael Navarro y Eusebio Limitada, durante 16 años y la empresa dio por terminado el contrato unilateralmente sin justa causa demostrada. El actor nació el 13 de julio de 1921 (folio 19), luego tenía más de 50 años al momento del despido (diciembre 12 de 1976). Su sa-

lario último fue de \$ 1.560.00 mensuales, el mínimo legal vigente en ese entonces.

Con base en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 tiene derecho el actor a una pensión desde la fecha de despido, teniendo en cuenta su edad, y tal pensión no puede ser inferior al salario mínimo legal más alto vigente en el país, al tenor del artículo 2º de la Ley 4ª de 1976.

Las pensiones causadas y no pagadas a que tiene derecho el demandante desde la fecha indicada hasta el 8 de agosto de 1978, fecha de la sentencia que se ha de casar en este punto, son las siguientes:

a) 19 días de diciembre de 1976: \$ 988;
b) Siete meses, desde el 1º de enero de 1977 en virtud del Decreto 1623 de 1976 que elevó el salario mínimo más alto a \$ 1.770.00; \$ 12.390.00; c) Tres meses a partir del 1º de agosto de 1977 a razón de \$ 1.860.00 con base en el mismo decreto; \$ 5.580.00; d) Dos meses a partir del 1º de noviembre de 1977 a razón de \$ 2.340.00 en virtud del Decreto 2371 de 1977, \$ 4.680.00; e) Valor de la mensualidad adicional a su pensión de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, en diciembre de 1977; \$ 2.340.00; f) Del 1º de enero de 1978, hasta la fecha de la sentencia del *ad quem*, son 7 meses y 8 días, a razón de \$ 3.315.00 mensuales, en virtud del aumento anual dispuesto por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 (como el salario mínimo aumentó en 1977 de \$ 1.560.00 a \$ 2.340.00, el aumento es de \$ 390.00, mitad de la diferencia, más el 25% o sea la mitad del porcentaje de incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo). De este modo las pensiones causadas valen \$ 50.067.00.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 8 de agosto de 1978 en el juicio laboral ordinario seguido por el señor Carlos Enrique Betancur contra la sociedad "Hijos de Rafael Navarro y Eusse Limitada, en cuanto a las condenas por cesantía, "pensión vitalicia" y "pensiones causadas" y, en sede de instancia confirma la sentencia dictada por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Titiribí en cuanto por su aparte 2º, a) condenó a la demandada a pagar \$ 26.500.00 por concepto de cesantías, y la revoca en cuanto absolvió por concepto de pensión, y en su lugar condena a la sociedad demandada a: 1º) pagarle al actor una pensión mensual vitalicia de \$ 3.315.00 a partir del 8 de agosto de 1978, con los reajustes y beneficios legales a que haya lugar, y 2º) a pagarle por concepto de pensiones causadas la suma de \$ 50.067.00. La empresa demandada podrá descontar la suma de \$ 362.54, que demostró haber pagado, de la suma a la cual la condenó el Tribunal por concepto de intereses a la cesantía. No casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Fernando Uribe Restrepo, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DECRETO LEY 3135 DE 1968

El artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 clasificó en dos grupos a los servidores de la Rama Ejecutiva, el de los empleados públicos y el de los trabajadores oficiales, de acuerdo con las labores que desempeñen y los Estatutos de la Empresa

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 7142

Acta N° 47

En el juicio que propuso don *Jaime Jaramillo Cogollos* contra el *Departamento de Boyacá, el Tribunal Superior de Tunja*, mediante fallo del 20 de abril de 1979, revocó el parcialmente condenatorio de la primera instancia y, en su lugar, se declaró inhibido para dirimir el litigio, por entender que entre las partes no existió un contrato de trabajo sino uno administrativo de prestación de servicios.

En estas circunstancias, recurrió en casación el demandante para impetrar que se infirme aquel fallo y luego se mantenga el del juez. En la demanda respectiva (folios 6 a 23 de este cuaderno), formula un solo cargo, que a la letra dice:

“La sentencia acusada viola indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1, 8, 11, 17, y 22 de la Ley 6ª de 1945; los artículos 4, y 51 del Decreto 2127 de 1945; el artículo 1. del Decreto 797 de 1949; todo en relación con los artículos 2 y 8 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo), 10 de la Ley 16 de 1968 y 1. de la Ley 16 de 1969, que también dejaron de aplicarse.

“La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por errónea apreciación de las pruebas documentales que obran a los folios 2 y 4 del cuaderno 1. del expediente.

“Los errores evidentes de hecho consisten en lo siguiente:

“a) En afirmar que el contrato contenido en el documento que obra al folio 2 del expediente (cuaderno 1) presenta la modalidad de la unilateralidad” en su ‘prolongación’ siendo toda una evidencia que tal contrato no se prorrogó en forma alguna.

“b) En aceptar o concluir que el referido ‘documento contractual contiene y señala una típica característica del contrato administrativo’, por presentar este contrato ‘la modalidad de la unilateralidad’ dizque por faltar la unidad de voluntades entre patrono y trabajador, siendo evidente que existió innegablemente la Convención o intervención de las dos partes, del señor Secretario de Desarrollo de Boyacá, por una parte, y del señor Jaramillo por la otra, en la celebración del contrato, lo cual aparece manifiesto en el documento.

“c) En concluir que el contrato contenido en el documento referido es un contrato administrativo, por cuanto, de acuerdo a la resolución N° 384 de 8 de julio de 1972 proferida por el señor Secretario de Desarrollo del Departamento en la cual figura las funciones del Coordinador General del Programa de Fomento Forestal, ‘que dice muy a las claras, cómo el señor Jaramillo en ningún momento tuvo funciones distintas a la de la construcción o de sos-

tenimiento de las obras públicas' (sic) siendo evidente, por cuanto resulta palmario de los mismos términos del contrato, que es un contrato de trabajo y no un contrato administrativo.

"d) Al declarar la falta de presupuesto procesal 'competencia del Juez Laboral' la sentencia incurrió en evidente error de hecho pues resulta igualmente palmario e incontrovertible que el documento aludido del folio 2 contiene un contrato de trabajo y las acciones de él derivadas son de conocimiento de la justicia ordinaria Laboral.

"Veamos cómo y por qué razón el Tribunal Fallador de segunda instancia apreció equivocadamente los documentos obrantes a los folios 2 y 4 del expediente:

"En el contrato suscrito entre la Secretaría de Desarrollo de Boyacá y el señor Jaramillo Cogollos éste se comprometió a prestar a aquella sus servicios personales a aquella bajo la continuada dependencia u órdenes del Jefe del Programa. Se fijó la remuneración como contraprestación del servicio, pactándose el pago de prestaciones sociales y de viáticos, la sede del trabajo y el horario entendiéndose, además, que su jornada sería la ordinaria y de tiempo completo puesto que se le dijo el horario establecido por la Secretaría de Desarrollo y se señaló el término de duración de tal contrato en un año. Todas estas estipulaciones contractuales evidencian los elementos estructurales de un contrato de trabajo y nunca de un contrato administrativo.

"El Tribunal, sin embargo, apreció equivocadamente tal prueba por cuanto encontró en ella, sin haberlas, estipulaciones típicamente administrativas como la unilateralidad respecto de su prórroga siendo que el contrato nunca se prorrogó y al haberse sucedido necesariamente hubiera tenido que concurrir para el efecto la voluntad del trabajador pues sin su equiescencia no existiría en modo alguno relación laboral o prestación de los servicios personales contratados.

"Igualmente el documento obrante al folio 4 del expediente fue pareciado (sic) en forma equivocada o errónea por el Tribunal al considerar que el señor Jaramillo 'nunca tuvo funciones distintas a la de la construcción o sostenimiento de las obras pú-

blicas' siendo que las funciones relacionadas en tal documento necesariamente tuvieron que ser, y tenían que ser desempeñadas por una persona vinculada a ellas mediante una relación laboral sin que hubieran sido nunca, por lo menos en el lapso a que se contrae el proceso, desarrolladas por un empleado público ni tampoco mediante contrato administrativo de prestación de servicios. Por eso el señor Jaramillo cuando desempeñó tales funciones no fue nombrado como empleado de la Secretaría y nunca figuró en la nómina de empleados de planta, ni tampoco se llenaron los requisitos inherentes a los contratos administrativos, por cuanto se celebró fue un contrato de trabajo de cuyo sólo texto, sin acudir a otras probanzas que así lo demuestran, resulta inequívoca la genuina intención y voluntad auténtica de los Contratantes en obligarse y vincularse mediante relación laboral.

"El sólo texto del contrato y la relación de las funciones asignadas al señor Jaramillo Cogollos por medio de la resolución 384 de fecha 8 de julio de 1972 emanada de la Secretaría de Desarrollo de Boyacá que en copia obra al folio 4 del expediente, demuestran suficientemente la excepción a la regla general de que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración nacional, departamental o municipal no constituyen contrato de trabajo, pues las funciones encomendadas al señor Jaramillo Cogollos encuadran dentro de lo previsto como excepción por el artículo 4 del Decreto 2127 de 1945 que dispone: 'No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional o Departamental o Municipal, no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'. (Se subraya).

"En efecto, en mediante la aludida resolución se le asignaron al señor Jaramillo, entre otras funciones, la de propender pa-

ra que se realizara en el Departamento de Boyacá un efectivo programa de reforestación con miras a controlar la erosión de sus tierras, controlar todo el personal que prestaba sus servicios en el Programa (quienes tampoco eran empleados públicos), llevar la estadística sobre producción y venta de árboles, y en fin, todas las funciones que le señalara el señor Secretario de Desarrollo (con lo cual se pone de manifiesto la continuada subordinación y dependencia del trabajador).

"En vista, pues, de las funciones asignadas al señor Jaramillo y teniendo en cuenta las pruebas documentales referidas, aparece manifiesto que el Departamento si trabajó en la construcción y sostenimiento de las obras públicas que se concretan en todas las obras indispensables para poner a producir los viveros tanto departamentales como municipales donde se tenían que cultivar los árboles que mediante su venta al público o mediante contratos de reforestación (conforme está demostrado en el proceso) se habrían de destinar a evitar la erosión de las tierras. Pero, además, también resulta claro que la Secretaría de Desarrollo de Boyacá, con ocasión de la Campaña de Fomento Forestal montó una empresa agrícola, constituida por los viveros, mediante la cual se dio a la tarea de cultivar la tierra para producir los árboles que habría de vender al público (ánimo de lucro) empresa para la cual fueron contratados los servicios del señor Jaramillo Cogollos, situación que encaja dentro de la excepción consagrada por el citado artículo 4 del Decreto 2127 de 1945. Y me refiero a esta reglamentación, por considerar que la reglamentación legal posterior, contenida en los Dtos. 3135 de 1968 y 1848 de 1969, no son aplicables al caso *sub lite* por tratarse de que estas normas son únicamente aplicables a los empleados y trabajadores del orden nacional y no a los del orden departamental.

"Al apreciar el Tribunal erróneamente las pruebas documentales aludidas, en la forma como se ha dejado expresado, incurrió en el error de hecho evidente de uno dar por demostrado, estándose, que el señor Jaramillo Cogollos, el demandante, laboró en la construcción o sostenimiento de una obra pública, o en una empresa agrícola

explotada con ánimo de lucro, y que por lo tanto el contrato suscrito con la administración pública era de trabajo y no administrativo. Si el Tribunal hubiese apreciado bien las pruebas aludidas, sin incurrir en el error de hecho no hubiera violado indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1. de la Ley 6 de 1945 y 4. del Decreto 2127 de 1945, y los hubiera aplicado al caso *sub judice*, pues dichas normas, en su orden señalan cuando hay contrato de trabajo con la Administración pública determinando que sí, excepcionalmente, hay contrato de trabajo cuando se trata de la construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas agrícolas que se exploten con fines de lucro, entre otras, consiguentemente, si el Tribunal hubiera admitido la existencia del contrato de trabajo, o relación laboral en la forma antedicha, no hubiera incurrido en el evidente error de hecho que lo llevó a declarar la falta del presupuesto procesal 'Competencia del Juez Laboral' y no hubiera violado por falta de aplicación, pues los hubiera aplicado, los artículos 2 y 8 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo), 10 de la Ley 16 de 1968 y 1 de la Ley 16 de 1969, normas que le otorgan a los jueces laborales del Circuito, en primera instancia, y a los Tribunales Superiores, en segunda instancia, y en grado de consulta, la competencia para no ser de las acciones derivadas del contrato de trabajo como es el contrato al cual se ha hecho referencia. Consecuentemente, al haber aplicado el Tribunal las normas citadas, hubiera confirmado la sentencia de primera instancia consultada y no hubiera violado, también indirectamente, por falta de aplicación, las normas de carácter sustitutivo contenidas en los artículos 17 literal a) de la Ley 6^a de 1945 y 1 de la Ley 65 de 1946 que consagran el derecho al auxilio de cesantía, los Arts. 11 de la citada Ley 6^a de 1945, 1 del Dto. 797 de 1949 y 51 del Dto. 2127 de 1945 que consagran el derecho a la indemnización moratoria y al lucro cesante por despido, derechos que le fueron desconocidos al Demandante a causa del quebrantamiento, por la vía indirecta, de dichas normas, por no haber sido aplicadas por el sentenciador de segunda instancia en la forma dicha.

"En consecuencia, si el Tribunal no hubiera cometido los errores de hecho que cometió, habría confirmado la sentencia consultada proferida por el señor Juez Laboral del Circuito de Tunja". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transrito).

Sobre el tema objeto del ataque, el Tribunal sintetizó sus reflexiones así:

"Ante la evidencia de la situación procesal que coloca al actor en una vía equivocada, en donde el propio Juez del conocimiento incurrió en el tremendo error de definir favorablemente sus peticiones cuando la base de la acción era un contrato típicamente (sic) administrativo y no laboral que le impedía del conocimiento de la acción, no resta la capacidad y la libertad del accionante, para instaurar, si no se han presentado fenómenos que enerven la acción, el litigio correspondiente ante el organismo competente.

"Teniendo en cuenta los planteamientos anteriores y siendo evidentes que la Sala se encuentra ante un típico caso de falta del presupuesto procesal de competencia del Juez Laboral, es pertinente consecuencialmente que se revoque la providencia materia de alzada y se declare la inhibición para fallar en el fondo el proceso, al fallador de primera instancia".

Se considera

No desconoce el cargo que la fuente del litigio es el contrato celebrado por la Secretaría de Desarrollo de Boyacá y el señor Jaramillo para que este último le prestara servicios como Coordinador General del Programa de Fomento Forestal.

Son entonces valederas para el caso las argumentaciones hechas por la Corte en la sentencia del 17 de marzo de 1977 (juicio de Arsenio Abril Niño v/s Distrito Especial de Bogotá, expediente Nº 5789) sobre la posibilidad de que exista contrato de trabajo con las entidades políticas descentralizadas, como los Departamentos y Municipios.

Dijo así la sentencia:

"La Ley 65 de 1967, que le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la

República para reorganizar varias dependencias de la Administración, para modificar el régimen de prestaciones sociales de personas adscritas a las fuerzas armadas y para fijar las escalas de remuneración a las distintas categorías de empleos nacionales y su régimen de prestaciones sociales, también lo facultó para modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos" (artículo 1º, ordinal g) y para establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales, en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y el régimen del servicio" (ibidem, ordinal j).

"Algunas de estas facultades se circunscriben expresamente al ámbito de la administración nacional, en especial las que atañen a la reorganización de agencias gubernamentales y al régimen de prestaciones sociales y salarios de servidores oficiales. Otras, en cambio, como las que acaban de transcribirse, permitieron establecer regímenes para toda la administración pública, sea nacional, departamental o municipal, pues debe recordarse que asambleas y concejos no tienen potestad soberana para expedir estatutos locales sino que sus atribuciones y competencias para dictar normas de obligatoria observancia están subordinadas a los mandatos del Congreso como cuerpo soberano, apenas limitado en su actividad por los preceptos de la Constitución.

"Así pues, el Presidente de la República quedó habilitado por el ordinal g) del artículo 1º de la Ley 65 para establecer el régimen jurídico de quienes le presten servicios al Estado dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público, tanto en la administración central o nacional como en las administraciones descentralizadas, sean departamentales o municipales, ya que esa es tarea que ha de ejercer el Parlamento, sea en forma directa o por delegación en el Presidente a través de facultades extraor-

narias, como aconteció en el caso de la Ley 65 de 1967.

"Y, en desarrollo de este cometido, el Presidente expidió el Dto. Ley 3135 de 1968 cuyo Art. 5º clasificó en dos grupos a los servidores de la Rama Ejecutiva, el de los empleados públicos propio de quienes laboren dentro de las oficinas directas de la administración o en sus agencias descentralizadas que tengan la calidad de establecimientos públicos, y el de los trabajadores oficiales, propio de quienes se ocupan de la construcción o sostenimiento de las obras públicas o prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado. Y sólo por excepción, que debe fijarse expresamente en los estatutos respectivos, quienes laboren en establecimientos públicos tienen la calidad de trabajadores oficiales o, a la inversa, quienes actúan en las empresas industriales y comerciales del Estado han de calificarse como empleados públicos.

"La operancia de esta clasificación en ámbitos distintos del nacional ya fue reconocida por esta Sala de la Corte en sentencia del 30 de julio de 1974, cuyos razonamientos ahora se acogen integralmente en esta providencia para rectificar tesis distintas como la contenida en el fallo del 24 de octubre de 1975, donde se daba aplicación al artículo 4º del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, que está sustituido por el 5º de Decreto Ley 3135 de 1968, ya mencionado.

"Y no puede pensarse, de otra parte, que la aplicabilidad del dicho artículo 5º hubiese quedado circunscrito a la órbita nacional por virtud de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, desde luego que este último se refiere tan sólo a los preceptos del Decreto Ley 3135 que consagran prestaciones sociales y ello no acontece con el artículo 5º, además, el artículo 7º no hubiera podido aludir a normas distintas de las que menciona, pues,

de haberlo hecho, se habría producido un desbordamiento en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con las consecuencias de inconstitucionalidad e ilegalidad que ello acarrea".

Al aplicar estas reflexiones en el asunto sub judice, donde el fallo recurrido no le reconoció la calidad de trabajador oficial a don Jaime Jaramillo C., porque su contrato de prestación de servicios lo obligaba a actuar como Coordinador General del Programa de Fomento Forestal que debía cumplir la Secretaría de Desarrollo de Boyacá, tarea que nada tiene que ver con la construcción o el sostenimiento de obras públicas departamentales sino con la conservación y el mejoramiento de los recursos naturales renovables de la región, queda en claro que el criterio del Tribunal ad quem se acomoda a lo establecido por el artículo 5º, inciso 1º, del Decreto Ley 3135 de 1968, que es el precepto que rige la materia debatida, y que, por consiguiente, no pudo incurrir en los errores de hecho que acusa el cargo, ni en la infracción de los textos sustanciales que de ellos deriva.

No prospera el ataque, en consecuencia.

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 acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

“LA DUDA LE PERMITE AL SENTENCIADOR UNA ESCOGENCIA DE HIPOTESIS QUE NO ES DABLE ANTE LA CERTEZA”

“Ante la duda de que el trabajador pudo haber fallecido por intoxicación con tricloroetileno, el sentenciador podía escoger, como lo hizo, esta posibilidad, o descartarla, sin que al optar por cualquiera de tales alternativas haya base para predicar que incurrió en error evidente de hecho, pues la duda permite una escogencia de hipótesis, que no es dable ante la certeza...”

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 7135

Acta N° 49

La sociedad “Tejidos Leticia Ltda.” recurre en casación contra el fallo pronunciado el 28 de marzo de 1979 por el Tribunal Superior de Medellín para mantener la condena impuesta contra ella en la primera instancia al pago de indemnización plena de perjuicios derivados del accidente de trabajo en que perdió la vida el señor Juan Hermógenes González y en favor de su esposa señora Aida Marina Bedoya y de sus hijos menores Viviana, Gladys, Juan Carlos y Sandra González Bedoya, pero disminuyendo el monto de la indemnización.

Aspira la recurrente a que se case aquel fallo, se revoque luego el del juez, y por último, se la absuelva de todas las pretensiones del libelo. Así lo expresa la demanda de casación (folios 10 a 20 de este cuaderno), donde se plantea un solo cargo, que dice así:

“La sentencia impugnada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artícu-

los 216, 55, 57 ordinal 2º, 58 ordinal 8º y 199 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 1604, 1603, 1613 y 1614 del Código Civil. La violación se produjo por los siguientes errores de hecho evidentes en que incurrió el *ad quem*:

“Primero: dar por demostrado, sin estarlo, que el hecho en el cual perdió la vida el trabajador ocurrió por culpa comprobada de la empresa.

“Segundo: no dar por demostrado, estándose, que el hecho en el cual perdió la vida el trabajador ocurrió por culpa grave de este último.

“Tercero: dar por demostrado, sin estarlo, que aún sin culpa grave del trabajador, el hecho en el cual perdió éste la vida ocurrió sin culpa comprobada de la empresa.

“Cuarto: no dar por demostrado, estándose, que el hecho en el cual perdió la vida el trabajador ocurrió sin culpa comprobada de la empresa.

“Quinto: dar por demostrado, sin estarlo, que el trabajador hubiera muerto en accidente de trabajo al servicio de la sociedad demandada-recurrente.

“Los anteriores errores de hecho evidentes se produjeron como consecuencia de la falta de apreciación y la apreciación errónea de las pruebas siguientes:

“Pruebas no apreciadas:

“a) acta del resultado toxicológico practicado en las vísceras del trabajador falle-

cido en el laboratorio de toxicología dela Universidad de Antioquia (folios 70 y 71);

"b) declaración del señor Angel Rodríguez Suárez (folios 94 a 96).

"Pruebas mal apreciadas:

"a) contestación de la demanda (folios 31 a 37);

"b) acta de la diligencia de necropsia número 11308, practicada por el Instituto Médico-Legal de Medellín el 10 de septiembre de 1975 (folio 73);

"c) certificado de trabajo (folio 108);

"d) absolución de interrogatorio de parte por el representante legal de la sociedad demandada (folios 79 a 82);

"e) dictamen pericial conjunto rendido por un experto en seguridad industrial y un toxicólogo (folios 110 a 115);

"f) declaración del señor César Manevich (folios 75 a 79);

"g) declaración de señor José Rodríguez Manzano (folios 40 a 43);

"h) declaración del señor Carlos Sánchez Gil (folios 97 a 100);

"i) declaración del señor Iván de Jesús Bedoya Patiño (folios 100 y 101);

"j) declaración del Sr. Carlos Paniagua (folios 101 y 102).

"Demostración del cargo.

"Como las pruebas involucradas comprenden tanto pruebas 'calificadas' como 'no calificadas', según dispone el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y entidad de la jurisprudencia reiterada de la Honorable Corte, aclaro, desde ahora, que primero se demostrarán los errores de hecho relacionados con fundamento en las probanzas 'calificadas', para luego sí entrar a analizar, en segundo término y como corresponde, las 'no calificadas'".

"Después de prolja exposición, concluye el *ad quem*: 'El comportamiento culposo de la empresa demandada implicó que faltaba a la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, o sea que incurrió en culpa leve, de la cual responde el deudor en los contratos que, como el de trabajo, se celebran

en beneficio recíproco de las partes, según el artículo 1604 del Código Civil. Y se hizo responsable, por tanto, del pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios resultante de la muerte de González Bedoya en accidente de trabajo" (folio 279). Como puede observarse fácilmente, el *ad quem* acepta, en primer lugar, que la muerte del trabajador ocurrió como consecuencia de accidente de trabajo y, en segundo término, que éste ocurrió por haber incurrido la empresa en culpa leve al faltar a la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Sin embargo de lo anterior, resulta que ni siquiera está probado, pese a la calificación efectuada por el Instituto de Seguros Sociales, antiguo Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que la muerte del trabajador hubiese ocurrido en accidente de trabajo. En efecto: ni del acta del resultado toxicológico practicado en las visceras del trabajador fallecido por el laboratorio de toxicología de la Universidad de Antioquia (folios 70 y 71), que el *ad quem* no tuvo en cuenta, ni del acta de la diligencia de necropsia número 11.308 practicada por el Instituto Médico Legal de Medellín el 10 de septiembre de 1975 (folio 73) puede deducirse, bajo ningún aspecto, que el trabajador hubiese muerto por la presencia de 'pequeñas cantidades de tricloroetileno' (folio 70). Los resultados en ambas diligencias fueron 'negativos' en cuanto a la presencia del tricloroetileno en el cuerpo del trabajador y, además, en cuanto a las del alcohol, el monóxido y el cianuro. En tales circunstancias, sólo pudo afirmarse en la diligencia de necropsia citada que la defunción del trabajador ocurrió 'al parecer intoxicado por inhalación de tricloroetileno' (folio 73). No sobra agregar en este punto que la deficiencia de los aparatos utilizados en dichas diligencias no puede constituir, a *fortiori*, prueba incontrovertible que la muerte del trabajador ocurriera por haberse intoxicado por inhalación de tricloroetileno puesto que, en verdad, la causa precisa de la defunción no pudo nunca determinarse. Así, al dar por establecido la sentencia impugnada que la muerte del trabajador se debió a haber inhalado éste tricloroetileno, se aparta de la verdad. El, desco-

nocimiento de la evidencia probatoria suministrada por las probanzas analizadas se debió, como quedó dicho, a no haber apreciado el *ad quem* las documentales de folios 70 y 71 y a la apreciación errónea que hizo de la documental del folio 73 al limitarse, en el caso de la última, a transcribir simplemente algunos de sus apartes sin análisis crítico alguno (folio 268).

"Por otra parte, resulta pertinente señalar, en este punto, que la empresa negó rotundamente en oportunidades diversas que el hecho en el cual perdió la vida el trabajador hubiera sido accidente de trabajo. Así, en la contestación de la demanda y en relación con el hecho segundo manifestó la sociedad demandada: "No es cierto en cuanto a las horas y el trabajo. La jornada de trabajo de Juan Hermógenes González y Francisco José Zapata M., el 9 de septiembre de 1975 y meses anteriores, era de siete y media de la mañana (7½ a.m.) a una de la tarde (1:00 p.m.) y de dos de la tarde (2:00 p.m.) a cuatro y media de la tarde (4 ½ p.m.). De una de la tarde (1:00 p.m.) a dos de la tarde (2:00 p.m.) tenían libre para descansar, almorzar, etc. En ese día, los mencionados trabajadores tenían como labor la de ejecutar la limpieza de la sección inferior de la máquina lavadora, que estaba parada desde hacía sententa y dos (72) horas. La iniciaron alrededor de las ocho de la mañana y parece ser que terminaron antes de concluir la jornada matinal, es decir, antes de la una de la tarde (1:00 p.m.), como era lo normal, y al abandonar el trabajo, lo hizo también la persona que los vigilaba o protegía desde la parte superior. Luego regresaron solos, pero no a continuar su labor de aseo, puesto que la máquina se encontró totalmente limpia y sus mecanismos debidamente ajustados cuando los descubrieron en estado de inconciencia, en posición de decúbito supino, a eso de la una y diez de la tarde (1:10 p.m.). No avisaron a ningún compañero su nueva entrada y no se pusieron mascarillas" (el subrayado es mio) (folio 33).

"En la documental que obra al folio 108 informó, igualmente, la empresa: D) la empresa adelantó investigación para indagar las causas que pudieron producir la muerte del señor González. La Máquina y

los elementos de protección estaban en óptimas condiciones de funcionamiento, a más de que la primera se hallaba parada desde hacia más de setenta y dos horas. Al no encontrarlas, por medio del abogado, doctor Carlos Zuluaga Gómez, se pusieron los hechos en conocimiento de las autoridades penales".

"Al contestar la pregunta número dieciocho (18) ('se logró establecer en dicha investigación la hora en que se produjo la muerte de esos dos operarios?'), manifestó el representante legal de la sociedad demandada en la diligencia de absolución de interrogatorio de parte: 'Tuvo que haber sido después de las doce del día y antes de pasada la una de la tarde' (folio 82).

"Las probanzas anteriores indican, por ahora, que la muerte del trabajador se produjo en una hora (1:00 p.m.) a 2:00 p.m., aproximadamente) que tenía libre para descansar y cuando no estaba al servicio del patrono. Más adelante, al relacionar estas pruebas 'calificadas' con otras 'no calificadas', se confirmará, aún más en detalle, la veracidad de las primeras. Sin embargo de lo anterior, el *ad quem*, relaciona como medios de prueba tenidos en cuenta en su providencia tales probanzas (fis. 260, 262, y 263), sin detenerse en un análisis crítico de las mismas, razón por la cual debe afirmarse que fueron apreciadas en forma errónea".

"Analizadas como están las pruebas 'calificadas', es procedente el análisis de las 'no calificadas' y, en primer lugar, los dictámenes periciales. Dijeron textualmente el experto en seguridad industrial y el toxicólogo, en aparte transcrita por el *ad quem* en el folio 268, lo siguiente '14) De las constancias procesales, los síntomas y signos que presentaron las víctimas, el protocolo de necropsia y lo informado por los médicos y testigos, conceptuamos que la muerte de los dos trabajadores de la empresa de Tejidos Leticia ocurrida el 9 de septiembre de 1975, se debió a la inhalación o ingestión del tricloroetileno' (folio 112). Resulta extraño, por no ajustarse a la verdad procesal, que los peritos se remitan a 'las constancias procesales' en apoyo de su concepto, por cuanto tales constancias procesales demuestran exactamente lo contrario. Así, el protocolo de necropsia (folio 73),

analizado con anterioridad en este escrito, determina con toda precisión la imposibilidad de establecer que, en el caso del señor Juan Hermógenes González Bedoya, 'el deceso se hubiera producido por efectos tóxicos del tricloroetileno', conclusión esta última que confirma la documental de folios 70 y 71, igualmente analizada con anterioridad. Pero, más extraño aún resulta que el dictamen se remita, además, a 'los síntomas y signos que presentaron las víctimas', por cuanto los peritos no intervinieron en el levantamiento de los cadáveres ni efectuaron sus necropsias ni participaron en el examen de las vísceras de los trabajadores muertos, ni ordenaron la exhumación de los restos ni tampoco dispusieron de aparatos más sofisticados, completos y precisos que los del Instituto Médico Legal de Medellín y del Laboratorio de Toxicología de la Universidad de Antioquia. Y en cuanto a su remisión al dicho de testigos, su conclusión no parece tampoco acertada, conforme se dirá y probará más adelante, fuera de ser antijurídica. La providencia impugnada, al conceder inusitada cuanto desmesurada importancia al dictamen pericial aludido, lo apreció en forma errónea por no tener en cuenta sus fundamentos deleznable y equivocados, conforme a lo expresado.

"En cuanto a los testimonios, mencionados el *ad quem* los de los señores José Rodríguez Manzano e Iván de Jesús Bedoya Patiño, sin citarlos y sin detenerse en su análisis crítico, omite la consideración del rendido por el señor Angel Rodríguez Suárez y se refiere, muy sucintamente, a los de los señores César Manevich (folio 279) Carlos Sánchez Gil (folio 269) y Carlos Paniagua (folio 265). Si hubiera analizado más detalladas y críticamente tales testimonios, habría encontrado que José Rodríguez Manzano (fl. 40), y Carlos Paniagua (fl. 101) atestiguaron que los trabajadores que después murieron, les dijeron que 'todo estaba listo y que iban a almorzar', que José Rodríguez Manzano (fl. 41), César Manevich (fl. 77) y Carlos Paniagua (fl. 101) concuerdan en que los dos trabajadores muertos fueron vigilados hasta cuando manifestaron haber terminado su trabajo al señor Carlos

Panigua, quien los vigilaba; que este último, es decir el señor Panigua, declaró que cuando él se fue los trabajadores vigilados por él ya habían puesto la tapa (vale decir, habían terminado completamente su trabajo) y uno de ellos, el señor Francisco Zapata, subía las escalas (folio 102); que según José Rodríguez Manzano (folio 42) César Manevich (folio 76) y Carlos Sánchez G. (folios 98 y 99) un grupo de personas, entre las cuales se encontraban ellos, bajó inmediatamente después de la muerte de los dos trabajadores a la parte inferior de la máquina sin máscaras, durante unos quince minutos sin percibir ningún olor tóxico, incluido el del tricloroetileno y sin sentir sensaciones de mareo o asfixia y que todo estaba perfectamente sellado".

"Al no tener en cuenta todo el relato de los testigos y especialmente estas circunstancias, que tampoco relacionó con el resto del acerbo (sic) probatorio, resulta obvio que el *ad quem* apreció en forma parcial y por tanto errónea tales testimonios.

"Si el *ad quem* hubiera apreciado correctamente las pruebas señaladas como no apreciadas o mal apreciadas y no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados, habría tenido que concluir necesariamente en que el suceso en el cual perdió la vida el señor Juan Hermógenes González Bedoya no hubo culpa alguna de la empresa, teniendo que absolverla de las súplicas de la demanda". (Las subrayas son del texto transcrita).

Se considera

Al analizar las pruebas que el cargo tiene por mal apreciadas o dejadas de evaluar, aparece:

La contestación de la demanda (folios 31 a 37, Cuad. 1º) sólo contiene el punto de vista de la empresa sobre la materia del litigio, y aunque constituye un medio legítimo para su defensa, no puede calificarse como una prueba que la favorezca. El interrogatorio de parte que absolvió el señor Bernardo Rabinovich a nombre de la demandada (folios 79v a 82v, ibidem) corresponde a la misma posición defensiva de ésta,

aunque reconoce que si hubo un accidente de trabajo (Pregunta 2^a, folios 79v a 80 ibídem) y que éste debió ocurrir entre las doce del día y la una de la tarde (Respuesta 18, folio 82v. ibídem), datos que debilitan las tesis planteadas en el ataque. El certificado de trabajo (folio 108 ibídem), sólo acredita que el fallecido señor González fue trabajador de Tejidos Leticia, que el 9 de septiembre de 1975 era Jefe operador de la máquina de lavado en seco y que su último jornal fue de \$ 109.72. En cuanto se refiere a la muerte del dicho señor, el certificado apenas contiene afirmaciones de la empresa que no pueden probar en su provecho, pues provienen de parte interesada en defender su posición en el pleito.

De otra parte, el acta de autopsia del señor Juan Hermógenes González Bedoya (folio 73 ibídem) dice que éste murió "al parecer intoxicado por inhalación de tricloroetileno". Y en el examen visceral anexo, se dice que fue negativo pero que "sin embargo ello no invalida el que su deceso se hubiese producido por efectos tóxicos del tricloroetileno (sic), ya que el análisis de esta sustancia requiere de un espectrofómetro de gas, aparato de que no disponemos", según párrafo textual del informe.

Se plantea pues en dicho documento la posibilidad de que González hubiera fallecido por intoxicación con tricloroetileno, pero no de una manera rotunda. Y, ante la duda, el sentenciador podía acoger, como lo hizo, esta posibilidad, o descartarla, sin que al optar por cualquiera de tales alternativas haya base para predicar que incurrió en error evidente de hecho, pues la duda permite una escogencia de hipótesis, que no es dable ante la certeza, que no existe en este caso, como acaba de verse.

Y esta certeza tampoco surge del acta de análisis toxicológico de las viscera de González, practicado por el Laboratorio de Toxicología de la Universidad de Antioquia (fls. 70 y 71 ibídem), pues aunque arroja resultado negativo, añade textualmente: "consideramos que el método de Fujiwara no es lo suficientemente sensible para determinar pequeñas cantidades de tricloroetileno". Dicha aclaración muestra que el documento nada prueba en cuanto a la inexistencia rotunda de ese elemento en los órganos del fallecido, y era entonces inocuo como prueba para dirimir el litigio, pudiendo entonces ignorarlo el Tribunal sin cometer por ello yerro de hecho evidente.

Como los errores predicados en el cargo no surgen del examen de las pruebas hábiles en casación, no es dable analizar el peritaje y las declaraciones de Manevich, Rodríguez Manzano, Sánchez, Bedoya, Paniagua y Rodríguez Suárez, por no ser invocables de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

No prospera la acusación, de consiguiente.

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 acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RENUNCIA DEL TRABAJADOR

"VALIDEZ JURIDICA DE LA RETRACTACION DE LA RENUNCIA QUE HACE EL TRABAJADOR. LA RENUNCIA DEL TRABAJADOR ES FORMA PREVISTA POR LA LEY PARA QUE EL CONTRATO DE TRABAJO TERMINE POR VOLUNTAD UNILATERAL DE LA PARTE QUE AQUEL PERSONIFICA..."

A LA RETRACTACION DE LA RENUNCIA, COMO REVOCATORIA DE UN ACTO UNILATERAL DE VOLUNTAD EMANADO DE SU MISMO AUTOR ARREPENTIDO, LE CONCEDE VALIDEZ JURIDICA LA CORTE SIEMPRE QUE SE MANIFIESTE ANTES DE HABERSE ACEPTADO LA DIMISION POR SU DESTINATARIO

NO SE CONFIGURAN LOS YERROS QUE EL RECURRENTE ACUSA
INDEMNAZION MORATORIA. BUENA FE PATRONAL (artículos 11 de la
Ley 6^a de 1945 y 1º del Decreto Reglamentario 797 de 1949)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia Expediente N° 7097

Acta N° 49

En el juicio iniciado por *Celis Modesto Vallejo López* contra la *Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero*, ambas partes interpusieron casación contra el fallo del 29 de marzo de 1979, pronunciado por el *Tribunal Superior de Bogotá* para decidir en segunda instancia el litigio y mantener las condenaciones contra la Caja dispuestas en la primera por concepto de pensión de jubilación e indemnizaciones por despido injusto y moratoria, pero disminuido el

monto de la primera de tales indemnizaciones y aumentado en cuatro centavos mensuales el valor de la pensión.

Sólo fue declarado legalmente viable el recurso de la Caja (folios 3 a 5 de este cuaderno), que fue sustentado en tiempo (folios 11 a 12 *ibidem*) y cuyo propósito es obtener la casación del fallo impugnado, la ulterior revocatoria del de la primera instancia y la absolución de todas las súplicas del libelo propuesto por Vallejo López o, en subsidio, el ataque circunscrito a la condena por indemnización moratoria, con el fin de librarse de ella.

La demanda de casación contiene cinco cargos que debe analizar la Sala ahora:

Primer cargo

Dice: "Acuso la sentencia impugnada por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, por infracción

directa, por falta de aplicación del artículo 1494 Código Civil, en relación con los artículos 11 de la Ley 6^a de 1945, 2^o de la Ley 64 de 1946 y 8^o de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 47, 48, 49, 50 y 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945 con el artículo 1^o del Decreto Ejecutivo 797 de 1949 y con el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969. La infracción de las normas laborales se produjo también por vía directa por falta de aplicación de unas y por indebida aplicación de otras.

Demostración del cargo

"Da por sentado el Tribunal que el trabajador presentó renuncia del cargo que desempeñaba en la demandada con fecha de 4 de diciembre de 1975, que retiró esa renuncia el 5 de diciembre de 1975 y que la Caja aceptó la renuncia por polígrafo número 7402 de 9 de diciembre de 1975, lo que significa que" no tuvo en cuenta la comunicación que le fuera enviada el día 5 de diciembre del mismo año por el señor Vallejo, de donde resulta que el contrato no estaría terminado por mutuo consentimiento, según lo prevee el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, sino por decisión unilateral de la Caja, ya que de la mencionada comunicación de diciembre 5 de 1975 se desprende con suficiente claridad que el actor retiraba la renuncia presentada el día inmediatamente anterior en la entidad demandada, desapareciendo en esta forma, por sustracción de materia, el motivo que hubiera podido dar lugar a la terminación del contrato, no teniendo la caja que pronunciarse sobre la renuncia inexistente".

"Es patente, entonces, que para el sentenciador la renuncia del trabajador no es un modo autónomo para terminar el contrato de trabajo sino una mera propuesta que de ser aceptada por el patrono da lugar a la terminación por mutuo consentimiento o mutuo disenso, ocurre, empero, que la renuncia, en su sentido natural y obvio y además como la define el Diccionario de la Real Academia, es la dimisión o dejación voluntaria de un empleo, o sea, que es la manifestación unilateral del trabajador de ponerle fin al vínculo laboral. Como especie de acto jurídico está previsto en el artículo

1494 Código Civil, que constituye regla general, conforme al cual las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontatos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

"Estas son las llamadas fuentes de las obligaciones, cada una de las cuales opera autónomamente para la creación, modificación o extinción de las mismas, dentro de las condiciones y los requisitos contemplados en la ley.

"En lo que atañe al vínculo laboral con los trabajadores oficiales, que es la situación que se presenta en este proceso según lo admiten las partes y el sentenciador, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6^a del mismo año, enseña que el contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento (d) y por decisión unilateral de cualquiera de las partes en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50 (g) entre otras causales, que son los siguientes: el 16 que consagra el derecho de la parte dispuesta a firmar el contrato de trabajo a darlo por terminado unilateralmente cuando la otra parte se negare a hacerlo después de haber sido requerida; el 48, que contempla las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, sin previo aviso, tanto por parte del patrono como por parte del trabajador; el 49, que establece justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, con previo aviso, tanto por parte del patrono como por parte del trabajador; y el 50, que regula la cláusula de reserva.

"Como esta 'decisión unilateral' del trabajador no es otra cosa que la renuncia no puede permitirse a dudas que la ley laboral, y concretamente las normas singularizadas, consagra la manifestación unilateral del trabajador como modo de terminación del contrato de trabajo distinto e independiente del modo de terminación por mutuo consentimiento y del modo manifestación unilateral del patrono.

"En consecuencia, es protuberante qué al proceder el sentenciador en la forma que se dejó explicada dejó de aplicar las disposiciones que le dan plenos efectos jurídicos a la renuncia del trabajador y aplicó indebidamente las que se refieren a la terminación por mutuo disenso y por decisión unilateral del patrono; infracciones estas que lo llevaron a infringir, de la misma manera, el artículo 11 de la Ley 6^a, de 1945, en relación con los artículos 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1^o del Decreto 797 de 1949, que consagran la indemnización por ruptura del contrato y la indemnización moratoria respectivamente, y los artículos 8^o de la Ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969, que consagran la llamada pensión sanción de jubilación. Por ello, demostrado el cargo procede el quebranto de la sentencia y la revocatoria de las condenas". (Las mayúsculas son del texto transcrito).

Se considera

La renuncia del trabajador es forma prevista por la ley para que el contrato de trabajo termine por voluntad unilateral de la parte que aquel personifica. Pero al aceptarla el patrono, se convierte ese acto, unilateral inicialmente, en un mutuo consentimiento sobre la cesación del vínculo contractual, que es forma distinta de extinguir el contrato y que exime de responsabilidad al dimitente en cuanto a eventuales perjuicios a su cargo por la voluntaria dejación del empleo, en la hipótesis de que hubiera sido intempestiva o ilegal de otro modo.

A la retractación de la renuncia, como revocatoria de un acto unilateral de voluntad emanado de su mismo autor arrepentido, le concede validez jurídica la Corte, siempre que se manifieste antes de haberse aceptado la dimisión por su destinatario. Así lo dice por ejemplo el fallo del 6 de junio de 1974 (juicio de Luis Ignacio Melo V/s. Electrificadora del Atlántico S. A.), proferido por la Sección Segunda de esta Sala.

Pero es obvio que, para que sea leal y no sorpresiva o artificiosa, la revocación de la renuncia debe dirigirse y entregarse a la misma persona u oficina a las cuales se hubiese enviado la dimisión. De lo contrario, quien recibió la renuncia puede atenerse a

ella y aceptarla, acogiéndose a los dictados de la buena fe y la seriedad propios de las relaciones honestas entre los seres humanos, y sin que esa aceptación pueda llegar a equipararse a un rompimiento injusto del contrato de trabajo por parte del patrono.

Serán entonces las circunstancias de hecho en que se produzca el retiro de una renuncia las que habilitarán al juzgador para decidir sobre su validez o ineficacia jurídica y para esclarecer así si el contrato de trabajo terminó por consentimiento mutuo o por voluntad unilateral del patrono al aceptar una dimisión revocada oportunamente y lealmente por el trabajador.

Y como en el presente caso el Tribunal ad quem, después de analizar los hechos demostrados en el juicio, halló que se había aceptado la renuncia de Vallejo López con posterioridad al retiro de ella mediante carta dirigida válidamente a la Caja y que, de consiguiente, fue despedido de manera ilegal dicho señor, no aparece configurada la aplicación indebida de textos sustanciales que el cargo acusa. Por lo tanto, no puede prosperar.

Segundo cargo

Su texto reza: "Acuso la sentencia impugnada por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Dto. Extraordinario 528 de 1964, por aplicación indebida de los artículos 11 de la Ley 6^a de 1945, 2^o de la Ley 64 de 1946, y 8^o de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 47, 48, 49, 50 y 51 del Dto. Reglamentario 1848 de 1969 y con el artículo 1494 Código Civil.

"La infracción de estos preceptos se produjo en forma indirecta, a consecuencia de los errores de hecho cometidos por el sentenciador al apreciar incorrectamente los documentos de folios 18 y 86, 87 y 17 y 89, lo mismo que la inspección ocular visible a folios 25 a 30.

"Los errores cometidos por el sentenciador pueden concretarse así:

"1º No dar por demostrado, estándose, que el contrato de trabajo terminó por voluntad unilateral del trabajador.

"2º Dar por demostrado, no estándose, que el contrato terminó por voluntad unilateral de la demandada.

"3º Dar por demostrado, no estandolo, que a la terminación del contrato de trabajo la Caja quedó debiéndole al trabajador la indemnización por despido.

Demostración del cargo

"Aunque el Tribunal acepta que el trabajador presentó renuncia del cargo que desempeñaba en la demandada, con fecha 4 de diciembre de 1975, dice que como esa renuncia fue dejada sin valor mediante la comunicación del 5 de diciembre de 1975 ya no había lugar a que el contrato terminara por mutuo consentimiento, por lo que al aceptarla la Caja, sin tener en cuenta la retractación, el contrato vino a terminar por decisión unilateral del patrono.

"Pero resulta que sea cual fuere el nombre que se le da a la comunicación del trabajador fechada el 4 de diciembre de 1975 basta leerla para advertir que ella contiene una terminante e inequívoca manifestación de su voluntad de dar por terminado el contrato de trabajo en la fecha futura que allí se indica, o sea, con previo aviso dado por escrito: Me dirijo a ustedes con el fin de presentar mi renuncia formal del cargo que ocupo como analista de los Seguros de Vida para otras Entidades. A partir el 1º de enero de 1976".

"Como puede advertirse no hay en este documento una oferta o una propuesta para terminar el contrato sino una 'formal' manifestación de terminación a fecha cierta. Los términos empleados son a tal punto inequívocos que no permiten considerarlo como un acto sometido a condición o pendiente de la aceptación, por lo que la Caja, como cualquier patrono en su caso, tenía todo el derecho a concluir, como efectivamente lo hizo, que el contrato había quedado terminado desde la fecha de la carta, aunque desde luego sus efectos se prolongaran hasta el vencimiento del preaviso. En estas condiciones, la aceptación era un acto meramente protocolario o, en el mejor de los casos, un asentimiento sin otro efecto que el de inhibir al patrono para reclamar posteriormente la posible indemnización de perjuicios por ruptura del contrato."

"Pero el Tribunal no lo entendió así sino como una mera propuesta de terminación por mutuo acuerdo, con lo cual incurrió en error manifiesto de hecho porque semejante entendimiento no surge del tenor literal ni del espíritu de esa comunicación. Respecto al documento de folio 87 los yerros son plurales: en primer lugar, la pretensa misiva no está dirigida al gerente ni a ningún funcionario autorizado para decidir sobre ella, que es requisito *sine qua non* según la jurisprudencia invocada por el propio demandante (casación junio 6 de 1966 Gaceta Judicial 2281, página 446 y ss.; junio 6 de 1974, Luis Ignacio Melo Vs. Electrificadora del Atlántico S. A.; sentencia octubre 10 de 1975, Marina Sanmiguel de Melo Vs. Electrificadora del Atlántico S. A.).

"Segundo, no hay constancia de que esa nota hubiera sido conocida por los directivos de la Caja y ni siquiera por los jefes inmediatos del trabajador demandante, ya que no se sabe quién la recibió, si es que realmente se recibió, y en la inspección ocular no se halló rastro de la misma (folio 29). Por último, si el contrato terminó por la renuncia, como ya se vio, la retractación vendría a constituirse en oferta, ella sí, de continuarlo, oferta que no podría producir efectos sin la aquiescencia expresa o tácita del patrono.

"Sentado lo anterior no ofrece dificultad concluir que hubo incorrecta apreciación del documento de folios 17 y 89, el cual de simple aceptación de renuncia fue convertido por el sentenciador en aviso de terminación unilateral del contrato por parte de la Caja. Este yerro, igualmente manifiesto, es consecuencia de los errores cometidos en la estimación de los otros.

"Los errores apuntados llevaron al sentenciador a concluir que la Caja había dado por terminado el contrato de trabajo, unilateralmente y sin justa causa, y como consecuencia a condenarla a pagar los valores correspondientes a la indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y pensión sanción. Demostrados como están, procede el quebranto del fallo para proferir la absolución en sede de instancia". (Las mayúsculas son del texto transscrito).

Se considera

Un examen de los documentos que el cargo tiene por mal apreciados en la sentencia recurrida, muestra que la renuncia del trabajador Vallejo (folios 18 y 86, Cuad. 1º) fue dirigida el 4 de diciembre de 1975 a la "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Departamento de Seguros", según se lee en su encabezamiento, que el retiro de la dimisión también se dirigió a la "Caja de Crédito Agrario, Departamento de Seguros. Dirección" el 5 de diciembre de 1975, es decir al día siguiente de aquél en que fue presentada la renuncia (folio 87 ibidem), y que en este último documento aparece con sello que dice: "Caja Agraria 75, diciembre 5 A.M. 11.31 Departamento Seguros".

Ello indica que tanto la renuncia de Vallejo López como su retractación al día siguiente fueron dirigidas a la misma oficina de la Caja: el Departamento de Seguros, en donde laboraba el actor, y que la dicha retractación fue recibida en tal oficina, porque así lo ostenta el sello que aparece en el escrito del folio 87 del primer cuaderno, cuya legitimidad no fue impugnada en las instancias.

Y si, ante aquellos hechos, el Tribunal ad quem le dio validez jurídica al retiro de la renuncia por parte de Vallejo, y encontró que en el documento de folios 17 y 89 del mismo cuaderno estaba la prueba del despido unilateral del demandante, al haberse aceptado una renuncia que el 9 de diciembre de 1975 era jurídicamente inexistente, no aparecen de bulto los yerros que en la evaluación de tales documentos le atribuye el cargo que, por ende, no está llamado a prosperar, pues la circunstancia de que en los archivos de la Caja no hubiese aparecido el original del escrito del folio 87, según se lee en el acta de la inspección judicial (folios 25 a 30 ibidem), no le resta autenticidad al referido escrito.

Cargo tercero

Fue formulado así: "Acuso la sentencia impugnada por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, por

aplicación indebida de los artículos 11 de la Ley 6^a de 1945, 2^o, de la Ley 64 de 1946 y 8^o de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 47, 48, 49 50 y 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, 1^o del Decreto Ejecutivo 797 de 1949 y 74 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y con el artículo 1494 Código Civil.

"La infracción de estos preceptos se produjo en forma indirecta, a consecuencia de los errores de hecho cometidos por el sentenciador al apreciar incorrectamente los documentos de folios 18 y 86, 87 y 17 y 89, lo mismo que la inspección ocular visible a folios 25 a 30.

"Los errores cometidos por el sentenciador pueden concretarse así:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo terminó por voluntad unilateral del trabajador.

"2º Dar por demostrado, no estándolo, que el contrato terminó por voluntad unilateral de la demandada.

"3º Dar por demostrado, no estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo la Caja quedó debiéndole al trabajador la indemnización por despido.

Demostración del cargo

"Aunque el Tribunal acepta que el trabajador presentó renuncia del cargo que desempeñaba en la demandada, con fecha 4 de diciembre de 1975, dice que como esa renuncia fue dejada sin valor mediante la comunicación del 5 de diciembre de 1975 ya no había lugar a que el contrato terminara por mutuo consentimiento, por lo que al aceptarla la Caja, sin tener en cuenta la retractación, el contrato vino a terminar por decisión unilateral del patrono.

"Ocurre, empero, que el documento de folio 87, en el cual se basó el Tribunal para decidir que la renuncia había sido oportunamente retirada, es una copia al carbón de una pretensa carta dirigida por el demandante al 'Departamento de Seguros Dirección' en la cual ciertamente aparece un sello de la Caja Agraria, pero sin que se sepa quien fue el empleado que la recibió, si es que la recibió algún empleado ya que en la inspección ocular no apareció rastro de ella (folio 29).

"Entonces, constituye yerro manifiesto del Tribunal darle plena validez a la retractación sin que aparezca fehacientemente establecido que la Caja tomó nota de ella o por lo menos uno de sus funcionarios, con la suficiente determinación para hacerlo responsable, la recibió oportunamente.

"Pero aunque se dijera, como parece creerlo el sentenciador, que basta la aposición de un sello, hay otra equivocación, todavía más grave y más ostensible, en acordarle eficacia a una comunicación de semejante tenor cuando ni siquiera fue dirigida al gerente o a funcionario autorizado para decidir sobre ella, requisito *sine qua non* según la jurisprudencia invocada por el propio demandante:

"Es preciso concatenar, pues, esa capacidad 'receptiva' 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 correspondiente" (Sentencia 6 de junio de 1974).

"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". (Sentencia 10 octubre 1975).

"Y como lógica consecuencia de estos yertos aparecen, con los mismos caracteres de gravedad y evidencia, las equivocaciones cometidas en la apreciación de la carta de renuncia (folios 18 y 86) y de la aceptación (folio 89), la primera de las cuales fue considerada sin valor y la segunda convertida en carta de despido injusto por el Tribunal, precisamente por darle eficacia a la retractación. Demostrada como está la inanidad de ésta aquellos documentos recobran todo su valor y establecen sin lugar a dudas que el contrato terminó por renuncia del trabajador aceptada por el patrono, y que no hubo la terminación unilateral por parte del patrono que el sentenciador dio por probada y

que le llevó a fulminar las condenas por indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y pensión sanción. El fallo, pues, debe casarse para dejar sin efecto, en sede de instancia, tales condenas". (Las mayúsculas son del texto transcrita).

Se considera

La estructura de este ataque es muy semejante a la del anterior. Vale pues ahora el mismo análisis de los documentos hecho entonces para descubrir que no se configuran los yertos que el recurrente acusa.

No sobra añadir, empero, que la presentación de una renuncia no coloca al dimítiente en la necesidad jurídica ineludible de retirarse de su empleo sino que, antes de que ello acontezca, hay lugar a que se retrakte de aquella determinación, en los términos y condiciones admitidos por la jurisprudencia de la Corte ya mencionados en el estudio de los cargos anteriores.

No prospera el ataque, en consecuencia.

Cuarto cargo

Dice textualmente así: "Acuso la sentencia impugnada por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, por vía directa, por interpretación errónea del artículo 11 de la Ley 6^a de 1945, en relación con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949".

Demostración del cargo

"La condena por indemnización moratoria se afina en esta lacónica motivación: 'Al estudiarse la petición relacionada con la indemnización por despido injusto', encontró la Sala que tal indemnización se adeudaba evidentemente al actor, pues al aceptar la entidad demandada el 9 de diciembre de 1975 una renuncia que para esa fecha no existía, originó una terminación unilateral del contrato sin justa causa.

"Como consecuencia de lo anterior, es decir por no haber cancelado al actor el valor que le correspondía por la indemnización por despido, procede, entonces, conde-

nar a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a pagar al señor Modesto Celis Vallejo López como indemnización moratoria la suma de \$ 324.26 diarios a partir del día 1º de abril de 1976 y hasta cuando cancele al actor el valor que le corresponde por concepto de indemnización por despido injusto, confirmándose, así lo resuelto por el *a quo*".

"Este razonamiento se origina en una exégesis evidentemente errónea del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 pues parte del supuesto de que éste, al desarrollar el principio sobre indemnización de perjuicios consagrado en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, sanciona de manera automática la simple demora en el pago de cualquiera deuda laboral, siendo así que, como lo tiene bien explicado la H. Corte, lo que se sanciona es la demora de *mala fe* en la cancelación de tales deudas.

"Debido a este erróneo entendimiento de la norma el Tribunal, lo mismo que el Juez *a quo*, se abstuvo de examinar si la conducta de la Caja fue seria y responsable al abstenerse de pagar la indemnización por despido, si las razones que invocó para negarse a pagar ese derecho eran o no valideras y atendibles y si se había cumplido o no la hipótesis prevista en el inciso 1º, *in fine*, del mentado artículo 1º del Decreto 797:

".....; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber mientras la justicia del trabajo decide la controversia".

"No hubo, pues, en el fallo que se examina una errónea apreciación probatoria que condujera al fallador a una defectuosa aplicación de la ley sino, por el contrario, una mala inteligencia del precepto que impidió la consideración de un evento en él mismo previsto. Para decirlo de otra manera, el yerro no se originó en la premisa menor del silogismo judicial, la situación fáctica, sino en la premisa mayor, o sea, en la propia regla de derecho.

"Demostrado el cargo, y a manera de consideración para la subsiguiente labor de la Corte en sede de instancia, debo observar que la Caja actuó con absoluta bue-

na fe, que pagó oportunamente lo que confessaba deber, que se abstuvo de pagar la indemnización por despido porque nunca creyó haber incurrido en despido y que, por último su conducta durante el proceso se ajusta igualmente a los más exigentes cánones de lealtad y buena fe.

"Con efecto: en la demanda que dio origen al proceso se solicitó el reconocimiento de la indemnización por despido, de unos reajustes de cesantía, primas de servicios y compensación de vacaciones, con base en la afirmación de que la Caja había pagado por esos conceptos pero no en la cuantía adeudada, de la indemnización moratoria, de las costas (sic) y de la pensión sanción de jubilación. De estas pretensiones solamente prosperaron la indemnización por despido, la indemnización moratoria como consecuencial y la pensión sanción de jubilación porque el Tribunal encontró probado, de manera fehaciente, el pago total de lo adeudado por concepto de salarios, cesantía, primas de servicios y vacaciones. Y ciertamente, a folio 19 aparece fotocopia auténtica de la liquidación final de prestaciones, con el sello de haber sido pagada en enero 28 de 1976 y la firma del demandante, correctamente practicada con base en el mismo tiempo de servicios y el mismo salario que se afirmaron en la demanda, y en el interrogatorio de parte que absolvio durante el proceso (folios 32 a 34) el trabajador demandante confesó que la Caja le había pagado todas las prestaciones sociales correspondientes a los 11 años y 227 días de servicios y que había disfrutado en tiempo de las últimas vacaciones causadas.

"En cuanto a la indemnización por despido ella se originó, lo mismo que la pensión sanción, en el hecho del despido, que el Tribunal dio por establecido después de un análisis del acervo probatorio, particularmente de tres documentos contradictorios y reveladores de una situación compleja: la carta de renuncia visible a folios 18 y 86, la retractación que obra a folio 87 y la aceptación de la renuncia que aparece a folios 17 y 89. Pero, aparte de lo discutible que resulta admitir que el trabajador puede a su arbitrio renunciar inmotivadamente y después desistir de la renuncia,

quedando en cualquiera de los dos casos el patrono sometido a la voluntad de aquel, como si el contrato no fuera bilateral, tales documentos, aún apreciados en la forma en que lo hizo el sentenciador, no dan base para poner en tela de juicio la buena fe de la Caja. Por el contrario, como la retractación no le fue dirigida al gerente, funcionario con capacidad receptiva o decisoria como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, y no se estableció que un funcionario responsable la hubiera recibido, queda en pie que al aceptar la renuncia la administración actuó de buena fe, desconociendo que ella hubiera sido retirada, y con la convicción de que estaba vigente. Entonces no tenía por qué considerarse deudora de obligaciones derivadas de esa ruptura de contrato que nunca creyó haber cometido, obligaciones evidentemente inciertas en el momento de la terminación del contrato puesto que su incertidumbre sólo viene a despejarse con la declaración judicial.

"En suma, es patente que la Caja pagó oportunamente y de buen grado todos los salarios y las prestaciones sociales que se causaron durante la vigencia del contrato de trabajo, sin que quedara ningún saldo pendiente, que aceptó la renuncia que le presentó el trabajador, creyendo de buena fe que estaba vigente, y que tanto frente al trabajador como durante el proceso actuó de manera limpida y recta, sin sombra de malicia y con la conciencia de estar procediendo conforme a derecho. Todo lo cual, según la constante jurisprudencia de la Corte, la libera de la sanción prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que desarrolla las previsiones del artículo 11 de la Ley 6^a de 1945" (Las mayúsculas son del texto transcrita).

Se considera:

Ha dicho la jurisprudencia constante de la Corte que la condenación al pago de la indemnización moratoria consagrada por los artículos 11 de la Ley 6^a de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949 no procede en forma automática sino que el sentenciador ha de examinar si la conducta del patrono respecto de su antiguo servidor, estuvo o

no regida por los dictados de la buena fe, para proveer lo pertinente de acuerdo con lo esclarecido a ese respecto.

Y como en el caso sub judice el Tribunal sólo tuvo en cuenta el hecho escueto de que la Caja no le había pagado a Vallejo López la indemnización por despido a tiempo de fenercer el contrato de trabajo para confirmar la condena dispuesta contra ella en la primera instancia, fluye la interpretación errónea de aquellos textos que el cargo acusa.

Prospera, por lo tanto, este ataque y ha de casarse el fallo impugnado en cuanto mantuvo la condena al pago de indemnización moratoria dispuesta contra la Caja en la primera instancia.

No hace falta estudiar el quinto cargo, pues persigue el mismo objetivo ya satisfecho con el triunfo del cuarto.

Y, para proveer en el segundo grado, la Sala considera:

Al folio 19 del primer cuaderno obra la liquidación de prestaciones hecha por la Caja al demandante. A folios 33 y 34 del del mismo cuaderno se leen las respuestas dadas por Vallejo Celis a las preguntas tercera y cuarta del interrogatorio de parte a que fue sometido y en las cuales confiesa que el ente demandado le pagó las prestaciones sociales correspondientes a los 11 años y 227 días de servicios a ella y le concedió las vacaciones por el último año de labores. Y, finalmente, el Tribunal ad quem halló correcto el cálculo de las prestaciones sociales hecho por la Caja a su antiguo servidor (folio 159 ibidem).

Todos estos hechos abonan la buena fe del ente demandado en sus relaciones con el extrabajador Vallejo López, sin que llegue a desvirtuarse ese criterio por la circunstancia de no haberle satisfecho la indemnización por despido, desde luego que el determinar si el contrato fenerció por causa injusta o ilegal exigió un arduo estudio sobre la validez del retiro de su renuncia que hizo el trabajador, tal como se lee en los fallos de instancia y en el presente.

Debe revocarse, por lo tanto la condena al pago de indemnización moratoria que hizo el juez a quo y, en su lugar, absolver de esta súplica del libelo a la entidad de-

mandada, conforme a la recta interpretación que le ha dado la Corte de modo constante a los artículos 11 de la Ley 6^a de 1945 y 1^o del Decreto Reglamentario 797 de 1949.

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 el numeral tercero del fallo recurrido en cuanto confirmó el ordinal b) del numeral primero del de la primera instancia y revoca el dicho ordinal b) para absolver, en su reemplazo, a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Mi-

nero de la súplica sobre indemnización moratoria propuesta en su libelo por el señor Celis Modesto Vallejo López.

No CASA en lo demás el fallo acusado.

Sin costas en casación.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MALA FE PATRONAL

“EL PATRONO NO ACREDITO QUE EL VALOR DE LO DEDUCIDO CORRESPONDIA A LOS QUE LE ADEUDABA EL TRABAJADOR, NI DIO RAZONES ATENDIBLES PARA JUSTIFICAR ESA OMISION, NO ES POSIBLE CONCLUIR QUE OBRO DE BUENA FE AL NO PAGAR OPORTUNAMENTE LAS PRESTACIONES SOCIALES AL TRABAJADOR, PUES LA SOLA AUTORIZACION GENERAL PARA UN DESCUENTO DE LO QUE SE ADEUDE, NO SUPONE QUE SE HIZO BUEN USO DE LA MISMA”

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco Correa).

Acta número 49.

Luis Javier Valencia Gallo, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado especial a *Compañía de Seguros del Pacífico S. A.*, *Compañía de Seguros de Vida del Pacífico S. A.*, *Capitalizadora del Pacífico S. A.*, *Sociedad Administradora de Inversiones de Occidente S. A.*, e *Inversiones del Occidente S. A.*, a fin de que se las condene, “en forma conjunta”, a pagarle las sumas que resultaren probadas por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía por todo el tiempo servido, liquidado con la totalidad del salario devengado por el demandante, incluyendo viáticos; las vacaciones y las primas de servicios de todo el tiempo servido; el valor de las comisiones pactadas en forma verbal y por servicios en la ciudad de Cali y las comisiones pactadas en forma escrita durante la prestación de servicios dentro de la Sucursal de Bogotá, los salarios por mora en el pago de prestaciones sociales y demás deudas

que se reclaman en la demanda, y las costas del proceso.

Según los hechos de la demanda Luis Javier Valencia Gallo ingresó al servicio de las sociedades demandadas, en calidad de Promotor Nacional de Ventas, el día 22 del mes de mayo de 1972, bajo contrato escrito de trabajo, en el cual se estipuló la prestación de los servicios en Cali; a partir del primero de febrero de 1973 fue trasladado a Bogotá, habiéndose firmado un nuevo contrato de trabajo sin que hubiera existido solución de continuidad hasta el 30 de junio de 1973, cuando se terminó la relación laboral por renuncia presentada por el demandante. En el primer contrato de trabajo se pactó como remuneración un salario básico de seis mil pesos mensuales y comisiones garantizadas por una suma mínima de tres mil pesos mensuales más los viáticos. En el segundo contrato la remuneración pactada fue de nueve mil pesos básicos y comisiones del tres por mil sobre los salarios nominales pagaderos al recaudo de la tercera cuota, por una sola vez y dentro del territorio de la sucursal de Bogotá; el uno por ciento sobre primas recaudadas en negocios nuevos generales y el cinco por ciento sobre primas recaudadas en negocios nuevos de vida individual; se exceptuaron todos los negocios realizados por la firma Finiseg dentro de

la sucursal de Bogotá cuyo territorio comprendía el territorio del Departamento de Cundinamarca y el área del Distrito Especial de Bogotá. Valencia Gallo pactó en la ciudad de Cali con los doctores Rodrigo Tafur González, Presidente de las Compañías demandadas, y Hugo Borrero Velasco, Vicepresidente de Ventas, los siguientes porcentajes: en capitalización \$ 0.50 por cada \$ 1.000.00 de valores nominales, suma que se causaba al pago de la tercera cuota y sobre la totalidad de las ventas nacionales; en seguros generales: el uno por ciento de las primas pagadas en ventas nacionales, y en seguros de vida, el dos por ciento de las primas pagadas por ventas nacionales. El demandante, durante la vigencia del contrato de trabajo solamente recibió como remuneración la suma de \$ 9.000.00 mensuales, y las sociedades demandadas no le liquidaron ni pagaron suma alguna por concepto de comisiones pactadas verbalmente en la ciudad de Cali, ni las que se pactaron por escrito para la prestación de los servicios en la sucursal de Bogotá, a pesar de los múltiples reclamos que hizo sobre el particular. A la terminación del contrato no le cancelaron a Valencia Gallo el auxilio de cesantía, las primas de servicios y las vacaciones, ni los salarios adeudados.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de las sociedades demandadas aceptó como ciertos los hechos referentes a la celebración de los contratos de trabajo en Cali y Bogotá, con las respectivas fechas de iniciación y terminación y negó los demás. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso la de inexistencia de la obligación, con fundamento en que las demandadas, siguiendo instrucciones dadas por el demandante, liquidaron y pagaron los salarios y prestaciones que le adeudaban y las abonaron a la obligación que tenía con las mismas. Y la de compensación, al desatar la *litis* saliere a cargo de las compañías demandadas alguna suma, con el saldo de la deuda a cargo de Luis Javier Valencia Gallo.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado* del conocimiento, que lo

fue el *Doce Laboral del Circuito de Bogotá*, desató la *litis* en sentencia de once de abril de mil novecientos setenta y ocho, en cuya parte resolutiva dispuso: "Primero. Condenase a las sociedades Compañía de Seguros del Pacífico S. A., Compañía de Seguros de Vida del Pacífico S. A., Capitalizadora del Pacífico S. A., Sociedad Administradora de Inversiones de Occidente S. A., e Inversiones de Occidente S. A., con domicilio principal en la ciudad de Cali y legalmente representadas por su Gerente para la Sucursal de Bogotá, doctor Carlos Alberto Rodríguez, o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Luis Javier Valencia Gallo, de condiciones civiles conocidas de autos las siguientes sumas de dinero: a) La cantidad de diez mil cuatrocientos setenta y tres pesos con setenta y cinco centavos (\$ 10.473.75) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía; b) La suma de cuatro mil setecientos veinticinco pesos (\$ 4.725.00) moneda corriente, por concepto de vacaciones; c) La cantidad de nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 9.450.00) moneda corriente, por concepto de primas de servicios; y, d) La suma de trescientos quince pesos (\$ 315.00) moneda corriente, diarios, a partir del día primero (1º) de julio de mil novecientos setenta y tres (1973) y hasta la fecha en que le sean canceladas al actor las sumas a que se refieren los anteriores literales, a título de indemnización moratoria. Segundo. Absuélvese a las sociedades Compañía de Seguros del Pacífico S. A., Compañía de Seguros de Vida del Pacífico S. A., Capitalizadora del Pacífico S. A., Sociedad Administradora de Inversiones de Occidente S. A., e Inversiones de Occidente S. A., de las restantes súplicas de la demanda. Tercero. Decláranse no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y compensación propuesta por la parte demandada al dar respuesta a la demanda. Cuarto. Costas a cargo de la parte demandada en un 90%, Tásense".

Interpuso el recurso de apelación el apoderado de las sociedades demandadas. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Laboral*, en sentencia de quin-

ce de septiembre de mil novecientos setenta y ocho. Revocó la condena por indemnización moratoria contenida en la letra d) del numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado y en su lugar absolvió a las compañías demandadas de dicha petición.

Recurrió en casación el apoderado de Luis Javier Valencia Gallo. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo presenta el recurrente así: "Con la presente demanda de casación pretendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto por su ordinal 1º revocó el literal d) del numeral 1º del fallo de primer grado y por su ordinal 3º no condenó en costas en la segunda instancia y que, procediendo como Tribunal de instancia, confirme el literal d) del numeral 1º del fallo de primer grado en cuanto éste condenó a las sociedades demandadas a pagar al demandante la suma de \$ 315.00, diarios a partir del día 1º de julio de 1973 hasta la fecha en que le sean canceladas al actor las sumas a que se refieren los anteriores literales, a título de indemnización moratoria, y condene en las costas de la segunda instancia y del recurso extraordinario a la parte demandada".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador presenta un solo cargo, que se estudiará a continuación.

Cargo único

"La sentencia impugnada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el artículo 59 ordinal 1º del mismo código. La violación se produjo por los siguientes errores de hecho evidentes en que incurrió el *ad quem*: Primero: dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa tuvo liquidación final de salarios y pres-

taciones del actor las sumas que aparecen en dicha liquidación. Segundo: dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa actuó de buena fe al descontar al actor en la liquidación de prestaciones sociales las sumas que aparecen en dicha liquidación. Los errores de hecho anteriores se produjeron como consecuencia de la apreciación errónea que hizo el *ad quem* de las pruebas siguientes que obran en el expediente: Primera: carta de renuncia del actor (folios 23); Segunda carta de la empresa mediante la cual relaciona al trabajador su liquidación de prestaciones sociales (folios 24 y 25).

Demostración del cargo

Al resolver sobre la excepción de compensación, propuesta por la parte demandada al contestar el libelo, manifestó el *ad quem*: 'Excepción de compensación: Corresponde anotar que, como bien lo advierte el fallador de primera instancia, en la sub lite *la parte demandada no demostró que la cantidad de \$ 21.164.25, que ella hace figurar en el citado documento de folios 23 a 24, fuera realmente la debida por el trabajador, quien en su comunicación escrita visible a folio 23 no determina ninguna cantidad al respecto*. Razones por las que no se puede tener como de recibo legal el descuento o la deducción pretendida por el patrono por la mencionada cantidad de dinero. Se declarará no probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada' (folios 132 y 133) (el subrayado es mío). Y al resolver sobre la súplica de la demanda en el sentido de condenar a las sociedades demandadas al pago de la indemnización moratoria, añadió el *ad quem*: 'Indemnización moratoria: Teniendo en cuenta el referido documento de folio 23, en donde el trabajador autoriza el descuento del dinero que adeude a la empresa, pero sin que en él determinara la cantidad de la deuda, estima este Tribunal que no es del caso dar aplicación a la sanción prevista por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque resulta forzado pensar que la actuación total de la parte demandada en cuanto al pago de las obligaciones laborales al

término del contrato de trabajo estuviera teñida de mala fe. Por tanto habrá de revocarse lo decidido por el *a quo* al respecto'. (folio 133). Es extraño que hubiera considerado el *ad quem* 'que no es del caso dar aplicación a la sanción prevista por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque resulta forzado pensar que la actuación total de la parte demandada en cuanto al pago (sic) de las obligaciones laborales al término del contrato estuviera teñida de mala fe' (folio 133) si dicho 'pago' no se efectuó precisamente en virtud de los descuentos practicados por la parte demandada a que alude el documento del folio 24. Máxime cuando el mismo Tribunal reconoció expresamente que la parte demandada no demostró que la cantidad de \$ 21.164.25, fuera realmente la debida por el trabajador, quien no determinó tampoco en el documento del folio 23 ninguna cantidad al respecto, 'razones por las que no se puede tener como de recibo legal el descuento o la deducción pretendida por el patrono por la mencionada cantidad de dinero' (folios 132 y 133). Por otra parte, resulta igualmente extraña la vaga alusión hecha por el *ad quem* a la 'actuación total' de la parte demandada como exonerativa de mala fe en ésta en el 'pago' de las obligaciones laborales al término del contrato de trabajo, por cuanto mediante un análisis más detallado y más ajustado a la realidad habría tenido que concluir necesariamente en que dicha 'actuación total' de la parte demandada quedó reducida precisamente a la prueba documental contenida en los folios 23, 24 y 25. Así, la parte demandada relacionó solamente, fuera de los términos procesales pertinentes, una supuesta deuda del actor a su favor por \$ 21.164.25, (folios 24 y 116, folio este último donde aparece que su apoderado manifestó que el pagaré a cargo del actor tenía como fecha el 26 de diciembre de 1972) pero no probó la existencia de una deuda del actor a su favor, por cuanto, en primer lugar, ni siquiera solicitó en las oportunidades procesales debidas que se tuviera como prueba tal documento de deber ni ningún otro, ni lo adjuntó al informativo, ni lo acreditó mediante interrogatorio de parte, inspección judicial u otro

medio probatorio. Asistió razón, por tanto, al *a quo* al condenar a las sociedades demandas al pago de la indemnización moratoria, mediante las siguientes consideraciones: 'También es pertinente aclarar antes de entrar a estudiar las súplicas del libelo, lo siguiente: a folio 23 del informativo milita una carta dirigida por el actor al gerente regional del Grupo Occidente Pacífico, en la cual en su última parte dice textualmente lo siguiente: "...y se autorice a quien corresponda la liquidación de las prestaciones sociales a que tenga derecho descontándose la Compañía el dinero que le adeude' (subraya el Juzgado). A folios 24 y 25, en copia, aparece la liquidación de prestaciones sociales efectuada por la parte demandada al demandante y presentada por ésta como prueba, en la cual se descuenta del valor de los derechos prestacionales la suma de \$ 21.000.00, por concepto de préstamo hecho al actor y en consecuencia no se le pagan prestaciones por ser superior la deuda a lo que le correspondía al demandante. En relación con estos documentos, el Juzgado observa lo siguiente: si bien es verdad que el demandante autoriza para que la parte demandada descunte las sumas que salga a deber a la sociedad, no lo es menos que en dicho documento no aparece por ninguna parte que se hubiere indicado una suma concreta en relación con la deuda. Entonces, no ve el Juzgado cómo puede la parte demandada, *motu proprio*, imputarle al demandante una deuda por la suma de \$ 21.000.00, y no aporte el documento correspondiente en el que conste dicha obligación pues es sabido que las obligaciones superiores a \$ 500.00, deben constar necesariamente por escrito y la parte demandada no aportó al proceso ninguna prueba tendiente a respaldar la deuda que, según ella, le debía el demandante. En estas condiciones considera el despacho que al no haberse demostrado lo anteriormente anotado, el no pago de prestaciones sociales por la enjuiciada o parte demandada, es a todas luces ilegal y procederá la condena por los conceptos que a continuación se detallan... uno de los cuales es, precisamente, el de la indemnización moratoria (folios 97 y 98). Las consideraciones

anteriores del *a quo* fueron compartidas por el señor Magistrado doctor Arturo Linares Ortega al salvar su voto respecto de la providencia impugnada en los términos siguientes: 'Considerar que la simple autorización general para descontar deudas, hecha por el trabajador, libera *ipso jure* al patrono de efectuar el pago de las acreencias laborales sin conocer la cuantía de la deuda del trabajador, y bajo el argumento de la buena fe del patrono, equivale a dar paso a retención abusiva de las acreencias laborales del trabajador y consecuencialmente hacer nugatoria la eficacia de la sanción por mora a que se contrae el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ésto la Corte al respecto ha dicho: 'No es admisible el parecer de que el sólo hecho de alegar una compensación supone la existencia de una verdadera buena fe por parte del patrono, la alegación compensatoria como exculpativa de la falta de pago entronizaría, en casos innumerables, la arbitrariedad patronal' (Sentencia 16 de abril 1959, G. J. XC, 435)' (folio 135). En el mismo sentido de la jurisprudencia citada por el Magistrado Disidente, puede citarse jurisprudencia más reciente, como la sentencia dictada en la casación de Roberto Patiño contra Ponce de León en el primer semestre de 1976, de la cual fue ponente el doctor Alejandro Córdoba Medina. Al dar por establecido el *ad quem* que de los documentos que obran a folios 23, 24 y 25 del informativo se desprende la existencia real de una deuda a cargo del actor y en favor de las sociedades demandadas y no un simple pretexto o alegación no demostrado de estas últimas, resulta evidente que incurrió en una apreciación errónea de tales documentos. Si los hubiera apreciado correctamente y no hubiera ocurrido, además, en los errores de hecho evidentes señalados con anterioridad, habría tenido que concluir necesariamente en la confirmación del fallo de primer grado en la forma que se indica en el capítulo sobre el alcance de la impugnación".

Para el opositor la sentencia impugnada no violó indirectamente por aplicación indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no se presentaron

los errores de hecho de que habla el demandante. Dice que las demandadas sí obraron de buena fe al descontar determinada suma de dinero de la liquidación de las prestaciones sociales, por cuanto estaban autorizadas para ello por el demandante, quien no objetó la imputación del préstamo a su cargo al valor de las prestaciones sociales.

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre la indemnización por mora: "Teniendo en cuenta el referido documento de folio 23, en donde el trabajador autoriza el descuento del dinero que adeude a la empresa, pero sin que en él determinara la cantidad de la deuda, estima este Tribunal que no es del caso dar aplicación a la sanción prevista por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque resulta forzado pensar que la actuación total de la parte demandada en cuanto al pago de las obligaciones laborales al término del contrato de trabajo estuviera teñida de mala fe. Por tanto habrá de revocarse lo decidido por el *a quo* al respecto".

Se considera

El documento de folio 23 es una carta dirigida el 22 de junio de 1973 al Gerente Regional Grupo Occidente Pacífico en la cual el demandante Luis Javier Valencia Gallo pide que "se autorice a quien corresponda la liquidación de las prestaciones a que tenga derecho, descontándose la Compañía el dinero que le adeuda".

A folios 24 y 25 aparece una copia al carbón de la nota dirigida el 10 de septiembre a Luis Javier Valencia por el señor Guillermo Vanegas R. Secretario Sucursal Bogotá, en la cual se relaciona la liquidación de prestaciones del primero, de cuyo valor, \$ 11.223.75, se le descuenta la suma de \$ 34.290.19 por los siguientes conceptos: \$ 21.000.00 por préstamo, \$ 500.00 Fondo de Empleados, \$ 9.000.00 anticipo comisiones; \$ 1.888.00 cargo por primas memo número 1252 Bogotá; \$ 1.902.19 por prima Suramericana. Quedó un saldo en contra de Luis Javier Valencia de \$ 23.066.44, sobre la cual se le dice en la misma nota: "De conformidad con lo anterior le solicitamos cancelar dentro del término de 15 días con-

tados a partir de la presente el saldo a su cargo, el cual se encuentra respaldado además por el Pagaré que usted suscribió a favor de la Compañía. Igualmente le manifestamos que el valor que figura como anticipo de comisiones constituye realmente un adelanto a las que tenía derecho sobre las ventas promovidas por usted, razón por la cual está correctamente anotada en la liquidación, pues no existe ningún documento que le de otro carácter".

De todo lo anterior se concluye que el trabajador demandante autorizó al patrono para que hiciera un descuento del valor de sus prestaciones sociales por la suma que le adeude, sin precisar la cuantía, y el patrono hizo el descuento de una suma fija. Al solicitar judicialmente el trabajador el pago de la totalidad de sus prestaciones, correspondía al patrono acreditar que la cantidad deducida era la que le adeudaba el trabajador. Así lo entendió el fallador de segunda instancia al no declarar probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada y confirmar la condena del a quo por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicios.

Si el patrono no acreditó que el valor de lo deducido correspondía a lo que le adeudaba Luis Javier Valencia, no dio razones atendibles para justificar esa omisión, no es posible concluir que obró de buena fe al no pagar oportunamente las prestaciones sociales al trabajador, pues la sola autorización general para un descuento de lo que se adeude, no supone que se hizo buen uso de la misma. En consecuencia incurrió en manifiesto error de hecho el Tribunal Superior al concluir que las sociedades demandadas actuaron de buena fe al descontar al trabajador demandante las sumas que aparecen detalladas en el documento de folios 24 y 25, error que lo condujo a violar indirectamente el artículo 65

del Código Sustantivo del Trabajo al no condenar a dichas sociedades a pagar la indemnización por mora que la norma consagra.

Las costas de la segunda instancia serán de cargo de la parte demandada.

El cargo prospera y la sentencia se casará en lo pertinente. En sede de instancia se confirmará la condena impuesta por el fallador de primer grado por concepto de indemnización por mora consistente en el pago diario de \$ 315.00, salario diario devengado por Valencia Gallo, desde el 1º de julio de 1973, fecha en que terminó el contrato de trabajo, hasta cuando se cancelen las prestaciones sociales a cuyo pago se condena a las demandadas.

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 quince de septiembre de mil novecientos setenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto por su ordinal 1º). Revocó la letra d) del numeral 1º) del fallo de primer grado y en su lugar absolió a las sociedades demandadas de la petición relacionada con indemnización moratoria, y en sede de instancia confirma la letra d) del numeral primero del fallo de primer grado. Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSIONES RESTRINGIDAS O PROPORCIONALES CONSAGRADAS EN EL ARTICULO 8º DE LA LEY 171 DE 1961, YA FUERE CUANDO EL TRABAJADOR ES DESPEDIDO SIN JUSTA CAUSA O CUANDO SE RETIRA VOLUNTARIAMENTE

SEGUN LA JURISPRUDENCIA ES DIFERENTE EL REGIMEN DE LAS PENSIONES RESTRINGIDAS O PROPORCIONALES A CARGO DE LOS PATRONOS CONSAGRADA EN EL ARTICULO 8º DE LA LEY 171 DE 1961, SEGUN SE TRATE DE LA PENSION QUE TUVO SU ORIGEN EN EL DESPIDO DEL TRABAJADOR SIN JUSTA CAUSA, COMUNMENTE LLAMADA "PENSION SANCION", Y LA QUE NACE POR EL RETIRO VOLUNTARIO DEL TRABAJADOR, EN AMBOS CASOS ANTES DE QUE ESTE HAYA CUMPLIDO LOS VEINTE AÑOS DE SERVICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 49

Joaquín A. Gil García, mayor, vecino de Medellín, demandó por medio de escrito que "coadyuvó" su apoderado judicial, a *Gaseosas Posada Tobón S. A.*, para que se la condene a reconocerle Pensión de jubilación y Gastos y costos del juicio.

Los hechos de la demanda los relata así Joaquín A. Gil García:

"*Primero*: Durante el período comprendido entre el 27 de septiembre de 1954 y el 8 de febrero de 1972, laboré al servicio de la entidad demandada. *Segundo*: En 8 de febrero de 1972 me retiré de la compañía, ya que las circunstancias que modificaron mi contrato de trabajo, a ello me obligó. *Tercero*: Mi último oficio fue el de

jefe de patios y mi salario promedio mensual de \$ 2.800.00. *Cuarto*: Promoví acción contra la empresa accionada, para que se le condenara a pagar en mi favor indemnización por despido indirecto y pensión sanción de jubilación. La compañía alegó que mi renuncia había sido voluntaria y así fue decidido por la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—. *Quinto*: Al ser mi retiro voluntario, de acuerdo con la Ley 171 de 1961, me asiste el derecho de gozar de pensión de jubilación por haber trabajado más de 15 años y tener mas de 60 años de edad".

Al dar contestación a la demanda el apoderado de *Gaseosas Posada Tobón S. A.*, negó los hechos y propuso las siguientes excepciones:

Cosa juzgada

"Propongo esta excepción previa con fundamento en los hechos que el actor demandó a la Empresa, por la misma causa, como lo compruebo con las copias que acompaña de la primera demanda, de su

contestación, de las sentencias de primera instancia, segunda instancia y casación, dictadas en el juicio laboral que inició el señor Gil ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, en el cual se absolió a la Compañía de las pretensiones de la demanda.

Falta de jurisdicción o competencia del Juez

Fundamento esta excepción previa en el hecho de que la Entidad obligada a reconocerle pensión de jubilación o de vejez, al demandante, es el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y como esta es una institución de derecho público, el actor debe agotar la vía administrativa y si se le niega el derecho debe acudir al contencioso administrativo para hacerlo valer. Advierto que en el proceso, hay carta de esta Institución anunciando que tiene derecho a tal pensión.

Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones

Fundamento esta excepción previa en los hechos anteriores. No comprender la demanda a todas las personas que constituyen el *litis consorcio necesario*. Fundamento esta excepción previa en el hecho de que debe demandar, igualmente, al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, entidad que asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Perentorias:

Inexistencia de la obligación. Carencia de acción. Falta de causa. Prescripción. Petición antes del tiempo o de modo indebido

La fundamento en que debe reclamarla

primero al Instituto Colombiano de Seguros Sociales". En la primera audiencia el apoderado de Gaseosas Posada Tobón S. A. propuso la excepción de compensación con base en que Joaquín Gil García adeuda a la demandada, la suma de \$ 32.300.00 provenientes de las costas a que fue condenado en un proceso que siguió contra ella por pensión de jubilación. En esta misma audiencia el Juez no accedió a declarar probadas las excepciones de previo pronunciamiento, y el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante, resolvió lo siguiente: "a). No se decreta en el presente juicio la excepción de cosa juzgada. b). Cítese al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, representado por la persona a quien competía tal función, para que esté a derecho en el presente juicio. El señor Juez, en el auto de címplase, dará cumplimiento a la parte pertinente del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. En los anteriores términos queda REVOCADO y CONFIRMADO, con modificaciones, el auto que se ha revisado por apelación del apoderado de la empresa demandada, de fecha y procedencia conocidas. Sin costas".

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado* del conocimiento, que lo fue el *Noveno Laboral de Medellín*, dictó sentencia el veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y siete, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º) CONDENASE a la empresa Gaseosas Posada Tobón S. A. a pagar al señor Joaquín Antonio Gil García una pensión mensual, proporcional y vitalicia de jubilación, en cuantía de \$ 546.48 a partir del 8 de febrero de 1972. 2º) DECLARASE probada la excepción de compensación en cuantía de \$ 32.300.00. 3º) DECLARASE no probadas las demás excepciones propuestas. 4º) CONDENASE en costas a la entidad demandada y en favor del demandante, en su totalidad. Tásense".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín* en fallo de catorce de junio de mil novecientos setenta y ocho decidió el doble recurso en los siguientes términos: "1º). Se declara que la sociedad denominada 'Gaseosas Posada Tobón S. A.' está en la obligación de pagar al señor Joaquín A. Gil García, o a sus sucesores a título universal que tengan derecho a la sustitución pensional, a partir del nueve (9) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972), una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de Un mil setecientos setenta pesos (\$ 1.770.00), y además a efectuar los reajustes legales que hayan surgido y surjan en el futuro en razón de

disposiciones legales que hayan sido dictadas o se dicten por el Gobierno Nacional. 2º). No resulta ningún cargo contra el Instituto de los Seguros Sociales (I.S.A.) y, enconsecuencia, se le ABSUELVE. 3º). Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y se le condena a pagar al actor las costas de la primera instancia. 4º). En los anteriores términos queda revocada parcialmente, confirmada con modificaciones, y adicionada, la sentencia que se ha revisado por apelación de ambas partes, de fecha y procedencia conocidas".

Es de advertir que ante el Tribunal Superior se acreditó que el señor Joaquín A. Gil García falleció el trece de enero de mil novecientos setenta y siete.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso de apelación el apoderado de Gaseosas Posada Tobón S.A.. Concedido que fue por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. No se presentó escrito de oposición por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula el casacionista así: Persigo el quebranto parcial de la sentencia recurrida, en cuanto por su ordenamiento primero condenó a Gaseosas Posada Tobón S.A. a pagarle a Joaquín A. Gil García, o a sus sucesores a títulos universal que tenga derecho a la sustitución pensional, a partir del 9 de febrero de 1972, una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$ 1.770.00 y, además, a efectuarle los reajustes legales que hayan surgido y surjan en el futuro en razón de disposiciones legales que hayan sido dictadas o se dicten por el Gobierno Nacional; en cuanto, además, por su ordenamiento cuarto confirmó con modificaciones y adicionó la condena jubilatoria del Juzgado, y en cuanto por su ordenamiento tercero impuso a la demandada las costas de la primera instancia. Y persigo estos quebrantos para que, convertida esa H. Sala en Tribunal de Instancia, en la decisión subsiguiente revoque las condenas por jubilación y por costas de los ordenamientos 1º y 4º,

respectivamente, del fallo del *a quo*, absolviendo, en su lugar, de dichos extremos de la *litis*. En subsidio, pido la casación parcial, en cuanto la sentencia recurrida condenó a jubilación en favor del demandante, adicionando a los sucesores que tengan derecho a sustitución pensional, en cuantía superior a la pensión que reconoció el Juzgado y en cuanto revocó la compensación excepcionada por la demandada y declarada por el *a quo*, para que, en sede de instancia, se confirmen las decisiones 1ª y 2ª de dicho primer juzgador".

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

"*Primero.* Por la vía directa acuso aplicación indebida de los artículos 260 Código Sustantivo del Trabajo y 8º, parte final de su inciso 2º, de la Ley 171 de 1961, y 15 del Decreto 435 de 1971, 10 de la Ley 10 de 1972 y 1º a 4º de la Ley 33 de 1973, en relación con los artículos 193 y 259 del estatuto laboral mencionado, cuyos incisos segundos dejaron de aplicarse por el fallador siendo el caso de hacerlo, no por ignorancia acerca de la existencia de ellos ni por rebeldía contra sus ordenamientos ni por equivocado entendimiento de los mismos, sino en la modalidad de falta de aplicación que la jurisprudencia de esa H. Sala ha enseñado como de aplicación indebida de la vía directa, como dejaron de aplicarse debidamente asimismo los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 62 del Acuerdo del ICSS. Nº 224 de 1966, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, violaciones en que incurrió el fallador por errónea interpretación del artículo 61 del dicho Acuerdo del ICSS. Nº 224 de 1966.

Demostración

El Tribunal impuso la condena jubilatoria que impugno con fundamento en los textos laborales primeramente reseñados, y la extendió luego en favor de los sucesores del demandante, prescindiendo, para todo ello, de las normas, que también he reseñado, que exoneraron al patrono de la pensión demandada, en razón de la asun-

ción por el ICSS, del riesgo de vejez, que dicha entidad está cubriendole a Gil García desde febrero de 1972, (hecho éste de que el *ad quem* partió y yo no discuto) condenó, repito, porque según su interpretación del artículo 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, en relación con sentencia de la Corte de 17 de junio de 1971, al mencionado trabajador, afiliado al ICSS., en razón de sus 17 años y meses de servicios le asiste el derecho a recibir de la demandada la pensión restringida, independientemente de la de vejez que le reconoció la dicha entidad. Pero esa interpretación, tanto de la norma en cita como de la jurisprudencia que invocó, producida para caso distinto, es manifiestamente equivocada, porque extiende a los trabajadores que se han retirado voluntariamente (como fue el caso de Gil, para el propio fallador) una norma-relativa, ciertamente, a las pensiones restringidas de la Ley 171 de 1961, pero para trabajadores despedidos sin justa causa. Tal extensión le asigna un contenido a la norma que ella no tiene, la interpreta, fuera de todo error de hecho o de derecho de carácter probatorio, en un sentido o con un alcance que no es el del legislador, que la concibió y produjo para trabajadores despedidos sin justa causa, siendo este último su verdadero entendimiento. Debe, en consecuencia, casarse el fallo recurrido, en correcta interpretación del texto en cita, que condujo a la condena que impugno, y en la decisión de instancia, con estimación de los mismos hechos apreciados por los falladores, y de los textos que integran la proposición jurídica de este cargo, revocarse la de primer grado y, en su lugar, absolver de la pretensión jubilatoria, asumida, conforme a la ley y reglamentos, por el ICSS. Mas si en la decisión correspondiente se estimare que el caso de autos se gobierna por el artículo 60 del mencionado Acuerdo 224 de 1966, la Sociedad demandada solo deberá pagar 'el mayor valor' respecto de la pensión de vejez que atiende el ICSS., como lo dispuso el *a quo* en fallo que, en este caso, se confirmaría como lo pido subsidiariamente en el 'alcance de la impugnación' de esta demanda. Todo lo anterior lo solicito respetuosamente".

Sobre la concurrencia de la pensión de vejez con la restringida por retiro voluntario dijo el Tribunal Superior:

"Realmente la situación que presenta el proceso es demasiado sencilla, conclusión a la que la Sala ha arribado después del correspondiente estudio, y a pesar de que la parte opositora desde un comienzo trató de tornarla borrosa con sus alegaciones, que igualmente condujeron al Juzgado a darle al asunto una indebida interpretación, pues aunque en el fallo que se revisa hizo un reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de la empresa, lo involucró con la pensión de vejez que independientemente reconoce el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la reglamentación que él tiene establecida sobre el particular, pensión de vejez de la cual está disfrutando el actor según constancias que se encuentran en el expediente. Y se dice que la pensión de vejez que reconoce el Instituto Colombiano de Seguros Sociales resulta independientemente de la que establece la Ley 171 ya citada, en su artículo 8º, a pesar de que los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo en sus incisos segundos disponen que las prestaciones tanto comunes como especiales dejan de ser obligaciones patronales cuando el respectivo riesgo sea asumido por el I.C.S.S., porque tal situación se presenta de conformidad con la ley y los reglamentos de dicha entidad. El artículo 62 del acuerdo Nº 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, dispuso que las presaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestos en este reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez'. Es decir, que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumió el riesgo correspondiente a la pensión plena de jubilación, mas no las proporcionales que emergen de cualquiera de las circunstancias previstas en el ya varias veces citado artículo 8º de aquella ley, pues cuando una de estas circunstancias se presenta, es el patrono quien debe reconocer la respectiva pensión, independiente de la pen-

sión de vejez que reconoce el I.C.S.S. para cuando se satisfagan las exigencias reglamentarias y legales para obtener el derecho respectivo. En sentencia del 17 de junio de 1971 dijo la H. Corte Suprema de Justicia, interpretando las normas anteriores para aplicarlas a un caso muy similar al que ocupa la atención del Tribunal, que 'precisamente porque el seguro de vejez se consigue por reunir determinadas condiciones de edad y tiempo de servicios a uno o varios patronos, la terminación del contrato por cualquier razón no tiene incidencia en esta clase de seguro. Las formas de jubilación restringida obedecen a controles de la prestación patronal pero no son adecuadas al régimen de seguro. De tal manera que el mismo reglamento habla de la sustitución de obligaciones, pero advierte que ello ocurre con las excepciones contempladas en los artículos anteriores, y el 61 del mencionado acuerdo dice: 'Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000,00) moneda corriente, o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por este para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el Instituto'.

"Y agrega la H. Corte más adelante, que 'la norma consagra la doble pensión que el recurrente no admite, y expresa claramente cómo el riesgo correspondiente a la pensión reducida, que nace por hechos distintos a la edad y al servicio aunque tenga relación con ellos, no fue asumido por el Instituto al menos en estos primeros diez años de vigencia de ese seguro de vejez', argumentos que son aplicables al caso

controvertido aquí, pues hacen relación a la misma norma contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que resulta ser el fundamento principal de la pretensión contenida en el libelo. (Jurisprudencia citada por la revista "Estudios de Derecho Laboral", Nº 7).

Se considera

En sentencia de noviembre ocho de mil novecientos setenta y nueve, Ana Elisa Falla, viuda de Pinzón contra Industrias Philips de Colombia S. A., no publicada aún en la Gaceta Judicial, esta Sala de Casación Laboral, Sección Primera, hizo un completo estudio sobre las pensiones restringidas o proporcionales consagradas en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ya fuere cuando el trabajador es despedido sin justa causa o cuando se retira voluntariamente.

Dijo así la Corte:

Como se desprende claramente del texto del artículo 61 y de la propia naturaleza de la pensión restringida, también llamada con mejor propiedad 'pensión-sanción', el Instituto de los Seguros Sociales no asumió el riesgo a que ella corresponde, ni sustituyó a los patronos en la obligación de pagarla. De un lado porque la norma, como se advirtió antes, dejó intacta la dicha obligación patronal y reconoció la posibilidad de concurrencia de las dos pensiones, y de otro, porque la pensión restringida o especial no atiende propiamente el riesgo de vejez, sino que fue establecida con el carácter de pena o sanción para el patrono por el despido sin justa causa del trabajador que ya le había servido largo tiempo; como garantía de la estabilidad de éste en el empleo y de que, por este camino, pudiera llegar a obtener el beneficio de la jubilación, frenando así y restándole eficacia a la utilización de aquel medio por el empresario para evitarlo. En consecuencia, esta clase de pensiones, vale decir, las que se causan por despido injustificado después de 10 o 15 años de servicios y sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el

Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, continúa en pleno vigor, son independientes de las que deba reconocer el Instituto y corren a cargo exclusivo del patrono. Los artículos 60 y 61 del Reglamento General de los Seguros Sociales se enderezan a proteger a los trabajadores que en la fecha inicial de la asunción del riesgo de vejez por el Instituto llevaran más de 10 años al servicio de una misma empresa de las obligadas a pagar pensión de jubilación conforme al Código Sustantivo del Trabajo, permitiéndoles, de una parte, obtener su reconocimiento y pago del respectivo patrono el quedar satisfechos los requisitos legales, sin perjuicio de que el Instituto sustituya después a ese patrono, total o parcialmente, según el caso, al tener recibidas las cotizaciones mínimas para la pensión de vejez, y, de otra dejándoles a salvo el derecho a la pensión-sanción consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en el evento de que se les impidiese ganar la primera al despártirse sin una justa causa. Para esos propósitos se consideró suficiente asignar al artículo 61 una vigencia de 10 años, pues con ese lapso, sumado a los otros 10 que ya llevarian laborando como mínimo, completaban los 20 años necesarios para obtener del patrono la pensión plena; porque en ese mismo periodo de 10 años podían cumplir las cotizaciones mínimas exigidas por el Instituto para el otorgamiento de la pensión de vejez; y, finalmente, porque el permitírseles laborar durante ese tiempo —con el cual, se repite completarían por lo menos 20 años de servicios— tampoco habría lugar a la pensión sanción, que se causa por despido injusto después de 10 años, pero antes de 20. Nada dijeron esas normas acerca de la pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios, de que trata el mismo artículo 8º referido, pero es forzoso entender que ese grupo de trabajadores (los que llevaban 10 años o más de servicios cuando el Seguro Social comenzó a asumir el riesgo de vejez) conservó el derecho a reclamarla de sus respectivos patronos si se daban las condiciones de ley dentro de los siguientes 10 años, pues, de otro modo, quedarían totalmente desprotegidos, por cuanto la susti-

tución, según las veces de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 Código Sustantivo del Trabajo, no surte efectos sino a partir del momento en que se encuentren cumplidos los aportes mínimos. Si el trabajador, verbi gratia, se retira a los 17 años de servicios con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo apenas habrían transcurrido 7 años, tiempo insuficiente, salvo situaciones de excepción, para realizar las cotizaciones requeridas; en tal caso, no podría exigir la pensión de vejez, ni la de jubilación plena por no haber servido durante 20 años, ni la pensión-sanción por no haber sido despedido injustificadamente, y solo le quedaría la pensión especial a que se viene haciendo referencia. El criterio contrario reñiría con el postulado de favorabilidad que rige en el derecho del trabajo, recogido expresamente para el caso en el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, y vulneraría el espíritu del artículo 72 ibídem, en cuanto ordena que las pensiones existentes a cargo de los patronos se seguirán rigiendo por las disposiciones que las consagran hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada situación. Pero ese amparo no se extiende para esos mismos trabajadores a un tiempo superior a los dichos 10 años, por las razones expuestas; ni comprende a los que llevaran menos de 10 años de servicios en la fecha en que el Instituto inició la asunción del riesgo de vejez ni a los que empezaron a trabajar con posterioridad, pues para ellos rigen las disposiciones generales. El Seguro Social no asumió el riesgo creado por el propio trabajador con su retiro voluntario, por un acto proveniente de su libre y espontánea voluntad. Si el trabajador decide retirarse sin haber cumplido con el número de cotizaciones que le darían derecho a exigir del Seguro pensión de vejez, él, y sólo él, debe correr con las contingencias de su personal comportamiento. En resumen, la cuestionada pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios rigió únicamente por un periodo de 10 años, contados desde la fecha en que los Seguros Sociales dieron comienzo a la asunción del riesgo de vejez, y sólo para los

trabajadores que en esa fecha llevaban por lo menos 10 años de servicios en una misma empresa de capital no inferior a \$ 800.000,00. Al expirar aquel término, la referida pensión quedó abolida y sustituida por la de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Como es lógico, si aquél trabajador que había obtenido pensión por retiro voluntario vuelve a prestar servicios y reingresa como afiliado al Instituto, al completar los aportes necesarios tendrá derecho a que el Seguro le otorgue la pensión de vejez. A partir de ese momento, por tener cabal cumplimiento la subrogación, el patrono queda liberado y cesará el pago de la pensión que venía reconociendo. Los demás trabajadores, o sea aquellos que en el momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían completado 10 años de servicios y los que comenzaron a trabajar después de dicho momento, quedarán sometidos al régimen general u ordinario previsto en los artículos 11 y 12, en armonía con el 14 y 57 del Reglamento. Y sus respectivos patronos fueron totalmente subrogados por el Instituto de Seguros Sociales en la obligación de pagar pensión de jubilación, transformada en pensión de vejez, por virtud de esos mismos preceptos y de conformidad con las previsiones de los artículos 72 y 76, inciso 1º, de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo. De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se tiene lo siguiente: 1. Pensiones de jubilación a cargo exclusivo del patrono: a). Las de aquellos trabajadores que estuviesen gozando de ella al iniciarse la asunción del riesgo de vejez por el Instituto de Seguros Sociales. b). Las de quienes en esa misma fecha lleven 20 años de servicios, aún cuando todavía no hayan cumplido edad exigida por la ley (artículo 59 del Reglamento). c). Las especiales por retiro voluntario después de 15 años de servicios, respecto de trabajadores que llevaran 10 años o más cuando se inició el tránsito de un sistema a otro y cuya desvinculación se produzca dentro de los 10 años siguientes. Esta pensión tendrá vigencia hasta el momento en que el Instituto, si fuera el caso, comience a pagar la de vejez. 2. Pensiones compartidas entre el Instituto de Seguros Sociales y el patrono: Las que co-

rrespondan a trabajadores que en la fecha en que el Instituto haya comenzado a asumir el riesgo de vejez llevan más de 10 años de servicios y completen el tiempo y la edad requeridos para la pensión de jubilación y continúen cotizando a los Seguros hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez. Al quedar satisfechas las exigencias para la jubilación, el patrono debe pagar la pensión íntegramente hasta que el Instituto comience a pagar la suya; a partir de este momento la obligación patronal queda reducida al pago de la diferencia que llegare a existir entre el valor de las dos pensiones, y nada deberá si el monto de ellas fuera igual. En el primer evento, la sustitución del patrono por el Instituto será parcial y en el segundo total. (Artículos 60 y 61 del Reglamento) 3. Pensiones especiales a cargo del patrono concurrentes con la pensión de vejez: Las denominadas pensión-sanción, impuestas como pena al empresario que despide sin justa causa a un trabajador con más de 10 años de servicios y menos de 15, o con igual falta de justificación después de 15 años de servicios. Estas pensiones, como se dejó apuntado, por su propia índole represiva, por no obedecer al riesgo de vejez y por expresa disposición del artículo 61 del Decreto 3041 de 1966, son compatibles con la que está obligado a otorgar el Instituto de Seguros Sociales desde el momento en que se encuentren cumplidos los requisitos mínimos que la condicionan. Como puede darse el caso de que al producirse el despido injusto el trabajador no tenga sufragadas las cotizaciones mínimas (porque tenía 16 años o más de servicios en la fecha de la asunción del riesgo y se le despidió antes de que sirviera otros 10 años), la norma le permite seguir cotizando hasta completarlas. (Artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en concordancia con el 61 del Reglamento). 4. Pensiones a cargo del Instituto de los Seguros Sociales exclusivamente, o pensiones de vejez. Las correspondientes a todos los demás trabajadores sujetos a la regla general del Seguro Social Obligatorio que hubiesen ingresado al servicio de un patrono o con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo

de vejez, o antes de la dicha fecha, pero sin haber completado para entonces un tiempo de servicios de 10 años. En todos estos casos el Instituto sustituye o subroga de manera total a los patronos en la obligación de pagar pensión de jubilación, salvo en lo concerniente a la pensión-sanción de que trata el punto anterior. (Artículos 1º, 11, 12, y 57 del Reglamento)".

Según la jurisprudencia transcrita es diferente al régimen las pensiones restringidas o proporcionales a cargo de los patronos consagradas en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, según se trate de la pensión que tiene su origen en el despido del trabajador sin justa causa, comúnmente llamada "pensión sanción", y la que nace por el retiro voluntario del trabajador, en ambos casos antes de que éste haya completado los veinte años de servicios. En el primer caso concurre la pensión restringida con la pensión de vejez a cargo de los Seguros Sociales. En el segundo caso el patrono tiene a su cargo el pago de la pensión restringida hasta tanto el Seguro Social reconozca la pensión de vejez cotizado el trabajador en la cantidad mínima exigida por los respectivos Reglamentos.

De modo que al considerar el Tribunal Superior que de acuerdo con los Reglamentos del Seguro Social sobre el riesgo de Vejez concurrian la pensión restringida por retiro voluntario con la de vejez a cargo de los Seguros Sociales, apoyándose en una jurisprudencia de la Corte que llegó a esa conclusión, pero únicamente respecto de la que se causa por despido injusto con base en lo dispuesto en el artículo 61 de dicho Reglamento, interpretó equivocadamente esta norma, que se refiere exclusivamente a esta pensión proporcional y no a aquella otra. Violación que condujo a la aplicación indebida de las otras normas sustanciales indicadas en el cargo estudiado, que por lo tanto prospera.

La sentencia acusada se casará en lo pertinente y la decisión de instancia se tomará previas las consideraciones siguientes:

Joaquín A. Gil García prestó sus servicios a Gaseosas Posada Tobón S. A. desde el 27 de septiembre de 1954 hasta el 8 de fe-

brero de 1972, (folios 128 y 129) o sea que el 1º de enero de 1967, cuando el Seguro Social asumió el riesgo de su vejez, tenía más de diez años de servicios. Su retiro voluntario de la sociedad demandada se produjo el 8 de febrero de 1972, o sea dentro de los diez años siguientes a la fecha en que el Seguro Social asumió el riesgo de vejez. De acuerdo con la jurisprudencia de ocho de noviembre del año en curso, el patrono estaría obligado a pagarle la pensión restringida hasta tanto el Instituto de Seguros Sociales le reconociera la pensión de vejez. Sin embargo esta pensión ya le fue reconocida el 5 de febrero de 1972 (folios 87 vuelto y 144 vuelto). O sea que entre la fecha en que Joaquín García se retiró voluntariamente de la empresa y aquella en que empezó a disfrutar de la pensión de vejez, no existió solución de continuidad. En consecuencia el patrono demandado no está obligado a reconocer suma alguna por concepto de pensión restringida de jubilación por retiro voluntario.

El Juez de primer grado condenó a Gaseosas Posada Tobón S. A. a pagar a Joaquín Gil García una pensión mensual proporcional y vitalicia de jubilación en cuantía de \$ 546.48, que obtuvo de restar de la pensión proporcional que le correspondería por el tiempo de servicios y retiro voluntario la suma que le fue reconocida por el Seguro Social. Se apoyó para esta decisión en el artículo 57 del Reglamento de los Seguros Sociales sobre el riesgo de vejez. Mas, como ya se ha visto, la pensión compartida entre patronos y el Seguro Social solamente se presenta cuando se trata de la pensión plena de jubilación, como expresamente lo establece el artículo 57 que invocó el Juzgado. Se revocará en consecuencia esta condena, con costas de las instancias a cargo de la parte demandante.

Como el segundo cargo persigue que la condena a pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación no se extienda a los sucesores de Joaquín Gil García y dicha condena impuesta por el fallador de segundo grado fue casada, es inoficioso estudiarlo. Lo mismo sucede con el tercero, cuya finalidad es la de que se declare la excepción

de compensación para el caso de que no prospere el cargo primero que, como ya se vio, prosperó con el resultado de la absolución para la demandada.

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 14 de junio de 1978 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en cuanto en su ordinal 1º condenó a Gaseosas Posada Tobón S. A. a pagar una pensión de jubilación a Joaquín Gil García o a sus sucesores a título universal, y en sede de instancia REVOCA la condena impuesta por el mismo concepto en el fallo de pri-

mer grado y en su lugar ABSUELVE a Gaseosas Posada Tobón S. A. de la petición sobre pensión de jubilación contenida en la demanda inicial del proceso. Costas de las instancias a cargo de Joaquín A Gil García. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

H O M O L O G A C I O N

La Corte por providencia de 29 de noviembre de 1979, HOMOLOGA el laudo arbitral pronunciado el 31 de julio de 1979 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio constituido para dirimir el conflicto laboral colectivo surgido entre la Empresa Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico S. A. "SOBUSÁ" y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta número 40

Radicación número 7245.

La Empresa Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico S. A. "Sobusa", recurrió en homologación el laudo de treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y nueve, dictado para resolver el conflicto colectivo de trabajo entre esa empresa y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico.

Antecedentes

1. El 18 de septiembre de 1978, la Unión Sindical de Choferes del Atlántico presentó a la empresa un pliego de peticiones contentivo de cuatro puntos, relativos a jornada de trabajo, descansos para tomar el desayuno y el almuerzo, salarios y vigencia de la Convención Colectiva.

2. Por medio de Resolución N° 01532 de 3 de abril de 1979 del Ministerio del Trabajo, fue convocado el Tribunal de Arbitramento, y mediante Resolución 02898 de 1º de junio siguiente la misma entidad

designó al tercer árbitro para integrar ese Tribunal.

3. El Tribunal se instaló el 26 de junio de 1979 y después de dos prórrogas concedidas por las partes y por el Ministerio, dictó el laudo correspondiente, que adoptó por mayoría las peticiones sobre jornada de trabajo y salarios, rechazó por unanimidad la relativa a descansos y, también por unanimidad, acogió la referente a la vigencia de la Convención Colectiva.

4. La sociedad, como recurrente, pretende que se anulen los puntos primero y segundo del fallo arbitral, sobre jornada de trabajo y salario fijo de los choferes, respectivamente.

El Sindicato, a su turno, persigue que se homologuen todos los preceptos del laudo.

Se estudiarán en su orden y por separado las dos acusaciones:

I. Jornada de trabajo

El artículo primero del laudo dispone:

"La jornada de trabajo de los choferes será de diez (10) horas diarias, la cual se inicia a partir del momento en que el conductor timbra su tarjeta de entrada a la empresa. Todo trabajo que se realice después de dicha jornada, será considerado como suplementario y remunerado con los recargos legales".

El recurrente afirma que en el pliego de peticiones no figuró el punto de partida de

la jornada de trabajo, es decir, que no se incluyó en dicho pliego la disposición del laudo que preceptúa que la jornada de trabajo se inicie cuando el trabajador timbre la tarjeta de entrada a la empresa, si no que lo que allí se pretendió fue un horario fijo entre las seis de la mañana y las cuatro de la tarde. Y estima que por esa razón existe inconsonancia entre lo pedido y lo que decidió el Tribunal, lo que determina la inexequibilidad de ese primer artículo del laudo, según jurisprudencia de la Corte, que transcribe.

Asegura que la decisión del Tribunal es violatoria del artículo 56 del Decreto Ley 1393 de 1970, que estableció la prohibición de que las empresas de transporte fijaran a los conductores una jornada de trabajo de más de diez horas diarias. La violación está, a juicio del recurrente, en la parte final del primer artículo del laudo, en cuanto dispone que "todo trabajo que se realice después de dicha jornada será considerado como suplementario y remunerando con los recargos legales", y consiste en autorizar el establecimiento de una jornada superior a las diez horas con el único requisito de que se le paguen al conductor los recargos legales, y en convertir "lo que en la ley es límite máximo e infranqueable según se vio, en jornada ordinaria y obligatoria para las partes", lo cual perjudica a los trabajadores y a la empresa, y a ésta, porque se le vulnera el derecho de establecer turnos y jornadas diferentes "dentro del límite legal, particularmente teniendo en cuenta que ese mandato aparece como encajonado por ese ilegal señalamiento del timbre de la tarjeta de entrada como necesario punto de partida", y porque daría lugar a equívocos, tornándose en fuente de conflictos.

El opositor, por su parte, y en relación con el artículo cuestionado por la empresa, sostiene que el Tribunal no hizo cosa distinta que unificar la jornada máxima legal con la ordinaria, sin extralimitarla.

Se considera

La función que cumplen los árbitros no está limitada a acceder o negar las solicitudes formuladas en el pliego; en el ejerci-

cio de ella está implícita la posibilidad de someter la obligación que imponen a una de las partes a regulaciones que faciliten su cumplimiento.

De ahí que no asiste razón al recurrente en cuanto afirma que el Tribunal se excedió en el ejercicio de sus facultades, porque si bien es cierto que el pliego de peticiones no contempla que la jornada se inicie cuando el trabajador tiembre la tarjeta de ingreso a la empresa, ese hecho (la anotación en la tarjeta de entrada) no hace más gravosa la situación de la empresa sino que simplemente torna más expedita la determinación de la jornada de trabajo, lo cual implica únicamente la reglamentación de un derecho. La empresa, además, goza de libertad para señalar el momento en que debe marcarse la tarjeta, es decir, el comienzo de la jornada, que bien puede ser a las 6 de la mañana u otra distinta. No asiste, por tanto, la inconsonancia alegada.

Por otra parte, el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970 que se estima violado dispone: "Las empresas de transportes, por razones de seguridad pública, no podrán fijar a los conductores jornadas de trabajo superior a diez (10) horas". El laudo no contraviene este precepto al disponer que el trabajo que se realice después de la jornada de diez horas sea considerado como labor suplementaria sujeta a remuneración, pues se trata simplemente de reafirmar una consecuencia lógica de la prestación de un servicio que excede, por vía de excepción, el límite máximo legal establecido en el precepto transrito y no de autorizar una jornada ordinaria superior a las diez horas, tal como lo hacen los artículos 159 y 168 del Código Sustantivo del Trabajo y no obstante la fijación de jornada máxima hecha en el 161 ibidem. La disposición examinada, en consecuencia, no vulnera ningún derecho establecido en la ley.

Por las razones anteriores, el artículo 1º del laudo deberá ser homologado.

II. Salario fijo de los choferes

El artículo segundo del laudo preceptúa: "El salario de los choferes durante las diez (10) horas de trabajo a que se refiere

el Capítulo Primero, será de veinte pesos (\$ 20.00) la hora, sea que el chofer se encuentre sobre el timón y en ruta, o inactivo, a disposición de la empresa".

Para sustentar la acusación, el impugnador expresa que el Tribunal partió de una motivación inadecuada porque no tuvo en cuenta ningún elemento de juicio para adoptar la modificación del salario, habiendo consultado en cambio, sin ningún fundamento, el criterio de equidad, lo que estima inadmisible conforme a jurisprudencia de la Corte, que transcribe.

De otro lado, sostiene que la decisión implica el establecimiento de un cambio económico, administrativo y legal en la empresa, puesto que autoriza el pago de salarios fijos en lugar de salarios variables. Al respecto observa, que esta forma de remuneración, la que se conviene mediante el sistema del salario variable, es la que rige en las empresas de transporte y la que ha considerado el legislador al establecer el auxilio de transporte (Ley 15 de 1959) y el subsidio del transporte (Decreto 558 de 1978) y es la que se ha tenido en cuenta en las reglamentaciones del Intra para determinar el importe de ese subsidio, de lo que el impugnador deduce que "La vigencia del laudo vendría a implicar para Sobusa su extrañamiento de esa organización, su ruptura con el sistema del cual hace parte y posiblemente, a corto plazo, la liquidación de la empresa. Acaso pudiera transformar su propia organización financiera, administrativa, laboral y contable para satisfacer la caprichosa decisión de los árbitros, pero lo que no podría sería imponérselo al Intra y exigir que se adopten reglas y modelos únicos. Apartándose de las previsiones legales examinadas, para reconocer el subsidio en forma distinta o sobre bases diferentes a las del resto de las empresas de transporte urbano".

Afirma el impugnador que el fallo arbitral afecta el derecho del patrono a convenir la forma de remuneración con sus trabajadores, consagrado en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. "Esta libertad de estipulación —dice el recurrente— no puede ser desconocida o cercenada so pretexto de mejorar las condiciones económicas de los trabajadores porque atañe

al derecho que tiene el patrono de organizar su empresa conforme a sus propios criterios económicos, financieros y administrativos y teniendo en cuenta las condiciones de la región y de la industria, como ya se explicó. Y es una libertad y un derecho tan elementales que ni siquiera requerirían consagración expresa porque el propio legislador debe respetarlos: no se concibe un mandato legal que prohíba toda forma de remuneración distinta a la fija". En desarrollo de lo expuesto, el recurrente observa que la decisión de los árbitros rebasa el ámbito de lo económico y contraviene los ordenamientos sentados por la Corte en providencia de 23 de julio de 1976, y luego dice:

"Con la doctrina anterior se quiso rectificar y efectivamente se rectificó, como se anota en la misma providencia, la tesis que diferenciaba entre aumento de prestaciones extralegales, creadas por convención o laudo anterior, y creación de las mismas por primera vez. Pero en cambio se mantuvo, como no podía dejar de ser, el criterio de la intangibilidad de los derechos reconocidos en la constitución y en la ley.

"De consiguiente, como el laudo afecta en forma grave y ostensible uno de aquellos derechos que 'garantizan al empresario el ejercicio de su actividad' y de los que emanan de su calidad de subordinante, de propietario de la empresa, de director del establecimiento, para utilizar las mismas expresiones de la Corte, debe anularse para restablecer el derecho violado, como lo dispone el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo".

La acusación concluye de este modo:

"Hay un último aspecto no por consecuencial menos importante y que por lo mismo debe mencionarse: el salario variable estimula al trabajador para perseguir una mayor productividad, en lo cual no solamente está interesado el empresario sino toda la sociedad. Este importante estímulo no sólo desaparece en el presente caso sino que se convierte en desestímulo al equiparar el tiempo de trabajo efectivo, y por lo mismo de rendimiento, con el tiem-

po de disponibilidad. Una cosa es que se pague el tiempo en que el trabajador está a disposición del patrono pero inactivo, como efectivamente lo paga la empresa, y otra muy distinta que se obligue a remunerar en la misma forma el trabajar que el no trabajar.

"Por todo lo cual solicito muy respetuosamente que se anule en su totalidad el laudo impugnado".

Se considera

La decisión arbitral, en cuanto determina que los conductores reciban un salario de \$ 20.00 por hora durante las diez de la jornada, no es violadora del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal fijación obedece al establecimiento de condiciones de trabajo de carácter económico que equilibra las aspiraciones de los trabajadores y los intereses de la empresa. El citado artículo 132 no establece un derecho exclusivo, fundamental e inmodificable para el patrono; simplemente consagra la facultad de los contratantes de "convenir libremente el salario en sus diversas modalidades", pero con la obligación de respetar "el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales". Esta última referencia, a fallos arbitrales, indica claramente que la regulación del salario, tanto en su cuantía como en su forma, puede ser hecha por los árbitros sin que el precepto resulte contrariado, si es esa la materia del conflicto por no haberla podido convenir las partes directa y espontáneamente.

Las apreciaciones del recurrente acerca de que el sistema del salario variable es más favorable, incluso para los trabajadores, sólo constituyen opiniones, que mantienen el problema en el campo de la equidad, que es propio de los árbitros y ajeno

al recurso de homologación. Aquéllos, por lo demás, se basaron en la inspección que llevaron a cabo en la empresa, sin que, de otra parte, las alegaciones del recurrente sobre el modo como se acogió la decisión arbitral o sobre el concepto de equidad, puedan considerarse eficaces para infirmar la resolución del Tribunal.

Tampoco puede oponerse la supuesta violación de las reglamentaciones del Intra —las que tienen que ver con el reconocimiento del subsidio del transporte—, pues la determinación del número de pasajeros transportados, que aquélla institución requiere para determinar el valor del subsidio, no depende de la remuneración que reciban los conductores, sino del sistema que las empresas transportadoras adopten para saber cuál es el número de los pasajeros movilizados.

En consecuencia, tampoco prospera el recurso por este aspecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Homologa el laudo arbitral pronunciado el 31 de julio de 1979 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio constituido para dirimir el conflicto laboral colectivo surgido entre la Empresa Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico S. A., "Sobusa" y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico.

Envíese el expediente a la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico para los efectos legales.

Cópíese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora, Fernando Uribe Restrepo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

(Carencia de derecho)

“...El actor tenía menos de 10 años al servicio de su patrono el 1º de enero de 1967, fecha en la cual debió ser inscrito en el seguro obligatorio de Invalides, Vejez y Muerte. En estas condiciones, y en virtud del artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con la Ley 90 de 1946, no tiene derecho a la pensión de jubilación reclamada que consagra el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y habrá de absolverse a la empresa demandada, en consecuencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., tres de diciembre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Doctor Fernando Uribe Restrepo)

Radicación número 6665.

Acta número 40.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la *Empresa Panos Vicuña Santa Fe S. A.*, contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 1978 por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín*, en el juicio laboral ordinario seguido contra la recurrente por el señor *Eurípides Rodríguez* mayor de edad, vecino de Medellín e identificado con c. c. 3.322.252 quien demandó a la recurrente por intermedio de apoderado judicial, para que fuese condenada a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación, con base en los hechos que expuso así en el libelo inicial:

“PRIMERO. Desde el 10 de enero de 1957 viene mi poderdante prestando sus servicios personales a la empresa demandada,

en sus instalaciones fabriles que posee en esta ciudad, de manera continua e ininterrumpida, esto es, durante más de veinte (20) años, devengando actualmente un salario básico de \$ 77.92, más otros conceptos también constitutivos de salario, ya que éste es variable”.

“SEGUNDO. De acuerdo con la copia auténtica del acta bautismal que acompaña, expedida en la Parroquia de El Carmen de Carupa, o mejor, en la Parroquia San Javier de esta ciudad, en cuyo archivo reposa la copia auténtica expedida por el Párroco de El Carmen de Carupa, el señor Eurípides Rodríguez, mi poderdante, nació el 14 de enero de 1919, o sea que en igual fecha de 1974, cumplió los 55 años de edad exigidos por la ley para que se cause el derecho a la jubilación”.

“TERCERO. En atención a que desde el 10 de enero del presente año, mi poderdante reunió el segundo requisito necesario para aquella prestación, o sea el del tiempo servido, —20 años—, por medio de carta de fecha 12 de agosto del mismo año (1977) reclamó ante los directivos de la empresa demandada, que se le reconociese la pensión de jubilación a que ya había adquirido derecho, a términos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y

demás disposiciones concordantes, pero se le dio respuesta negativa, alegando, equivocadamente desde luego, como se demostrará más adelante, que su jubilación corre a cargo del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y ello para cuando cumpla la edad requerida por esta entidad, que es de 60 años, de acuerdo con su reglamento".

"CUARTO. En efecto, por medio de comunicación suscrita por el Director de Relaciones Industriales, la empresa demandada expresó su concepto negativo a las pretensiones de mi mandante, en los términos siguientes, en lo pertinente:

"...En relación con su carta fechada en agosto 12 en que presenta renuncia como trabajador de la Empresa para empezar a gozar de la pensión de jubilación por considerar usted que tiene la edad y el tiempo requerido para esa prestación, lamentamos comunicarle que la Empresa no puede aceptarle la renuncia en los términos que está concebida... Al respecto le aclaramos que el 1º de enero de 1967 fecha en la cual el I. C. S. S., asumió los riesgos de vejez, invalidez y muerte llevaba menos de 10 años de servicio en la Empresa, su fecha de ingreso a la Compañía fue el 10 de enero de 1957. ...Por lo tanto, de acuerdo con el Decreto 3041 de 1966 la pensión de vejez corre a cargo del I. C. S. S. una vez cumpla la edad de 60 años según lo dispuesto por esa reglamentación".

"QUINTO. Por lo antes expuesto, mi demandante se ve obligado a reclamar judicialmente el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, a cargo del patrono, mientras este riesgo no puede ser asumido por el I. C. S. S. como no puede serlo hasta que él no cumpla la edad de 60 años, y ello siempre y cuando para entonces tenga cotizadas las semanas que su reglamento exige, pago que deberá cubrirle el patrono desde la fecha en que se desvincule definitivamente de su servicio, de acuerdo con las normas legales aplicables".

El procurador judicial de la empresa demandada descorrió el traslado aceptando en su mayor parte los hechos, pero oponiéndose a las pretensiones. Interpuso la excepción de inepta demanda "por cuanto Paños Vicuña Santa Fe S. A., no es perso-

na obligada frente al demandante en lo relativo a la pensión de jubilación", por haber cumplido con todos los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez del I. C. S. S.

Tramitada la primera instancia el Juez del conocimiento, el *Décimo Laboral del Circuito de Medellín*, dictó sentencia condenando a la empresa al pago de una pensión plena de jubilación en cuantía de \$ 2.072.90 mensuales, con base en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y a las costas. Apeló la demandada y en tal virtud se produjo la sentencia objeto en el presente recurso extraordinario, mediante la cual el Tribunal confirma en todas sus partes la sentencia del Juez y se abstiene de condenar en las costas de la alzada.

El recurso que aquí se estudia y decide, interpuesto por la parte demandada, fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, al igual que la correspondiente demanda, No se presentó escrito de oposición.

El recurso

Consta de dos cargos, ambos por la vía directa, con base en la causal primera de casación laboral consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y en el alcance de la impugnación solicita el recurrente "que se case totalmente la sentencia acusada, y en su lugar se revoque el fallo de primer grado, se absuelva a la demandada de todas las peticiones del libelo y se condena en costas al demandante".

Primer cargo

Se propone en los siguientes términos:

"La sentencia acusada violó por infracción directa, al ignorarlos, los artículos 12 y 14 de la Ley 6^a de 1945, 76 de la Ley 90 de 1946, 1º de la Resolución 831 de 1966, del Director del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, 1054 y 1072 del Código de Comercio; por interpretación errónea los artículos 259 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º, 59, 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y 1º del

Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del acuerdo indicado; y por aplicación indebida el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo".

En la demostración del cargo indica el recurrente que el régimen de prestaciones patronales es transitorio en nuestra legislación, y debe ser reemplazado por el sistema de seguro social. Al respecto transcribe y analiza los artículos 12 y 14 de la Ley 6^a de 1945, y el artículo 76 de la Ley 90 de 1946.

En seguida sostiene:

"El Código Sustantivo del Trabajo, formado por los Decretos 2663 y 3743 de 1950, no habló de subrogación en el pago, sino de que se asumiera el riesgo por el Instituto. Así, dijo en el artículo 193;

"Todos los patronos están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este título, salvo las excepciones que en el mismo se consagran".

"Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

"En el artículo 259 del Código se lee:

"Los patronos o empresas que se determinan en el presente título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo".

"Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejará de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

"De manera que ya no es necesaria la subrogación, sino que al asumir el riesgo correspondiente el ICSS, los patronos dejaban de estar obligados, todo ello dentro de la ley y los reglamentos que dice el Instituto".

"Respecto a la pensión de jubilación el Instituto asumió el riesgo correspondiente al llamar contingentes de asegurados, porque la pensión de vejez corresponde a este riesgo y reemplaza la pensión de jubilación como lo dijo el artículo 76 de la Ley 90 de 1946".

"Mediante el Acuerdo 224 de 1966 el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales dictó el Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, acuerdo que fue aprobado por el Decreto 3041 de 1966".

"En el mencionado reglamento se dispuso, conforme a los artículos 1^o, 59, 60 y 61, que el Instituto no asumiría el riesgo de vejez respecto a los trabajadores que hubieran servido a una misma empresa por más de veinte años, que lo asumiría compartido con el patrono, respecto a los trabajadores que hubieran servido al mismo patrono durante más de diez años y menos de veinte, y que asumiría el riesgo de vejez respecto a los trabajadores que tuvieran menos de diez años al servicio del mismo patrono".

"El Instituto asumió el riesgo de vejez respecto a los trabajadores afiliados a la Caja Seccional de Seguros Antioquia, como el demandante en el juicio, el 1^o de enero de 1967, según lo dispuso en la Resolución número 831 de 1966, del Director del Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

"El momento en que el ICSS asumió el riesgo de vejez fue reconocido en sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de fecha 5 de noviembre de 1976 en el juicio de Guillermo Gaitán Jurado contra Cervecería Andina S. A.".

"El Instituto debía asumir el riesgo de acuerdo con la ley del Seguro Social y con los reglamentos que dicte el Instituto, y así lo hizo. La ley a que debe atenerse el Instituto al asumir los riesgos es precisamente la ley que establece el seguro, en este caso la Ley 90 de 1946 con las que la modifican, y así lo hizo el reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte, por no llamar a los que tenían más de veinte años de servicios al mismo patrono de capital no inferior a \$ 800.000.00, porque ese ya

tenía el tiempo servido dentro de la prestación patronal y sólo le faltaba cumplir la edad; llamó a los trabajadores con más de diez años de servicios a la pensión compartida, para cumplir la ley del seguro, o sea lo dispuesto en la última parte del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, sobre no rebaja de los derechos anteriores; y llamó simplemente a los que tenían menos de diez años de servicios, porque ellos no tenían ningún derecho adquirido, y según la misma disposición citada, podían tener una pensión menor que la prestación patronal".

"El artículo 1054 del Código de Comercio dice:

"Denomínase riesgo el suceso incierto que no dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no incumplimiento".

"Y el artículo 1072 del mismo Código expresa:

"Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".

"Luego asumir el riesgo no es como lo dice la sentencia acusada, esperar la realización del riesgo para pagar el seguro".

"Se asume el riesgo de vejez cuando se asegura que si el trabajador cumple determinada edad y el número determinado de cotizaciones, tendrá derecho a que el Instituto le pague la pensión de vejez, porque es entonces cuando se toma el riesgo de que el trabajador llegue a la vejez".

"Cuando el trabajador llega a la edad determinada, se cumple el riesgo, o sea, ocurre el siniestro, y debe entonces cumplirse la obligación contraída al asumirse el riesgo, pero no es en tal momento cuando se asume el riesgo, como equivocadamente lo sostiene el *ad quem*".

"Tampoco cabe comparar la pensión de jubilación con la de vejez, porque el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo no habló de que sustituyera una prestación por otra ni que fueran iguales, sino

que se asumiera el riesgo. Tampoco puede decirse que la pensión de jubilación es mejor que la pensión de vejez, porque la comparación no puede hacerse respecto a un trabajador, sino observarse de manera general. Si bien la edad para adquirir la pensión es mayor en la de vejez, esa prestación se puede adquirir con 500 cotizaciones semanales que pueden ocurrir en diez años y no en veinte como exige el régimen patronal, y la pensión de vejez cubre a los trabajadores no amparados por trabajar con patronos de capital inferior a \$ 800.000, o por prestar servicios durante el tiempo exigido, al mismo patrono".

"El sentenciador ignoró los artículos 12 y 14 de la Ley 6^a de 1945, 76 de la Ley 90 de 1946, 1^o de la Resolución 831 de 1966, y 1054 y 1072 del Código de Comercio, y por ello interpretó erróneamente los artículos 259 del Código Sustantivo del Trabajo, 1^o, 59, 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el artículo 1^o del Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del acuerdo mencionado, como consecuencia de todo lo cual aplicó indebidamente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues le hizo producir efecto respecto a un caso que ya no estaba regulado por tal norma".

Se considera

El demandado tenía menos de diez (10) años al servicio de la empresa demandada, el 1^o de enero de 1967, fecha en la cual el ICSS asumió genéricamente los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte en la ciudad de Medellín, sede de la relación laboral que ha dado ocasión al presente proceso.

No es cierto —como lo afirma el Tribunal, en la sentencia acusada— que esta Corte haya decidido que en casos como el que, ahora, se estudia proceda la llamada "pensión-compartida", o sea que la empresa deba asumir la pensión jubilatoria hasta que el seguro social convenga en subrogarla, así sea parcialmente. Esta solución la ha aplicado la Corte, de acuerdo con la ley y conforme a los reglamentos, primero a trabajadores que tenían más de quince (15) años de servicio (Casación de febrero

21 de 1974), y luego a quienes tenían más de diez (10) años de servicio en la fecha arriba indicada (Casación de noviembre 5 de 1976).

Por el contrario, ya ha indicado la Corte de modo expreso o tácito, pero de manera inequívoca, desde 1971 (Casación de junio 17) y además en los fallos antes referidos, que la pensión de vejez que otorga el seguro social sustituye totalmente la pensión plena de jubilación a cargo de los patronos, con tan sólo las salvedades o restricciones expresas que, para el período de transición, precisa el reglamento correspondiente, con base en la ley.

En efecto, la Ley 6^a de 1945 estableció en su artículo 14 la jubilación a cargo de los patronos, "mientras se organiza el seguro social obligatorio" (artículo 12 ibídem). En concordancia con ésta previsión original, la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el seguro social obligatorio, dispuso la exoneración patronal de las prestaciones que el seguro "vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso" (artículo 72), y el "reemplazo" o sustitución de "la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior", por "el seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley" (artículo 76).

De igual modo el artículo 259 dispuso que: "Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 3041 de diciembre 19 de 1968, aprobó el Acuerdo número 224 expedido en ese mismo año por el Consejo Directivo del ICSS, que contiene el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalides, Vejez y Muerte, en uso de las facultades que le confieren el numeral segundo del artículo 9º de la Ley 90 de 1946, el artículo 5º del Decreto Ley 1695 de 1960, y el artículo 7º del Acuerdo del Consejo Directivo del ICSS número 150 de 1963, aprobado por el Decreto número 183 de 1964,

El Capítulo IX del citado Reglamento General contiene normas sobre transición, pero ninguna de ellas se refiere a la pensión plena de los trabajadores con menos de diez (10) años de servicios con un patrón obligado al pago de la jubilación.

De otra parte el Instituto ordenó la inscripción en el riesgo de vejez de todos los trabajadores afiliados a la Caja Seccional del ICSS en Antioquia, mediante la Resolución número 831 de 1966, del Director del ICSS. El actor en el presente juicio quedó incluido en ese primer contingente como consta en el documento de folios 27.

El Seguro Social debía asumir, y asumió en zonas determinadas del territorio nacional, la pensión de vejez diseñada especialmente por la Ley 90 —Sección Tercera— en sus bases generales, pero en ningún caso estaba obligado al ICSS a asumir las prestaciones de jubilación que la ley consagra a cargo de los patronos. No quiere la ley una subrogación simple, por cambio de deudor, sino una verdadera sustitución de sistemas. No es sólo que el ICSS reemplace a los patronos; se trata de que el seguro social de vejez reemplace a la pensión patronal de jubilación.

La sentencia acusada plantea, implícitamente, el tema de la favorabilidad, inclinándose por la pensión patronal a la que tendría derecho el actor por haber cumplido 55 años de edad (folios 20) y por ser su cuantía básica mayor que la pensión de vejez a la que tendría derecho frente al ICSS, cinco años más tarde.

Recientemente ha dicho esta Sala: "El Seguro Social es un sistema técnico de protección, más equitativo y benéfico para los trabajadores que el sistema de prestaciones directas a cargo del patrono, que consagra el Código Sustantivo del Trabajo... El Seguro Social es la forma moderna y técnica de proteger eficazmente a un gran número de trabajadores que no podrían aspirar a la misma protección de parte de sus patronos, directamente, por muchas razones, entre ellas la de capacidad económica. En consecuencia, el sentido social y la equidad —científicamente apreciados— señalan la necesidad de que se cumplan a cabalidad las disposiciones legales sobre el seguro social, única forma de que este sis-

tema, socialmente irreemplazable hoy en día, pueda llegar a ser tan amplio y eficaz como el país lo requiere" (Sentencia de mayo 24 de 1978, Radicación N° 6190).

En el proyecto de ley de iniciativa oficial que dio origen a la ley 90 de 1945, suscrito por el doctor Adán Arriaga Andrade como Ministro del Trabajo, se precisan los argumentos incontestables que llevaron al legislador a adoptar el sistema del seguro social, por ser más favorable. Se lee en dicho proyecto lo siguiente:

Ventajas del Seguro Social

"*Ello es tanto más obvio cuando que no se trate de tomar a nuestro pueblo su economía, sus industrias incipientes, sus capitales aún exigüos y la suerte de sus asalariados, como elementos de experimentación para ensayar improvisaciones fantásticas sino de aprovechar, con varios años de retardo, las experiencias de los demás países durante medio siglo. Estas experiencias nos dicen que el sistema de los seguros sociales tiene sobre el de prestaciones patronales, que es el adoptado por el legislador colombiano desde hace cuarenta años, ventajas indiscutibles.*

"a) En el régimen de prestaciones patronales, la efectividad de los derechos del trabajador está subordinada a la solvencia del empresario; en el de seguros sociales, esos derechos están siempre garantizados, aunque quiebre o desaparezca el patrono accidental.

"b) En el régimen de prestaciones patronales, resulta forzoso disminuir las cargas a los pequeños capitales, de donde la gran masa de asalariados queda desamparada al paso que se establezcan minorías privilegiadas entre los mismos trabajadores. En el de seguros sociales, todos los empresarios cotizan en proporción a los salarios que pagan, y todos los trabajadores se benefician por igual.

"c) En el régimen de prestaciones patronales, aún las grandes empresas sopórtan una carga excesiva, al convertirse en aseguradores de sus trabajadores contra todos los riesgos profesionales, sin la com-

pensación que las compañías de seguros encuentran en la especialización de los riesgos, en la 'ley de los grandes números', y en el cálculo de probabilidades. En el de seguros sociales, la carga financiera es infinitamente menor, pues al distribuirse los riesgos entre toda la población activa, se reduce la incidencia individual de cada siniestro y, además, el Estado contribuye a la debida financiación.

"d) En el régimen de prestaciones patronales, el trabajador exige sin medida, porque nada le cuesta; se habítua a la desmoralizadora gratuidad de los servicios; nunca se satisface, porque presente en el patrono el prurito económico de reducir las prestaciones al mínimo de costo. En el de seguros sociales, el trabajador paga, en cotizaciones, un servicio que exige como derecho y no recibe como dádiva generosa; puede reclamar mayores prestaciones, pero pagando mayores cotizaciones, y no encuentra motivos de fricción con el patrono, pues no es éste quien lo asiste, sino un organismo impersonal.

"e) En el régimen de prestaciones patronales, no es posible asegurar a quienes sirven, alternativa o sucesivamente, a varios empresarios, especialmente en labores 'a domicilio', ni a quienes siendo tan pobres y desamparados como los jornaleros, trabajan por cuenta propia; voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, artesanos, músicos, pequeños comerciantes, etc... En el de seguros sociales, todos estos gremios quedan adecuadamente salvaguardiados".

En consecuencia, ha constatado la Sala que el Tribunal, en la sentencia acusada, incurrió en las siguientes violaciones de la ley, correctamente propuestas en el cargo: interpretó equivocadamente el artículo 269 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 3041 de 1966, ignoró el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, y a causa de estas infracciones directas aplicó indebidamente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

En razón de lo expuesto prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia. No se estudió el segundo cargo por cuanto el recurrente obtuvo la totalidad de lo impetrado como conclusión del primer cargo."

En sede instancia, se considera:

El señor Eurípides Rodríguez ingresó al servicio de la empresa Paños Vicuña Santa Fe S. A., en la ciudad de Medellín el 10 de enero de 1957 como se afirma en el libelo inicial, y por tanto tenía menos de diez (10) años al servicio de su patrono el 1º de enero de 1967, fecha en la cual debió ser inscrito en el seguro obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. En éstas condiciones y en virtud del artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con la Ley 90 de 1946, no tiene derecho a la pensión de jubilación reclamada que consagra el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y habrá de absolverse a la empresa demandada, en consecuencia.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de

la ley CASA en su totalidad la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de dos (2) de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), y en sede de instancia REVOCA la dictada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín el catorce (14) de octubre de mil novecientos setenta y ocho (1978), y en su lugar ABSUELVE a la empresa demandada de todos los cargos formulados en el libelo inicial.

Costas de la primera instancia a cargo del demandante. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso.

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

Fernando Uribe Restrepo, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESPIDO ILEGAL

"LA COOPERATIVA NO ADUJO NINGUNA JUSTA CAUSA RECONOCIDA POR LA LEY PARA PRESCINDIR DE LOS SERVICIOS DE LA SEÑORITA URREGO . . ."

"LA COOPERATIVA NO PODIA ALEGAR LAS RAZONES QUE TUVO PARA ESE PROCEDER PORQUE EL ARTICULO 7º PARAGRAFO, DEL DECRETO LEGISLATIVO 2351 DE 1965 DECLARA INVALIDA ESA ALEGACION POSTUMA"

INEXISTENCIA DE ERROR DE HECHO ALEGADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre seis de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente N° 6637

Acta N° 51

En el juicio propuesto por doña *Ligia Urrego Angarita* contra la "Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Ltda.", el Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo del 28 de noviembre de 1978, aumentó el monto de la condena al pago de indemnización por ruptura ilegal del contrato de trabajo, dispuesta en la primera instancia contra la Cooperativa, y mantuvo la absolución impartida entonces en favor de esa entidad respecto de las demás peticiones el libelo.

Inconformes con este resultado, ambas partes recurrieron en casación. La demandante, para pedir que se infirme aquel fallo en cuanto confirmó la absolución respecto de la súplica sobre pensión de jubilación, que se revoque luego esa absolución

y que, finalmente, se acceda a tal pretensión. La Cooperativa, para impetrar que se deje sin efecto la sentencia en cuanto mantuvo, aumentándola, la condena al pago de indemnización por ruptura del contrato de trabajo, que se invalide después dicha condena y se la absuelva así de todas las reclamaciones hechas por la señorita Urrego.

Esto se lee en las respectivas demandas de casación (folios 11 a 28 y 46 a 53 de este cuaderno), donde la demandante plantea tres cargos y la demandada uno, replicados oportunamente (folios 36 a 44 y 58 a 59 *ibidem*).

Como el ataque de la Cooperativa persigue obtener su absolución integral, debe analizarse en primer término.

Dice así:

Cargo único

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 7º (sobre justas causas para terminación del contrato de trabajo) y 8º (sobre indemnización por despido sin justa causa) del Decreto 2351 de 1965, en relación con los siguientes artículos del Decreto Ley 1598 de 1963:81 (que

considera a la cooperativa (sic) como entidad de utilidad pública y de interés social); (que prohíbe a las cooperativas conceder ventajas o privilegios a los promotores, fundadores o directores); 99 que considera falta grave la resistencia a los actos de inspección o de vigilancia de la Superintendencia de Cooperativas, o la renuencia al cumplimiento de las decisiones de la misma sobre corrección de fallas, corrupciones o infracciones en el funcionamiento de la cooperativa); y en relación, también, con los siguientes artículos del Decreto Ley 611 de 1974: 1º (sobre la Superintendencia Nacional de Cooperativas); 2º (Sobre funciones y poderes de la Superintendencia); 4º (sobre funciones del Superintendente); 14 (sobre facultad de la División Legal de conceptualizar sobre la legalidad y validez de los actos de las cooperativas); 14-c (sobre función de la División Legal de Reglamentar y autorizar la celebración de asambleas en las cooperativas); 35-g (sobre la facultad de las dependencias regionales de aprobar o improbar las actas de asambleas y consejos de administración de las cooperativas). El Tribunal cometió esta violación a causa de evidente error de hecho proveniente de falta de apreciación de algunas pruebas y de apreciación errónea de otras.

“El error de hecho cometido por el Tribunal consistió en no dar por demostrado, estando, que la cooperativa demandada manifestó a la demandante, en el momento de la extinción del contrato de trabajo, la causal o motivo de su determinación, error que llevó al Tribunal a no analizar las pruebas aportadas o a analizarlas superficialmente, para saber si la causa invocada para el despido era justa, o no.

“Las pruebas mal apreciadas por el Tribunal son las siguientes:

“(a) Carta en que se comunica a Ligia Urrego la terminación de su contrato de trabajo (folio 13);

“(b) Resoluciones de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, a saber: 242 (folio 66); 790 (folio 68); 19 (folio 92); 20 (folio 95); 483 (folio 74); 588 (folio 80);

“(c) Memorando de la División Legal de la Superintendencia (folio 100);

“(d) Constancia de los Juzgados 1º y 2º de Instrucción Aduanera (folios 252 y 253);

“(e) Auto de detención contra Ligia Urrego (folio 236 ss.);

“(f) Acta número 493 del Consejo Directivo de Coopetraban (folio 162);

“(g) Sentencia del Consejo de Estado (folio 174 ss.);

“(h) Inspección ocular (folio 134 ss.);

“Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal son las siguientes:

“(a) Resolución 1016 sobre personería de Coopetraban (folio 120);

“(b) Acta número 33 de la Asamblea de Coopetraban (folio 107);

“(c) Acta de entrega de la gerencia (folio 170);

“(d) Acta número 34 de la Asamblea de Coopetraban (folio 112);

“(e) Acuerdo número 3 del Consejo Directivo de Coopetraban (folio 156);

“(f) Carta del Banco Nacional (fl. 132);

“(g) Declaración de César Toro (folio 125);

“(h) Declaración de Manuel Mosquera (folio 134 v.)

Sustentación del cargo

“Este pleito se ha centrado en un hecho: Manifestó la Cooperativa a Ligia Urrego, en el momento de la extinción del contrato de trabajo, la causal o motivo de esta determinación?

“A juicio del Tribunal, no; puesto que dice, a folios 260 *in fine y 261 que* ‘... la verdad escueta es que al momento del despido no se le adujo ninguna JUSTA CAUSA DEL DESPIDO. Y es bien conocido el criterio de la Jurisprudencia, por lo demás reiterado y persistente, en el sentido de que si al trabajador no se le dan a conocer al momento del despido las razones de esa determinación unilateral del patrono o entidad patronal, ya no es agible jurídicamente aducirle otras’”.

“Este juicio del Tribunal es producto de una apreciación parcial o superficial de la carta de folio 13 y de todos sus antecedentes, que obran en el expediente. La carta misma se compone de cuatro partes, a saber:

“(a) El primer párrafo contiene la comunicación de que el Consejo Directivo de

la Cooperativa, en su sesión de la víspera (13 de octubre) dispuso la supresión del cargo de Asesora Técnico-Administrativa que Ligia Urrego venía desempeñando;

"b) El segundo párrafo contiene la indicación de que se ponga en contacto con el gerente para el pago de sus prestaciones sociales;

"c) La primera parte del tercer párrafo contiene una apreciación personal del firmante, señor Miguel Barrios, acerca de las cualidades que él encuentra en Ligia Urrego; y

"d) La parte final de este mismo párrafo contiene el motivo de la decisión del Consejo Directivo, en los siguientes términos:

"Pero concientes de nuestras responsabilidades hemos tomado esta determinación en busca de soluciones para lograr la supervivencia de una institución que si usted quiere tanto y que a la vez tanto debe a usted".

"Para una persona ajena e ignorante de lo que pasaba en la cooperativa, este último párrafo quizá aparezca vago y carente de significación. En cambio, para Ligia Urrego y para todos los actores y participantes en el drama que se vivió allí durante año y medio sí la tiene —y muy grande— tal como se puede leer extensa y detalladamente en los casi 300 folios del cuaderno principal. Tiene plena significación para Ligia Urrego porque ella no solamente participó en todos los episodios ocurridos sino que fue actora y centro principal de ellos. Además, recibió copia —con las firmas autógrafas de los asistentes— del acta número 493 (octubre 13 de 1976) de la reunión del Consejo Directivo en que se tomó la decisión de suprimir su puesto. Ella misma la aportó al proceso (folios 10, 11 y 12).

"El Tribunal apreció equivocadamente la carta de folio 13 cuando concluyó que en ella no estaba contenido el motivo para que la Cooperativa tomara la determinación de prescindir de sus servicios. Allí está nítidamente expresado. Cosa diferente es el análisis, que el Tribunal no hizo, acerca de si ese motivo es justa causa para terminar el contrato.

"La lucha por el poder en la Cooperativa venía de tiempo atrás, entre un grupo encabezado por Ligia Urrego que exprimía a la organización a su antojo, y un grupo que buscaba su moralización. La primera manifestación de esa lucha que aparece en el expediente es la Resolución 242 de mayo 15 de 1975 (folio 66) en la cual la Superintendencia Nacional de Cooperativas ordena una investigación para establecer el estado financiero, administrativo y social cooperativo de Coopetraban, y para, según sus resultados, adoptar medidas que salvaguarden el patrimonio social de la organización.

"Dos semanas después, el 1º de junio de 1975, se reunió la Asamblea de Coopetraban (folio 107), ampliamente dominada por los partidarios de Ligia Urrego, en la cual se censuró acremente a quienes denunciaron sus manejos y los manejos de su corte. Esta Asamblea eligió Consejo de Administración, Junta de Vigilancia y auditor, entre las personas que rodean a Ligia Urrego, para consolidar su poder personal.

"Pero, después de seis meses de investigaciones por parte de la Superintendencia, quedó establecido que tal elección fue amañada. La Superintendencia estableció sin número de irregularidades, malos manejos, aprovechamientos indebidos y delitos cometidos por Ligia Urrego y su corte. Entre estos últimos, los de contrabando y falsedad, según aparece a folios 252v y 253. Los otros delitos aparecen descritos en el auto de detención que dictó contra Ligia Urrego el Juzgado 46 de Instrucción Criminal de Medellín (folio 236).

"Todas estas comprobaciones condujeron a la Superintendencia a dictar la Resolución número 790 de 18 de diciembre de 1975 (folio 68), por medio de la cual: (a) anuló la elección amañada en la Asamblea de junio; (b) excluyó a Ligia Urrego de la gerencia de la Cooperativa; (c) vetó a Ligia Urrego y a varios de sus áulicos para ocupar cargos de dirección, de administración o de fiscalización en la Cooperativa, y (d) advirtió que, si en un plazo de 180 días no se normalizaba la aberrante situación, cancelaría la personería jurídica y ordenaría liquidar la Cooperativa. Una lectura de las consideraciones que hace la

Superintendencia es suficiente para ver el cúmulo de faltas, malos manejos y abusos que el equipo de Ligia Urrego estaba cometiendo contra los intereses de la Cooperativa y de sus socios.

"El memorando de la División Legal (folio 100) que sirvió para desatar el recurso de reposición que interpuso Ligia Urrego es otra muestra de lo mismo. A folio 95 aparece la Resolución 20 de enero 19 de 1976 por medio de la cual se confirmó la número 790.

"Ratificada así la exclusión de Ligia Urrego como gerente de la Cooperativa, lo mismo que su veto para ocupar cualquier cargo de administración, dirección o fiscalización, lo procedente era que se hubiera retirado de inmediato, ya que el 21 de enero fue notificada (folio 99). Nada de eso. Se mantuvo firme. Contrató abogados para que acusaran penalmente al Superintendente de Cooperativas, mediante honorarios que fueron pagados por Coopetrabán con base en el criterio de que las decisiones de la Superintendencia contra ella eran decisiones contra la Cooperativa, según se lee en la inspección ocular (folios 137v) y en el auto de detención (folios 236 ss.).

"El 22 de marzo de 1976 (folio 70), Ligia Urrego hizo una entrega fingida de su cargo de gerente, porque no se retiró de la organización sino que siguió mandando tal como lo relatan, con lujo de detalles, el testigo César Toro (folios 125 ss) y el testigo Manuel Mosquera (folios 134 v). El 24 de abril, todavía asiste al Consejo como gerente (folio 134), y en el mes de septiembre todavía gira contra las cuentas bancarias de la Cooperativa (folio 132), utilizando chequeras en blanco que se hace entregar con cheques firmados, según resulta de las declaraciones de los testigos.

"Como la Superintendencia de Cooperativas había anulado las elecciones de junio de 1975 (folio 71), y había ordenado una nueva elección por Resolución 019 de enero 19 de 1976 (folio 92), Ligia Urrego y su corte organizaron una elección a su antojo, y sacaron avante un Consejo Directivo el 28 de marzo de 1976. Esta elección fue objetada por la Superintendencia en su Resolución 483 de mayo 19 de 1976 (folio 74).

"Para disfrazar la presencia de Ligia Urrego como dueña y señora de la Cooperativa —y contra expreso mandato de la Superintendencia— una semana después, el 6 de abril de 1976, por acuerdo número 3 (folios 155-157) el Consejo Directivo, formado por sus incondicionales, creó un puesto especial para Ligia Urrego; el de asesor técnico-administrativo. Llama la atención que, habiéndose retirado supuestamente el 22 de marzo, aparezca asistiendo a la reunión del Consejo donde se le creó el puesto (folio 157).

"Escondida detrás de este cargo, Ligia Urrego ejercía realmente las funciones de gerente de la Cooperativa, según lo relata dramáticamente el testigo César Toro (folios 125ss). Haciendo caso omiso de la Superintendencia y de sus mandatos, pasando sobre la ley los estatutos y hasta el Código Penal, siguió reinando en la Cooperativa.

"Por eso la Superintendencia dictó la Resolución 483 de mayo 19 de 1976 (folio 74) en la cual decretó la disolución y ordenó la liquidación de la Cooperativa. El recurso de reposición interpuesto contra ello fue resuelto por Resolución 588 de junio 24 de 1976 (folio 80), confirmando, y dando plazo de 90 días para iniciar la liquidación.

"Ni siquiera ésto detuvo a Ligia Urrego, quien siguió reinando en la Cooperativa. Ya vimos cómo tuvo firma en los bancos hasta mediados de septiembre.

"Los demás empleados, hartos de esta situación de ilegalidad e inmoralidad, plantearon una cuestión de confianza que aparece relatada en el Acta número 484 de agosto 12 de 1976 (folio 158). En esta reunión estuvo presente Ligia Urrego. El sindicato había redactado una carta para enviar a la Superintendencia, manifestando su total acuerdo con lo dispuesto por dicho organismo. A petición de los señores Castillo y Barrios, el sindicato se abstendría de mandar la carta únicamente si Ligia Urrego se retiraba de su cargo en la Cooperativa. Durante esta reunión se le pide a Ligia Urrego que renuncie para salvar a la Cooperativa, y ella se niega alegando que tiene derecho a mantenerse. 'Llegaré a una asamblea para demostrar que no he

usurpado el poder sino que lo merecía por mi trabajo, por mi entrega y por el respaldo que tengo en las bases. No tendrán mi renuncia..." dijo la señorita Urrego en esa histórica reunión.

"El plazo de 90 días que dio la Superintendencia para iniciar la liquidación de Coopetraban avanzó inexorablemente, sin que Ligia Urrego accediera a retirarse, incrustada en el poder, por encima de toda consideración. Vencido el plazo, ya nada quedaba por salvar y es, entonces, cuando se reúne el Consejo el 13 de octubre de 1976, según Acta 493 (folio 10 y 162) y decreta la supresión del cargo de asesora técnica administrativa, que es, en verdad, una gerencia disfrazada. Los miembros del Consejo votan explicando su decisión como un acto para salvar a la Cooperativa.

"La carta del 14 de octubre (folio 13), por medio de la cual Miguel Barrios le comunica la supresión del cargo, es una especie de lucha entre los sentimientos de fidelidad (y culpabilidad cómplice) del antiguo súbdito a su reina y la necesidad de salvar a la Cooperativa del amor de esa reina que la destruye con su abrazo de la muerte.

"De ahí que el último párrafo de dicha carta, que contiene el motivo de la terminación de su contrato de trabajo sea perfectamente claro para Ligia Urrego y para sus compromisos: son tantas las acusaciones que pesan sobre ella, se han violado en tal forma las órdenes de la Superintendencia, para mantenerla en el poder, que lo único que salva a Coopetraban —si es que algo la salva— es el retiro de Ligia Urrego. La supresión de su puesto, artificial e ilegalmente fabricado para ella, y su retiro de cualquier cargo que implique dirección, administración o fiscalización no son otra cosa que el cumplimiento de la ley y de las decisiones de la Superintendencia.

"Las Cooperativas son entidades de utilidad pública y de interés social (artículo 81 del Decreto 1598 de 1963); les está prohibido conceder ventajas o privilegios a sus promotores, fundadores o directores (artículo 21 *ibidem*); sus socios, funcionarios y administradores son responsables de los

actos y omisiones contrarios a las normas legales y reglamentarias y a las disposiciones de la Superintendencia (artículo 98 *ibidem*). Las actividades de las cooperativas están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Cooperativas (artículo 1º del Decreto 611 de 1974), la cual está facultada para practicar investigaciones sobre ellas, imponerles sanciones, intervenir su administración y dirección cuando sea necesario y excluirlas temporal o definitivamente de sus registros (artículo 2º *ibidem*); el superintendente tiene poder para hacer cumplir las decisiones de la Superintendencia y las disposiciones legales sobre cooperativas (artículo 4º *ibidem*). El artículo 99 del Decreto 1598 de 1963 considera falta grave la resistencia a los actos de inspección o de vigilancia de la Superintendencia o la renuencia a cumplir las decisiones de la misma, faltas que pueden ser sancionadas hasta con la cancelación de la personería jurídica (artículo 100 *ibidem*).

"El Consejo (contra su voluntad, porque sus miembros también eran responsables de lo que sucedía, según se expresa en el auto de detención de folio 236) tuvo que afrontar la alternativa: seguir violando la ley y mantener su desacato a la Superintendencia, sosteniendo a Ligia Urrego en el poder, o liquidar a Coopetraban. Esta alternativa se desató empezando a cumplir la ley. Esta sólo podía cumplirse retirando a Ligia Urrego.

"Si el Tribunal hubiera interpretado correctamente la carta de folio 13, habría encontrado que la Cooperativa sí manifestó a la demandante la causa del despido al momento de terminar el contrato. De haber analizado las pruebas que obran en el expediente, conforme correspondía, hubiera encontrado que la causa era justa, y hubiera absuelto a Coopetraban. Esas causas están todas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965: grave negligencia que puso en peligro la seguridad de los bienes de la Cooperativa; actos inmorales y delictuosos cometidos en el desempeño de sus labores; grave violación de sus obligaciones". (Las mayúsculas son del texto transcrita).

Se considera

El documento que obra al folio 13 del primer cuaderno y que el cargo tiene por mal apreciado en la sentencia recurrida, es del siguiente tenor:

"Medellín, octubre 14 de 1976. Señorita. Ligia Urrego Angarita. Medellín. Apreciada Señorita. Por la presente me permito informarle que el Consejo Directivo de la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia 'COOPETRABAN', en su reunión del dia 13 del presente mes, dispuso la supresión del cargo de 'Asesoria Técnica Administrativa' que usted ha venido desempeñando.

"Le rogamos ponerse en contacto con el señor Gerente para el pago de las prestaciones a que tenga derecho y para la entrega de los documentos y elementos que han estado bajo su cuidado.

"Soy el primero en lamentar, esta determinación porque se cuanto vale usted para Coopetraban por su entrega, dedicación y pulcritud en el manejo y orientación de ella. Este es el mismo sentir de todos los miembros del Consejo. Pero conscientes de nuestras responsabilidades hemos tomado esta determinación en busca de soluciones para lograr la supervivencia de una Institución que sé usted quiere tanto y que a la vez ella tanto debe a usted.

"Atentamente, (Fdo.) Miguel Barrios Ariza. Presidente Consejo integrado". (Las mayúsculas son del texto transrito).

Una lectura de este documento deja en evidencia que la Cooperativa no adujo ninguna justa causa reconocida por la ley para prescindir de los servicios de la señorita Urrego. Y, en estas circunstancias, resulta nítido que el despido fue ilegal, como lo dice la sentencia acusada, ya que con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo la Cooperativa no podía alegar las razones que tuvo para ese proceder porque el artículo 7º, parágrafo, del Decreto Legislativo 2351 de 1965 declara inválida esa alegación póstuma.

Así las cosas, resulta inoficioso examinar las demás pruebas que el cargo invoca como fuentes de los errores de hecho acusados y, por lo mismo, sólo es posible concluir que el cargo no prospera.

Debe procederse ahora a examinar la impugnación que hace la parte demandante:

Primer cargo

Fue formulado así: "Acuso la sentencia por la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 esto es, por ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 30 y 215 de la Constitución Nacional en relación con los Arts. 1494 y 1530 del C. C.; con los artículos 1, 9, 13, 16, 19, 21, 260 y ss. del Código Sustantivo Laboral; y 61 y 51 del Código de Procedimiento Laboral el Decreto 2218 de 1966 en su artículo 1º y artículo 10 de la Ley 171 de 1961.

"La violación de la ley se produjo en forma indirecta por haber incurrido el Tribunal en manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, las cuales, de haber sido analizadas conforme a derecho, hubieran conducido al fallador a condenar a Coopetraban de acuerdo con la demanda inicial y como consecuencia, se hubiera acogido la totalidad de las pretensiones subsidiarias como se pretende con el presente recurso.

"VII. Errores de hecho señalados a la sentencia

"1º) Dar por no demostrado, estándose que la pensión de jubilación correspondiente a la señorita Ligia Urrego Angarita, se causó desde el momento en que por acta del Consejo de Administración de Coopetraban de fecha 13 de octubre de 1976, se reconoció en forma voluntaria este derecho a la trabajadora.

"2º). Dar por no adquirido, siéndolo, el derecho de la trabajadora a la pensión de jubilación voluntariamente reconocida por el patrono, conclusión errónea a la cual llegó por darle plena validez a la retractación del pago por parte del obligado.

"3º). Haberle reconocido validez, sin tenerla, al acto unilateral del patrono en el sentido de anular el reconocimiento de la pensión de jubilación ya causada a favor de la trabajadora y como tal, irreversible.

"VIII. Pruebas erróneamente apreciadas

"a). Partes pertinentes del acta del Consejo de Administración de Coopetraban, folios 10 a 12.

"b). Carta de despido de la trabajadora, folio 13.

"c). Carta de 21 de octubre de 1976, folio 9, en donde se ratifica a la trabajadora que su pensión de jubilación se le reconocerá a partir de la fecha desupresión de su cargo, esto es, el 13 de octubre de 1976.

"d). Acta Nº 498 del Consejo de Administración de Cooperaban (sic) Ltda., folios 166, por medio de la cual, se revoca el reconocimiento de la pensión de jubilación reconocida por la citada entidad a la señorita Ligia Urrego Angarita.

IX. Demostración del cargo

Consideraciones del Tribunal

"En relación con el punto de derecho que se considera mal interpretado, a folio 262, puede leerse: 'Pero también se plantea en la demanda, como petición subsidiaria el pago de la una Pensión jubilatoria del 75% de su último sueldo promedio, Que le fue reconocida a la Peticionaria por el Consejo de Administración integrado de la cooperativa (folios 10 - 12).

"Ciertamente el H. Consejo de Administración de Coopetraban, por unanimidad de sus miembros, según se hace constar en el Acta de octubre 13 de 1976 le reconoció a la actora el derecho a una pensión de jubilación del 75% del último sueldo promedio mensual que devengó al servicio de la entidad.

"A petición de la interesada, en reunión de veinte (20) de octubre de 1976 el mismo Consejo de Administración de la Cooperativa ACLARO que el reconocimiento de su pensión jubilatoria 'se le haría a partir de la fecha de la supresión del cargo de Asesora Técnico Administrativa' (folio 9). Empero, ocurrió que en reunión de tres (3) de diciembre de 1976, el mismo Consejo de Administración ACORDÓ REVERCAR LAS DECISIONES ANTERIORES" (La locución en mayúsculas la realza la Sala. Véanse (folios 166/69).

"Ante la nueva situación creada, resulta claro para la Sala que la actora no adquirió realmente el derecho a la pensión de jubilación que en un principio quiso otorgarle el Consejo de Administración de Coopetraban. (Subraya del recurrente) Y no lo adquirió porque aún no había comenzado a disfrutar de él, cuando (sic) la decisión inicial fue revocada. Se trataría a la verdad de UN DERECHO IRREVOCABLE como lo estima el muy distinguido señor apoderado de la accionante en su alegación de esta instancia, si ya ésta hubiera comenzado a gozar del mismo. Pero hasta entonces era una simple expectativa, una simple decisión no puesta en práctica por el dicho Consejo de Administración de la Cooperativa, esencialmente revocable, como efectivamente lo fue. Y como se trata de pensión voluntaria no es exigible, cuando su revocación precede al momento de comenzar a otorgarla real y efectivamente. En criterio de esta Sala claro está". (subrayas del recurrente).

"Trátase acá de dilucidar en síntesis, la confusión en que ha incurrido el *ad quem*. Para la H. Corporación, se confunden dos conceptos en la vida jurídica del derecho que se discute: a). El de la adquisición del derecho y b). El de su exigibilidad. Concluye erróneamente afirmando que el primero deja de tener tal carácter por cuanto no se da la circunstancia segunda. Pero es más: le endilga al reconocimiento hecho, el carácter de simple expectativa y lo ubica en el terreno de la simple intención cuando afirma equivocadamente que el patrón 'QUISO' otorgarle el mencionado derecho a la trabajadora, concepto que se reafirma es erróneo, por cuanto, al vertirse la voluntad del máximo organismo administrativo de la Cooperativa en el acta de 13 de octubre de 1976, cuyo producto fue la notificación a la demandante del reconocimiento de tal derecho (ver carta de 21 de octubre de 1976, folio 9), lo estaba concretando, con lo cual, de mera potencia se convirtió en acto, originando así una situación igualmente concreta, personal y cierta en favor de la trabajadora, quien a partir de ese momento, engrosó su patrimonio por haber adquirido un crédito a

su favor y de ninguna manera, una simple expectativa.

"Fuerza pues distinguir dentro del concepto de la teoría de la técnica jurídica, lo relativo al caso concreto y a la situación abstracta para que, indagando la naturaleza de la relación de derecho correspondiente, se concluya qué obligaciones y derechos tienen un carácter general, abstracto e impersonal y cuáles, en virtud del *vinculum juris*, son de carácter individual, concreto, cierto, como provenientes de un acto condición, cuya expresión máxime es: El contrato, según lo anota reza en sus Principios de Derecho Administrativo.

"El H. Tribunal entendió erróneamente que el derecho a la pensión de jubilación reconocida por la Cooperativa a la trabajadora, era revocable y como tal, no se podía tener dentro de la categoría de los adquiridos, ubicandolo por tanto, en el renglón de los meros derechos expectantes, por sostener que no se había empezado a disfrutar de él cuando la decisión fue revocada. Entonces, se equivocó al no entender exactamente cuando nació este derecho, esto es, cuándo SE CAUSO y como consecuencia de ello, cuándo adquirió la trabajadora el STATUS de pensionada.

"No existiendo norma exactamente aplicable al caso controvertido, debemos remitirnos por mandato del artículo 19 del Código Sustantivo Laboral a las normas que regulen materias semejantes y en este evento, al Decreto 2218 de 1966 que define en su artículo 1º CUANDO SE CAUSA LA PENSION DE JUBILACION y condiciona tal circunstancia a la reunión de dos requisitos: tiempo de servicio y edad, exigidos por las normas legales, convencionales, reglamentarias o VOLUNTARIAS.

"De tal suerte que la ley una vez más reafirma la validez de las concesiones VOLUNTARIAS, liberales, extralegales o graciosas, lo que permite entender rectamente que dentro del criterio analógico descrito, la trabajadora adquirió el derecho a la pensión de jubilación o mejor, su status de pensionada, A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE VOLUNTARIAMENTE EL PATRONO SE LO RECONOCIO DISPENSANDO LOS REQUISITOS MINIMOS DE EDAD Y TIEMPO para consagrar en pro de la

asalariada, un derecho más favorable, que en desarrollo de la relación laboral o de sus efectos, debe aplicarse preferencialmente como lo manda el artículo 21 del Código Sustantivo Laboral y porque la pensión de jubilación voluntaria una vez causada, tiene la misma naturaleza de la pensión legalmente adquirida.

"De la configuración del status, surge la necesidad de analizar qué clase de derecho nació a favor de la trabajadora.

"Cuando el Consejo de Administración Coopetraban 'acordó unánimemente reconocer una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario que devenga en la actualidad la trabajadora' (folio 11), pura y simplemente, sin condición, estableció un crédito en favor de aquella, con lo cual, cambio su situación jurídica que de abstracta, general e impersonal, se tornó en individual y concreta con las consecuencias propias que la teoría jurídica le asigna, cuales son, entre otras, la de irrevocable, intangible e inmodificable por leyes, reglamentos o disposiciones de iniciativa patronal en forma unilateral. De tal suerte que el derecho reconocido, en este caso la pensión de jubilación ya causada, constituye para el beneficiario un derecho adquirido, un bien que ingresa a su patrimonio, un crédito a su favor que como tal está amparado por el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, por lo cual, no puede ser vulnerado ni desconocido ni por quien esté obligado a servirlo —el patrono— ni por quien debe protegerlo - la jurisdicción.

"El doctor Fernando Garavito, acogido por Tascón en su obra de Derecho Constitucional, Ed Minerva, S. A. 1939, página 83, define los derechos adquiridos como: un 'bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente y que de acuerdo con los preceptos de la misma ley entra en el patrimonio del titular'".

"Julien Bonnecasse, citado también por Tascón, '...ha sustituido la noción de los derechos adquiridos por la de situaciones jurídicas concretas, en contraposición a las situaciones jurídicas abstractas. Para él, las situaciones jurídicas concretas no pue-

den ser vulneradas por una ley nueva; ésta sólo se aplica a las situaciones jurídicas abstractas".

"Este ha sido el tradicional concepto de la H. Corte Suprema de Justicia, fundamentado en reiterados conceptos de tradistas como Jeze, ya citado y de Villegas Basavilbaso, quien en su tratado de Derecho Administrativo, tomo 2º, página 500, afirma: 'El derecho a la jubilación concedida es distinto al derecho a la jubilación futura. En el sistema legal, es un derecho adquirido *ad vitam* e irrevocable. Esta incorporación al patrimonio del agente es definitiva, y solamente se suspende o extingue por las causas expresamente determinadas por la ley ... '... la doctrina y la jurisprudencia afirman el principio de la irrevocabilidad del derecho jubilatorio en sí mismo. DESDE EL MOMENTO EN QUE LA JUBILACION ES ACORDADA... SE HA CONVERTIDO EN UN DERECHO ADQUIRIDO ...'".

"Y cuando al decidir sobre demanda de inexequibilidad propuesta contra la Ley 48 de 1962 recordó la H. Corte: 'V. No es impertinente agregar que las pensiones jubilatorias, al igual que las remuneratorias y las graciosas ya causadas son irrevocables'. Gaceta Judicial Tomo CXXXI Bis Nros 2314, 2315 y 2316.

"Y haciendo la distinción entre los derechos adquiridos, los eventuales y la simple expectativa, dice la Corte:

'... La distinción entre derecho adquirido y eventual depende de que los elementos necesarios para que el derecho nazca se produzcan o integren simultáneamente, de una sola vez, o que por el contrario esa integración se efectúe en forma sucesiva. Cuando la génesis del derecho se cumple por integración en un solo acto de todos sus elementos jurídicos constitutivos, se dice que es puro y simple; entonces se configura el derecho perfecto, o sea, que se adquiere sin sujeción a modalidad alguna. Si al contrario, el derecho pende del cumplimiento de una condición que además es elemento intrínseco o constitutivo del acto o contrato, surge el derecho eventual que se caracteriza por ser meramente provisional o preparatorio del derecho perfecto, pero protegido *ab initio* por la ley. A diferencia

del derecho eventual, la mera expectativa se configura cuando la condición no es elemento esencial o constitutivo del acto o contrato sino solamente adventicio o extraño a él, no hallándose jurídicamente protegida. El derecho adquirido nace por la concurrencia simultánea de todos sus elementos constitutivos, el eventual por la integración en trato sucesivo de tales elementos; la expectativa se configura cuando por no ser la condición elemento propio del derecho, este no merece la protección legal mientras la condición no se cumpla. En suma, el derecho adquirido es el que se perfecciona sin sujeción a condición alguna; el eventual, el que depende del cumplimiento de una eventualidad, entendida como una condición que es a la vez elemento propio del respectivo derecho; la expectativa, la que pende de un requisito ajeno al derecho o simplemente adventicio". (Gaceta Judicial Tomo CXVII bis Nº 2282 bis página 245).

"Entonces puede apreciarse el error del *ad quem* cuando al calificar como mera expectativa el derecho adquirido por la demandante, le encara, sin tenerla, la pendencia de un requisito que ni estipula ni condiciona el patrono en su reconocimiento, por lo cual, aplicó indebidamente el artículo 1530 del Código Civil.

"Y tanto carece de condición el derecho reconocido, que es puro y simple, divulgador de una obligación clara, expresa y exigible y como tal, generador de acción, cual es la característica propia de los derechos protegidos, no revocables por voluntad del obligado y menos, sin el consentimiento de la beneficiaria, en contraposición a los derechos en mera expectativa, que como lo afirma la H. Corte, no merecen protección legal mientras la condición no se cumpla.

"Por otro lado, el derecho así adquirido, lo fue con justo título por haberse originado en un acto voluntario del patrono, generador de obligaciones de acuerdo con el artículo 1494 del Código Civil pues desde '... " que los derechos sean adquiridos de conformidad con las leyes, lo estarán con justo título porque el constituyente no ha definido otro título legal".

(Acotación del mismo Garavito Por Tas-cón, ya citado).

"Pero donde más manifiesto aparece el error del Tribunal, es donde concluye que la actora no adquirió el derecho a la pensión de jubilación por cuanto no había empezado a disfrutar de él, concepto con el cual, confunde los principios jurídicos del nacimiento, desarrollo, y extinción de las obligaciones o como lo anota Roubier: ".....El desarrollo de una situación jurídica comprende tres momentos: El de la constitución, el de la producción de sus efectos y el de la extinción, situaciones estas que tienen *per se*, una vida jurídica propia, de tipificación autónoma, aunque para cumplir su ciclo, deban concurrir en suma.

"Lo que afirma el *Ad quem*, (sic) en cuanto a que el derecho a la pensión de jubilación no se adquirió por no haberse empezado a disfrutar, es precisamente el producto de la confusión de las dos primeras fases anotadas, pues la génesis del derecho adquirido, se da por la aparición del hecho capaz de producir efectos de derecho conforme a la ley. Ahí se corta su cordón umbilical y por tanto, teniéndolo como un hecho separado e independiente, surge a la vida jurídica y al cumplirse todos los preceptos que establecen el beneficio jubilatorio, su titular adquiere un derecho perfecto para disfrutarlo. Así nace o se adquiere el derecho, lo cual, nada tiene que ver con su disfrute, cual es la etapa siguiente en el ciclo de su vida jurídica ne-gocial.

"Siendo el disfrute la etapa sigte. a la consolidación, podría proponerse dentro de las condiciones de nacimiento y existencia del derecho, que el disfrute fuera la causa eficiente del primero? Lógicamente no: pues si bien la causa eficiente del disfrute es el nacimiento o constitución del derecho, no puede predicarse el mismo principio a la inversa por contradictorio, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Y no estando condicionada la causa al efecto por imposibilidad metafísica, se concluye que el primero, al consolidarse, adquiere existencia independiente, por lo que se reafirma que el disfrute del derecho no puede confundirse con su nacimiento.

"En fallo de esta Sala (8 de junio de 1965) se dijo que el derecho de disfrutar de la pensión 'surge a la vida legal a partir de la fecha de reconocimiento' de la misma, tesis que reitera en varios de sus pa-sajes. Pero un estudio más cuidadoso del asunto la lleva a rectificar esa jurispruden-cia en este punto concreto por acuerdo de sus dos secciones, para contarla desde la fecha en que el trabajador, reunidos los requisitos de edad y tiempo de servicio, se separe de él.... Cumplidos, pues, los re-quisitos constitutivos del estado de jubila-dado, lo que era una mera expectativa, se torna en un derecho adquirido, y llenada la condición del retiro del servicio, surge plena facultad jurídica para el disfrute de la pensión. El acto de reconocimiento, pri-vado o judicial, tiene efecto retrospectivo a la fecha del mencionado retiro, de donde se deduce con manifiesta claridad que a partir de este es exigible la obligación de pagar las cuotas pensionales, y por tanto, que desde ese momento empieza a correr, mes por mes, la prescripción de éstas" Ca-sación octubre 17 de 1968.

"Sentado el principio de que el disfrute no es generador del derecho, puede diluci-darse el magno error en que incurrió el Tribunal. Y cuando éste afirma que el de-recho de jubilación no disfrutado, por no ser adquirido es esencialmente revocable, persiste en su error inspirado en la misma fuente de confusión que venimos exponien-do. Y por haber caido en ella, califica el reconociimiento efectuado por el Consejo de Administración, como una mera expec-tativa". ...una simple decisión no puesta en práctica.

"Concluye el Tribunal diciendo que '... como se trata de una pensión voluntaria, no es exigible' apreciación errónea que conduce a desconocer los derechos más fa-vorables a los trabajadores según la previ-sión del artículo 21 del Código Sustantivc Laboral en concordancia con el artículo 13 que si bien consagra los derechos mínimos del asalariado, por encima de ellos según pacto, convención o disposición unilateral del patrono pueden mejorarse, sin que sea dable al fallador desconocer mediante for-zadas interpretaciones, su eficacia y garan-tía".

"La Corte ha reiterado su criterio de que las obligaciones y derechos que surgen de manera extralegal, son de la misma categoría de las obligaciones y derechos mínimos señalados en las leyes laborales siendo por tanto, imperioso el cumplimiento de unas y otros sin que pueda el patrono retardar la ejecución de las primeras argumentando que por ser extralegales, no urge satisfacerlas.

"Y en sentencia de marzo 9 de 1978 en el juicio de José Luis Lanz de Nadal contra The National Cash Register Company, con ponencia del doctor Juan Hernández Sáenz, reiteró: '... de todos modos el derecho a la pensión vitalicia de retiro reconocida por el patrono al trabajador tiene la misma naturaleza de la pensión de jubilación que impone la ley a cargo del empleador cuando el asalariado cumple las condiciones de edad y tiempo exigidas por ella para disfrutarla, y debe, en consecuencia, regirse por las mismas normas de la pensión legal en cuanto atañe a las repercusiones y alcances de ese derecho con posterioridad al fallecimiento de su titular, aún en la hipótesis de que el empresario al conceder voluntariamente la pensión diga obrar 'a título de mera liberalidad' porque de todos modos nació para el antiguo servidor una prerrogativa vitalicia de recibir pensión y el status de pensionado tiene para los servidores particulares las consecuencias *post mortem* que determinan las leyes..."

"Luego el hecho de que la causa del reconocimiento de la pensión sea la mera liberalidad, no exime al patrono de su pago y siendo como es el acto aludido, un justo título, no viciado, revelador de una manifestación de voluntad favorable al trabajador, puro y simple, sin condición, precedor de la protección legal, es exigible por la categoría de derecho prevalente o adquirido que le imprime la ley laboral cuya finalidad propia está claramente determinada en el artículo 1º del Código Sustitutivo Laboral que se señala como violado en concordancia con las demás normas citadas en el Motivo de Casación.

"Desde el mismo momento en que se configuró el *status* de pensionado, nació el derecho y una vez éste arribe al mundo

jurídico, es exigible. No puede admitirse el error acusado en la sentencia del Tribunal cuando afirma que por ser una prestación extralegal o voluntaria no es exigible cuando se revoca antes del disfrute, porque ello equivale a confundir la existencia o surgimiento del derecho con la efectividad del mismo, lo cual, en desarrollo de la relación contractual, tiene acciones y efectos diferentes". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transcrita).

Se considera

Al examinar las pruebas cuya mala apreciación tiene el cargo como fuente de los yerros de hecho que alega, resulta que en el acta del Consejo Administrativo de la Cooperativa fechada el 13 de octubre de 1976 (folios 10 a 12, Cuaderno 1º), se lee que le fue reconocida una pensión de jubilación a doña Ligia Urrego; y esto es precisamente lo que halló en ese documento el sentenciador ad quem (folios 262 ibidem); o sea, que no hubo error en su apreciación.

La carta de despido (folio 13 ibidem) no dice nada sobre el reconocimiento de pensión a la demandante; ello indica que tampoco fue equivocada la apreciación del Tribunal sobre este documento.

La carta fechada el 21 de octubre de 1976 (folio 9 ibidem) expresa que se le reconoce la pensión a doña Ligia "a partir de la fecha de la supresión del cargo de Asesora Técnico - Administrativa". Y esto mismo dice el Tribunal sobre el contenido de la carta (folio 262 ibidem). Luego no hubo tampoco error perceptivo en el examen de ella.

El acta del Consejo de Administración de la Cooperativa del día 3 de diciembre de 1976 (folios 166 a 169 ibidem) dice que la Superintendencia de Cooperativas improbo el reconocimiento de pensión a la actora y, por ello, el Consejo revoca ese reconocimiento (folio 167 ibidem). Y el hecho de tal revocatoria fue lo que encontró el fallador de la segunda instancia al apreciar dicho documento. Luego tampoco incurrió en yerro evidente al analizarlo.

Y como, de acuerdo con su naturaleza propia, el error de hecho consiste apenas en la falta de percepción o la mala percep-

ción sensorial de pruebas aducidas al juicio, se descubre fácilmente que en esta oportunidad el Tribunal no incurrió en tales equivocaciones y, menos aún, con la evidencia exigida para que valgan en casación como fuentes del quebranto indirecto de normas sustanciales de la ley laboral.

El cargo no prospera, por lo tanto.

Segundo cargo

Su planteamiento reza: "Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín con fecha 28 de noviembre de 1978, con fundamento en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, por interpretación errónea de los artículos 1494 y 1530 del Código Civil; 30 y 215 de la Constitución Nacional; 1, 9, 13, 16, 19, 21 y 260 y ss. del Código Sustantivo Laboral; 51 y 61 del Código de Procedimiento Laboral; artículo 1º del Decreto 2218 de 1966 y artículo 10 de la Ley 171 de 1961.

"La violación se produjo en forma indirecta como consecuencia de la equivocada inteligencia de las disposiciones mencionadas, pues admitiendo el *ad quem* el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación hecho por el patrono a la trabajadora, consideró erróneamente que no eran jurídicamente procedentes las normas que se señalaron como violadas para el caso *sub judice*, por la característica de voluntario que exhibe tal acto unilateral.

"Aún cuando el Tribunal no lo dice en forma expresa, la confirmación de la sentencia de primer grado indica que acogió el razonamiento del *a quo* sobre la absolución de la demandada en lo que respecta a la pensión de jubilación:

"Se dijo en el fallo del Juez:

"Como petición subsidiaria del reintegro, fuera de la indemnización por despido injusto, se reclama el reconocimiento de la pensión de jubilación equivalente al 75% del último salario devengado por la demandante, desde la fecha de la desvinculación.

"El Consejo de Administración integrando de la Cooperativa demandada, en reunión efectuada el 13 de octubre de 1976, reconoció a la demandante la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario que devengaba al momento del despido (folios 10 a 12). En su reunión del 20 de octubre de 1976, el consejo de Administración aclaró que el reconocimiento de la pensión de jubilación hecho en la reunión anterior era a partir de la fecha de la supresión del cargo de Asesora Técnico Administrativa (folio 9). Posteriormente en la reunión de 3 de diciembre de 1976, el Consejo de Administración acordó revocar las decisiones anteriores (folios 166 a 169).

"Como se trata de una pensión jubilatoria extralegal cuyo reconocimiento depende única y exclusivamente del Consejo de Administración de la entidad demandada, y éste en su reunión de 3 de diciembre de 1976, decidió revocar el reconocimiento antes hecho a la actora, en reuniones, efectuadas los días 13 y 20 de octubre del mismo año, LA PRETENSION DE JUBILACION CARECE DE FUNDAMENTO. SE TRATA DE UN DERECHO DISTINTO AL CONSAGRADO EN EL ACUERDO N° 12 DE AGOSTO 25 DE 1975, que consagra el derecho a la pensión para el trabajador que lleve más de 15 años de servicio y menos de 20, y sea despedido sin justa causa, cuando cumpla 50 años de edad, si es varón o 40 años si es mujer, ya que el reconocimiento que se hizo a la demandante y que posteriormente fue revocado, no tuvo en cuenta para nada la edad de la trabajadora, sino que se le hizo efectivo a partir de la fecha de supresión del cargo que desempeñaba". (Ver folios 205 y 206. Mayúsculas y subrayas del recurrente).

"El fallador de segunda instancia, acogiendo las fundamentaciones del *A quo*, (sic) interpretó erróneamente las normas citadas porque encontró que reconocido ese derecho, no cabía su aplicación por cuanto —como se subrayó en el párrafo anterior— no tuvo en cuenta para nada la edad de la trabajadora, sino que se le hizo efectivo a partir de la fecha de supresión del cargo que desempeñaba.

"Si el sentenciador hubiera entendido rectamente el contenido normativo violado, habría accedido a la condena subsidiaria impetrada en primera instancia y que se reitera mediante el alcance de la impugnación hecho en la presente demanda". (Las mayúsculas y subrayas son del texto transscrito).

Se considera

Sobre el punto materia del ataque, dijo el Tribunal lo siguiente:

"Pero también se plantea en la demanda, como petición subsidiaria el pago de una PENSION JUBILATORIA DEL 75% de su último sueldo promedio, QUE LE FUE RECONOCIDA A LA PETICIONARIA POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACION INTEGRADO DE LA COOPERATIVA (folios 10/12).

"Ciertamente el H. Consejo de Administración de Coopetraban, por unanimidad de sus miembros, según se hace constar en acta de octubre 13 de 1976 le reconoció a la actora el derecho a una pensión de jubilación del 75% del último sueldo promedio mensual que devengó al servicio de la entidad.

"A petición de la interesada, en reunión de veinte (20) de octubre de 1976 el mismo Consejo de Administración de la Cooperativa ACLARO que el reconocimiento de su pensión jubilatoria 'se le haría a partir de la fecha de la supresión del cargo de Asesora Técnico Administrativa' (folios 9) Empero, ocurrió que en reunión de tres (3) de diciembre de 1976, el mismo Consejo de Administración ACORDO REVOCAR LAS DECISIONES ANTERIORES" (la locución en Mayúsculas la realizada la Sala. Véanse folios 166/69).

"Ante la nueva situación creada, resulta claro para la Sala que la actora no adquirió realmente el derecho a la pensión de jubilación que en un principio quiso otorgarle el Consejo de Administración de Coopetraban. Y no lo adquirió porque aún no había comenzado a disfrutar de el, cuando la decisión inicial fue revocada. Se trataría a la verdad de UN DERECHO IRREVOCABLE como lo estima el muy distinguido señor apoderado de la accionante en

su alegación de esta instancia, si ya ésta hubiere comenzado a gozar del mismo. Pero hasta entonces era una simple expectativa, una simple decisión no puesta en práctica del dicho Consejo de Administración de la Cooperativa, esencialmente revocable, como efectivamente lo fue. Y como se trata de pensión voluntaria no es exigible, cuando su revocación precede al momento de comenzar a otorgarla real y efectivamente. En criterio de esta Sala claro está". (Las mayúsculas son del texto transscrito).

Al repasar el texto de lo transscrito, se descubre que, como lo dice el opugnador, en la sentencia acusada no se intenta siquiera hacer una exégesis ligera de los preceptos que el ataque tiene como erróneamente interpretados.

Entonces, por obvia sustracción de materia, el cargo no puede prosperar, pues carece de fundamento.

Tercer cargo

Dice así: "La sentencia impugnada, violó por infracción directa los artículos 30 y 215 de la Constitución Nacional, en relación con los artículos 1494 del Código Civil; 1, 9, 13, 16, 19, 21 y ss. del Código Sustantivo Laboral; 10 de la Ley 171 de 1961 y 1º del Decreto 2218 de 1966.

XII. Demostración del cargo

Existe una clara conformidad entre el *ad quem* (sic) y el recurrente frente al derecho de pensión de jubilación reconocido por Coopetraban a la señorita Ligia Urrego Angarita, tal como se desprende de la lectura de los siguientes apartes de la sentencia visible a folio 262.

"CIERTAMENTE el H. Consejo de Administración de Coopetraban, por unanimidad de sus miembros, según se hace constar en acta de octubre 13 de 1976 LE RECONOCIO EL DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION DEL 75% DEL ULTIMO SALARIO PROMEDIO MENSUAL QUE DEVENGO AL SERVICIO DE LA ENTIDAD.

"A petición de la interesada en reunión de 20 de octubre de 1976 el mismo Consejo

de Administración de la Cooperativa ACLARO que el reconocimiento de su pensión jubilatoria 'se le haría a partir de la fecha de la supresión del cargo de Asesora Técnica Administrativa' (folio 9).

"Resalta con toda claridad, que el Tribunal al haber aceptado el reconocimiento de dicha pensión de jubilación, debió aplicar las normas de los artículos 260 y ss. del Código Sustantivo Laboral y la Ley 171 de 1961, porque la admisión del tal hecho, supone la aplicación de las normas de derecho que regulan su eficacia y porque como se ha venido afirmando, la pensión de jubilación voluntariamente reconocida, se rige por las normas de la pensión legal.

"No lo hizo así el sentenciador de segunda instancia rebelándose contra sus preceptos y por tal omisión, ignoró que la trabajadora se encontraba frente a un derecho adquirido, por lo cual violó por falta de aplicación, los artículos 30 de la Constitución Nacional y su concordante el 215.

"Si el *ad quem* hubiera reconocido la existencia de tales normas, habría declarado el derecho en su pleno vigor y lo haría efectivizado por provenir de un acto lícito, incondicional, más favorable al trabajador, vinculante conforme al artículo 1494 del Código Civil desconocido en la sentencia, merecedor de la tutela jurídica de acuerdo con las prescripciones de los artículos 1, 9, 13, 16 y 21 del Código Sustantivo Laboral.

"Igualmente, por ignorar las disposiciones del Decreto 2218 de 1966 en su artículo 1º las cuales debió aplicar analógicamente por remisión del artículo 19 del Código Sustantivo Laboral, desconoció el fenómeno de la causación del derecho a la pensión de jubilación originando la confusión planteada en el primer cargo a cuyo replanteamiento me remito respecto al surgimiento y disfrute de los derechos.

"De no haber desconocido las anteriores normas el Tribunal, hubiera acogido en su totalidad las pretensiones subsidiarias para ordenar el pago de la pensión. Pero al absolver a la demandada, violó por infracción directa por falta de aplicación, las disposiciones que regulan el nacimiento, desarrollo y extinción de los derechos". (Las mayúsculas son del texto transcrita).

Se considera

La mayoría de los textos que el cargo tiene por infringidos no son consagratorios de derechos concretos para los trabajadores sino meramente enunciativos de principios jurídicos generales e impropios, por ende, para fundar en ellos ataques dentro del recurso extraordinario de casación.

En efecto, el artículo 30 de la Constitución sólo establece una garantía abstracta para los derechos adquiridos con justo título y arreglo a las leyes civiles, y su artículo 215 consagra la excepción de inconstitucionalidad, para hacer prevalecientes en todo caso y en todo tiempo las normas de la Carta Fundamental del país sobre cualesquiera otras. El artículo 1494 del Código Civil sólo indica cuáles son las fuentes de las obligaciones.

Y en cuanto a las disposiciones laborales, los artículos 1º, 9º, 13, 16, 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo sólo enuncian, en su orden, los propósitos que tiene ese estatuto, la protección que merece el trabajo, el principio de que la ley laboral contiene el mínimo de garantías para los asalariados, la calidad de orden público que tienen los preceptos laborales y la aplicabilidad del régimen que sea más favorable para los intereses del trabajador, la indicación de las normas de aplicación supletoria en los asuntos del trabajo y el principio de irrenunciabilidad por los empleados de las prerrogativas que la ley les concede. Se trata pues de meras orientaciones básicas de la legislación del trabajo que no consagran ningún derecho específico reclamable por los subordinados mediante vínculo de servicios.

El artículo 260 del Código establece la pensión de jubilación para quienes sirvan durante veinte años a empresas con capital de ochocientos mil pesos o más y lleguen a los cincuenta y cinco años de edad, los hombres, o a cincuenta años, las mujeres, tema que no corresponde al de este litigio, donde se discute lo añadido a una pensión de naturaleza voluntaria, es decir, extralegal.

No es dable para la Sala examinar los preceptos que el cargo denomina "siguentes" porque es al recurrente y no al sen-

tenciador a quien corresponde indicar de manera expresa e inequívoca los textos legales que considera desconocidos por un fallo.

El artículo 10 de la Ley 171 de 1961 regula lo referente a la asistencia médica para los pensionados, cuestión que es ajena a la materia del proceso.

Y el artículo 1º del Decreto 2218 de 1966 es simplemente reglamentario de la Ley 171 de 1961 y no es atributivo de derechos para los trabajadores, porque ello es característica exclusiva de la ley sustancial.

No conforme pues este cargo un ataque tercero contra el fallo acusado, circunstancia por la cual carece de prosperidad.

No es dable infirmar entonces la sencuencia recurrida.

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 acusado.

Sin costas en casación.

Cópíese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REGIMEN PRESTACIONAL PARA LOS SERVIDORES DE PUERTOS DE COLOMBIA

"LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA ES UNA ENTIDAD DESCENTRALIZADA, ORGANIZADA EN FORMA DE EMPRESA COMERCIAL POR EL DECRETO 561 DE 1975. SUS SERVIDORES EN CONSECUENCIA, SON TRABAJADORES OFICIALES"

DE ACUERDO CON LOS ARTICULOS 4º Y 492 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES OFICIALES NO SE RIGEN, EN CUANTO DERECHO INDIVIDUAL, POR DICHO ESTATUTO, SINO POR LAS NORMAS QUE SE DICTEN CON POSTERIORIDAD, Y EN DEFECTO DE ESTAS, POR LAS ANTERIORES, QUE EXPRESAMENTE CONTINUARON VIGENTES PARA ESA CLASE DE SERVIDORES

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco Correa).

Acta número 51.

Morgan Sandoval Barrero, mayor, vecino de Barranquilla, demandó por medio de apoderado especial a la *Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla*, para que se la condene a pagarle lo siguiente: "1º) Reajuste de salario desde el 1º de agosto de 1975 al 6 de febrero de 1976. 2º) Reajuste de la prima de servicios. 3º) Reajuste de la prima de antigüedad. 4º) Reajuste de la prima de vacaciones. 5º) Reajuste de las vacaciones. 6º) Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin

justa causa. 7º) Indemnización por mora en el pago de la totalidad de las prestaciones sociales".

Según los hechos de la demanda Morgan Sandoval prestó sus servicios a la demandada desde el 23 de junio de 1954 hasta el 6 de febrero de 1976; desde el 1º de agosto de 1975 le fue aumentado el sueldo a \$ 9.738.24 en el cargo de Auxiliar de Control II, a pesar de lo cual sólo se le canceló hasta el 9 de diciembre del mismo año un salario mensual de \$ 9.160.20, y desde el 10 de diciembre hasta el 6 de febrero de 1976 un salario de \$ 5.291.10 mensuales; en esta última fecha la empresa en forma unilateral y sin justa causa dio por terminado el contrato de trabajo. Al momento de liquidar las prestaciones sociales se tuvo en cuenta, para obtener el salario promedio, el que se pagó desde el 1º de agosto de 1975 y no el que realmente le correspondía. A partir del 1º de enero de 1976 los salarios fueron incrementados en un 23% por mandato del artículo 138 de la Convención Colectiva de Trabajo, lo cual hizo

ascender el salario que debían pagarle a la suma de \$ 11.978.04.

Al contestar la demanda por medio de apoderado especial la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, aceptó unos hechos y negó otros, y se opuso a las peticiones.

Cumplido el trámite de la primera instancia el *Juzgado del conocimiento*, que lo fue el *Primero Laboral del Circuito de Barranquilla*, en sentencia de veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y ocho condenó a la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, a pagar al señor Morgan Sandoval Barrero la suma de \$ 17.940.90 por concepto de reajuste de salarios y \$ 277.861.08 como indemnización por despido injusto; la absolió de los demás cargos de la demanda y no hizo condena en costas.

Apelaron ambas partes. *El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral*, en fallo de veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y ocho reformó el de primer grado, para dejarlo así: "Condénase a la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, a pagar al señor Morgan M. Sandoval Barrero, la suma de \$ 308.599.32 por los siguientes conceptos: Indemnización por despido injusto \$ 278.559.60. Reajuste de salario \$ 12.313.20. Salarios moratorios \$ 17.726.52. Total. \$ 308.599.32". Absolvió a la demandada de los otros cargos formulados y no hizo condena por las costas de las instancias. Salvó el voto la Magistrada Selfia Cortés de Garzón.

Recurrió en casación el apoderado de Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Con la presente demanda de casación pretendo que la H. Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— case parcialmente el fallo recurrido en cuanto fijó la condena de indemnización por despido injus-

to en la suma de \$ 278.559.60 para que en sede de instancia revoque la sentencia de primer grado en este mismo punto y en su lugar liquide la indemnización por despido injusto aplicando la Ley 6^a de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, calculándola en base a los términos presuncionales de seis en seis meses, en la suma de \$ 56.996.24, que corresponde a un total de 136 días liquidados con un salario de \$ 12.572.90 y tomando en cuenta la fecha de ingreso (23 de junio de 1954) y la fecha de retiro (6 de febrero de 1976)".

Con fundamento en la causal primera de casación presenta el siguiente

Cargo único

"Acuso la sentencia de segunda instancia de ser violatoria por la vía directa y por aplicación indebida de los artículos 8^o y 42 del Decreto 2351 de 1965 y como consecuencia de ella, violación directa por falta de aplicación de los artículos 3^o, 4^o, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 8^o y 11 de la Ley 6^a de 1945 y de los artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945.

Demostración

El H. Tribunal del Atlántico tomó como fuente aplicable al proceso ordinario laboral promovido por Morgan Sandoval Barrero contra Puertos de Colombia los artículos 8^o y 42 del Decreto 2351 de 1965, considerando que este último decreto es aplicable en su integridad para los trabajadores oficiales, sin necesidad de que cláusulas convencionales lo ratifiquen, en virtud de que el artículo 42 del decreto legislativo señala que rige desde su expedición y suspende las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y concluye: '... De allí que esta Sala en innumerables oportunidades haya dado aplicación al Decreto Legislativo 2351 y especialmente a su artículo 8^o (Indemnización por despido) tratándose de trabajadores oficiales, precisamente porque según el artículo 42 citado, el decreto suspendió las leyes y decretos laborales aún del sector público, que le fueran contrarios...'. De la anterior providen-

cia salvó voto la H. Magistrada Dra. Selfia Cortés de Garzón, considerando con base en jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, que debía de aplicarse al caso controvertido las disposiciones propias del sector público (Ley 6^a de 1945, Decreto 2127 de 1945). Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada —Empresa Comercial del Estado—, creada por la Ley 154 de 1959 y reorganizada por el Decreto Ley 0561 de 1975, no le es aplicable las normas del Código Sustantivo del Trabajo, ni las del Decretos 2351 de 1965 en su parte individual, por mandato expreso de los artículos 3^o, 4^o, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo ha reiterado la H. Corte Suprema de Justicia. En efecto, en decisión de 21 de mayo de 1971, juicio de Manuel Antonio Castillo López o López Castillo contra Puertos de Colombia, dijo la Corte: 'Según puede verse en el Diario Oficial número 30562 de julio de 1971, página 166 a 168, el Decreto 1461 de 1961 es meramente ejecutivo, ya que fue dictado en uso de facultades simplemente legales. En tales circunstancias, el precepto no puede tener fuerza para modificar o derogar los artículos 3^o, 4^o, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, que ordena aplicar sus reglas a las relaciones individuales particulares pero de ninguna manera a las individuales oficiales y que suspenden las normas reguladoras del derecho individual particular más no el oficial. Luego el decreto invocado no tiene fuerza suficiente para lograr la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo a las relaciones entre la Empresa Puertos de Colombia y sus trabajadores...'. La doctrina anterior, fue reiterada por la Corte en fallo de 29 de marzo de 1976, con ponencia del H. Magistrado doctor Alejandro Córdoba Medina y dentro del proceso ordinario laboral de Oscar Flórez Sarria contra Puertos de Colombia. En casación de 28 de julio de 1977, juicio de Luis Soca González vs. Puertos de Colombia y con ponencia del H. Magistrado doctor Pedro Charria Angulo, dijo la Corte: 'En efecto, habiendo reconocido la Sala falladora que el señor Soca González fue trabajador oficial de la entidad demandada, las normas aplicables al *sub judice*

eran la Ley 6^a de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y ordenamientos que los adicionan y reforman, pero en ningún caso el Código Sustantivo del Trabajo, desde luego que, como lo ha sostenido esta Corporación, el Decreto 1461 es de carácter reglamentario, y por ende, el artículo 40 del mismo no puede tener eficacia para modificar o derogar disposiciones de jerarquía superior'. De lo expuesto se concluye que constituye fuente aplicable al presente proceso las disposiciones de la Ley 6^a de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945 que el H. Tribunal del Atlántico dejó de aplicar para efectos de la liquidación de la indemnización por despido".

El opositor replica: "Sobre el particular conviene observar, en primer término, que la censura no aparece correctamente formulada. En primer lugar, porque se acusa en quebranto de algunas disposiciones por falta de aplicación, que según reiterada jurisprudencia de esa H. Sala no es motivo de casación en materia laboral, que menciona únicamente la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. Además la proposición jurídica es incompleta, porque se omitió citar el artículo 2^o de la Ley 64 de 1946, que es el que consagra el derecho a la indemnización por despido de los trabajadores oficiales, ya que las normas del Decreto 2127 de 1945 son de carácter reglamentario, pero no tienen el carácter de sustanciales, para poder ser objeto de quebranto en casación. De otra parte, el cargo ha debido ser formulado por interpretación errónea, pues las conclusiones que obtiene el *ad quem* se apoyan en el entendimiento del artículo 42 del Decreto 2351 de 1965, que para el sentenciador al suspender las leyes y decretos del Código Sustantivo del Trabajo que le fueran contrarios, consideró que dicha suspensión cobijaba los artículos 3^o, 4^o, 492 y 493. Si el recurrente no lo consideró así, ha debido discutir esa hermenéutica que, igualmente, implicaba discutir la consideración mayoritaria de la Sala Falladora en el sentido de que el artículo 8^o del Decreto 2351 de 1965 es más favorable que el Decreto 2127 de 1945. En tal virtud, el cargo por este aspecto técnico también resulta mal formulado y debe

desecharse. En cuanto al aspecto de fondo de la censura, debe señalarse que la norma del Decreto 1461 de 1961 al considerar que las disposiciones de los trabajadores particulares se aplican a los servidores de la demandada, es (sic) aplicarse y considerarse vigente, pues no ha sido suspendido ni anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa, así sea discutible su legalidad. Además, se trata de una norma de carácter particular y especial, que queda vigente aún en el evento de que se hayan dictado disposiciones posteriores de naturaleza general, en los Decretos 3130 y 3135 de 1968, respecto al régimen de los dependientes de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. Además, es muy diferente la situación respecto de las normas iniciales del Código Sustantivo del Trabajo, expedidas en el año de 1951, con mucha anterioridad a la constitución de la empresa demandada, que son las que la doctrina de esa H. Corte Suprema de Justicia ha considerado no aplicables a aquella, a diferencia de otras posteriores como las del Decreto 2351 de 1965, pues cuando este estatuto se dictó ya estaba en vigencia el Decreto 1461 de 1961. La jurisprudencia del 28 de julio de 1978 hace referencia a un caso diferente, pues se trataba de establecer si era aplicable el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo habiendo considerado en aquella oportunidad esa H. Sala que no era pertinente, pues la indemnización moratoria debía regirse por el Decreto 797 de 1949 y no por la disposición primeramente citada. Aquí se trata de la aplicabilidad o no del Decreto 2351 de 1965, que, se repite, es posterior al Decreto 1461 de 1961 y se expidió cuando ya estaba creada la empresa demandada, o sea que la situación del asunto *sub judice* es bien distinta a la que motivó la doctrina que invoca el censor en su demanda. De otra parte, el régimen previsto en el Decreto 3135 de 1965 dejó a salvo los estatutos anteriormente vigentes, que en el caso de la demandada se recogen en el Decreto 1461 de 1961, tal y como lo ha definido esa H. Corporación en tratándose de los servicios de otras entidades oficiales similares a la demandada, como es el caso

de Incora, pudiéndose constatar lo anterior en la sentencia del 9 de octubre de 1974 y 9 de julio de 1976, y en el caso concreto de Puertos de Colombia, en el fallo del 6 de agosto de 1976, decisión ésta última en la cual se reitera que los estatutos de la demandada son los que han sido aprobados por varios Decretos entre ellos el 1461 de 1961 y 730 de 1971".

Por su parte dijo el Tribunal Superior:

"Según el Decreto 2351 de 1965, artículo 7º, la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra las causales o motivos que la motivaron a tomar esa determinación. Así lo hizo la empresa. Pero según la jurisprudencia laboral constante y reiterada a través de los años, el trabajador debe comprobar el hecho simple del despido y el patrón demostrar las causales o hechos alegados para prescindir del contrato. En el caso de autos, no basta la simple imputación del abandono del cargo y la abierta rebeldía del demandante contra las órdenes de la empresa. Debía ésta acreditar dentro del proceso o por cualquiera de los medios de prueba que la ley permite que lo afirmado en su carta de retiro sucedió en realidad. Carece de pruebas el proceso sobre este aspecto del asunto sometido a consideración de la Sala, y por tanto, debía concluirse que la empresa demandada no comprobó los motivos alegados para la terminación del contrato de trabajo. Es decir, el despido es injusto y se hace acreedora la empresa demandada al resarcimiento pecuniario respectivo. Ahora bien, cuál será éste? El demandante estuvo vinculado a la empresa Puertos de Colombia, que fue creada como establecimiento público descentralizado, autónomo y con personería jurídica propia, y en virtud del Decreto 561 del 15 de marzo de 1975 se estructuró como Empresa Industrial y Comercial del Estado, adscrita al Ministerio de Obras Públicas. Por tanto, el demandante tiene el carácter de trabajador oficial y sólo resta examinar con base en esta calidad, cuál es la legislación aplicable en la indemnización de perjuicios. Si bien la jurisprudencia no lo tiene completamente definido no

resulta aventurado afirmar que el Decreto 2351 de 1965 es aplicable en su integridad para los trabajadores oficiales, sin necesidad de que las cláusulas convencionales lo ratifiquen, en virtud de que el artículo 42 de dicho decreto legislativo dice que rige desde su expedición y suspende las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las leyes especiales le sean contrarias. De allí que esta Sala en innumerables oportunidades haya dado aplicación al Decreto Legislativo 2351 y especialmente a su artículo 8º (indemnización por despido), tratándose de trabajadores oficiales, precisamente por que según el artículo 42 citado, el decreto suspendió las leyes y decretos laborales aún del sector público, que le fueran contrarios... Además de todo lo anterior, el Decreto 2351 de 1965 es más amplio y favorable que la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127, en punto a las indemnizaciones que la demanda suplica, por cuanto el cálculo no hay por qué hacerlo con los términos presuncionales de 6 en 6 meses, sino aplicando la tabla gradual consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 teniendo en cuenta el tipo de contrato de que se trate y el salario devengado".

Se considera

En relación con las críticas que el opositor hace a la demanda extraordinaria, encuentra la Sala que si bien la falta de aplicación no es motivo per se de la casación laboral, puede encajar dentro de la infracción directa cuando se acusa la sentencia por no haber tenido en cuenta los mandatos contenidos en un precepto legal. La proposición jurídica es completa, pues incluye las normas cuya violación determinó la de aquéllas, también incluidas, que consagran los derechos reconocidos al trabajador y cuyo desconocimiento se pretende por medio del recurso, o sea la indemnización por terminación unilateral sin justa causa prevista en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. Las otras normas que relaciona el recurrente no son de forzosa inclusión, pues son las que considera deben aplicarse para solucionar la litis en instan-

cia. Los demás aspectos de la censura se estudiarán al entrar al fondo del cargo.

La empresa Puertos de Colombia es una entidad descentralizada, organizada en forma de empresa comercial por el Decreto 561 de 1975. Sus servidores, en consecuencia, son trabajadores oficiales.

De acuerdo con los artículos 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo los trabajadores oficiales no se rigen, en cuanto al derecho individual, por dicho Estatuto, sino por las normas que se dicten con posterioridad, y en defecto de éstos, por las anteriores, que expresamente continuaron vigentes para esa clase de servidores.

El Decreto 2351 de 1965, "por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo" no proveyó sobre trabajadores oficiales, pues nada dijo en relación con éstos ni modificó los artículos 4º y 492 citados. Su normatividad, por lo tanto, se aplica únicamente a los trabajadores particulares en lo referente al derecho individual, o sea al régimen contractual, prestacional y de indemnizaciones. El que en su artículo 42 hubiese expresado que se "suspenden las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y de las leyes especiales que le sean contrarias", frase propia de los decretos dictados con base en el Art. 121 de la Constitución, pero que hoy, por haberse dado carácter permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 equivale a derogación de las normas contrarias, no quiere decir que deroga los artículos 4º y 492 del Código, pues no hay contradicción entre lo que esos preceptos disponen y el contenido del decreto. Esta ha sido la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral.

De todo lo anterior se concluye que el Tribunal Superior infringió directamente los artículos 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicar, en contra de su preceptiva, el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, modificadorio del Código Sustantivo del Trabajo, a las relaciones entre el demandante y Puertos de Colombia, y producir la condena por terminación unilateral sin justa causa del contrato en la cuantía señalada por esa norma. Violación que se produjo sin que se hiciera una interpretación de los artículos 3º, 4º, 491, 492 del

Código y 42 del Decreto 2352 de 1965, pues el fallador de segunda instancia no desentrañó el sentido de los mismos.

Cuanto al argumento de favorabilidad que agregó el Tribunal Superior, encuentra la Sala que se desvirtúa con la demostración de que el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 no es aplicable a los trabajadores oficiales, pues ese principio se apoya en la vigencia de dos o más normas, o sea que supone que todas cobijan una relación jurídica, lo que no se presenta si una de ellas no le es aplicable por disposición expresa de la ley. No se acoge en este aspecto la censura del opositor.

Demostrada la violación de las normas pertinentes enunciadas en la formulación del cargo, éste prospera, y la sentencia recurrida se casará en cuanto reformó la de primer grado para fijar la cuantía de la condena por indemnización por despido injusto. La decisión de instancia se tomará previas las consideraciones siguientes:

Alega el opositor que según el Decreto 1461 de 1961, anterior al Decreto 2351 de 1965, las normas de este último serían aplicables a los trabajadores de Puertos de Colombia, precisamente por ser posteriores. No lo estima así la Sala, pues el primero de los decretos es Ejecutivo, aprobatorio de los Estatutos de Puertos de Colombia, sin virtualidad suficiente para derogar los artículos 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo ha dicho la Corte, y porque, como se expresó al estudiar el cargo, el segundo de los decretos no se refiere a los trabajadores oficiales. Situación diferente es la que tuvo en cuenta la Corte en relación con el Incora, pues en sus Estatutos se clasificó a los trabajadores como oficiales, lo que tenía validez de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

Las normas aplicables a la relación contractual entre Morgan Marcelino Sandoval Barrero y Puertos de Colombia son las anteriores al Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. El artículo 51 del Decreto Reglamentario número 2127 de 1945, estableció, re-

glamentando la norma anterior, que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, salvo los casos allí señalados, "dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar". Como no se demostró que el contrato entre las partes fue celebrado por un término fijo, debe considerársele como a término indefinido, que se encuentra regulado por los artículos 8º de la Ley 6ª de 1945, modificado por el 2º de la Ley 64 de 1946, 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, según los cuales se entenderá celebrado por seis meses con prórrogas sucesivas de seis en seis meses por el sólo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo.

Están de acuerdo las partes en que Morgan Sandoval prestó sus servicios a la demandada desde el 23 de junio de 1954 hasta el 6 de febrero de 1976, lo que se corrobora con la Inspección Ocular, folio 104. Aplicando las reglas contenidas en las normas anteriores, se obtiene que la última prórroga del contrato vencía el 23 de junio de 1976. Como el contrato terminó el 6 de febrero del mismo año, faltaban en esa fecha 137 días para su vencimiento. El salario promedio mensual que sirvió de base para la liquidación de prestaciones, fue, de \$ 12.572.90, de acuerdo con lo observado por el Juzgado en la Inspección Ocular, folio 104. Multiplicando los días que faltaban para el vencimiento del contrato por el salario promedio diario, el resultado es el siguiente: $12.572.90 \div 30 \times 137 = \$ 57.416.70$, que es el valor de la indemnización a que tiene derecho el demandante.

Se modificará la cuantía de la condena fulminada por el fallador de primera instancia para ajustarla al resultado obtenido por la Corte.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada el veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y ocho por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en cuanto modificó la cuantía de la indemnización por despido injusto y la fijó en \$ 278.559.60, y en sede de instancia modifica la de la condena por el mismo concepto impuesta por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, para fijarla definitivamente en cincuenta y siete mil cuatrocientos diecisésis pesos con setenta centavos moneda legal. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco Correa, Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

H O M O L O G A C I O N

“La Corte por providencia de 7 de diciembre de 1979, HOMOLOGA el Laudo Arbitral de 10 de octubre de 1979 que desató el conflicto laboral suscitado entre “Transportes Carlos Angel T., y Compañía Limitada” y el Sindicato de Choferes de Antioquia “Sidea”

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

Radicación Nº 7292

Acta Nº 40

Contra el Laudo proferido el 10 de octubre de 1979 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio del trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución Nº 02311 de julio 6 de 1977, para que estudiara y decidiera el conflicto laboral existente entre “Transportes Carlos Angel T. y Cía. Ltda”, por una parte, y por otra, el Sindicato de Choferes de Antioquia “SIDEA”, domiciliadas en el municipio de Sabaneta (Antioquia) y Medellín, respectivamente, el representante legal de la sociedad interpuso en tiempo el recurso de homologación, el que le fue concedido para ante la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Antecedentes

El Sindicato de Choferes de Antioquia “SIDEA”, con fecha 6 de septiembre de 1976, presentó el pliego de peticiones, cuyo texto aparece a los folios 1-2 y 63-64.

Nueve puntos contiene el aludido pliego, ninguno de los cuales fue objeto de acuerdo, en las etapas de arreglo directo y conciliación.

Teniendo en cuenta que las actividades de la empresa de Transportes Carlos Angel T. y Cía. Ltda., a las cuales se dedica ésta, están declaradas como de servicio público, conforme al literal b) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que estudiara y decidiera ese diferendo laboral colectivo entre las prenombradas partes.

La convocatoria se hizo mediante Resolución Nº 02311 de julio 6 de 1977 (folio 24), que, recurrida no fue revocada (Resolución Nº 0093 de enero 19 de 1978), habiendo sido integrado en virtud de la Resolución Nº 00961 de 13 de marzo de 1978 (folio 27) y hecha la designación del Tercer Arbitro por la Resolución Nº 02563 de julio 7 de 1978 (folio 39), todas ellas emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Empero, el Tribunal de Arbitramento sufrió variaciones en atención a la renuncia de algunos árbitros, terceros, los cuales fueron aceptadas por Resoluciones números 05244 de noviembre 27 de 1978 (folio 32), 01265 de marzo 23 de 1979 (folio 35) y 04675 de agosto 31 de 1979 (folio 40), y por las mismas se designaron los sucesivos reemplazos. Igualmente, por Resolución Nº 03667 de julio 12 de 1979 (folio 38) se aceptó renuncia del árbitro de la empresa y se apro-

bó su reemplazo, quedando definitivamente integrado por los árbitros, señor Arnaldo Quinceno y doctores Gustavo Mejía Ramírez y Jaime Henao Calle, quienes tomaron posesión del cargo respectivo.

En varias sesiones el Tribunal analizó el diferendo, oyó a las partes en conflicto, recibió documentos aportados por éstas y otros de oficio que solicitó, practicó una diligencia de inspección ocular en las instalaciones de la Empresa y pidió a las mismas partes que prorrogaran el término para fallar, lo que oportunamente le fue concedido.

Los puntos que estudió el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, consignados en el pliego que en copia auténtica obra a folios 63 y 64, se encuentran descritos, así:

"I. SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO. La empresa asumirá las obligaciones patronales sustituyéndose a los propietarios de los vehículos afectos a ella en los contrato de trabajo actualmente en cumplimiento y en los futuros, reconociendo la continuidad de las relaciones obreropatronales.

"II. SOBRE JORNADA DE TRABAJO. La empresa establecerá la jornada máxima de trabajo de diez horas, computando en ella el tiempo de espera entre recorrido y recorrido y el que se tome el traslado del vehículo entre el garaje y la ruta y viceversa.

"III. SOBRE DESCANSO REMUNERADO. La empresa organizará el trabajo en seis días continuos, para que los conductores puedan gozar del descanso semanal remunerado sin perjuicio del cubrimiento de las rutas, según las necesidades del servicio en el séptimo día, que, para los efectos jurídicos laborales, se tendrá como el dominical. En cuanto a los diez y ocho festivos de descanso obligatorio remunerado, se conviene en que no haya descanso compensatorio, sino la remuneración según la ley.

"IV. SOBRE SALARIOS. La empresa pagará, como salario ordinario, el veinte por ciento tradicional del producido bruto del vehículo.

"Pliego de Peticiones.

"V. SOBRE REGLAMENTO DE TRABAJO. La empresa procederá a elaborar un Reglamento de Trabajo que sea 'el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio', en acuerdo con el Sindicato de Choferes de Antioquia. Mientras tanto se abstendrá de dar aplicaciones a las normas que, del actualmente en vigencia, recorten en alguna forma la garantía y los derechos de los trabajadores.

"VI. SOBRE PRESTACIONES SOCIALES EXTRA LEGALES. La empresa aumentará en un cincuenta por ciento el valor de las prestaciones sociales y el de las sobre remuneraciones establecidas por la ley. Además, según acuerdos con el Sindicato de Choferes de Antioquia, previos a la Convención o comprometidos en Ella.

"VII. AFILIACION AL ICSS Y CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR. La empresa afiliará a todos los conductores al ICSS en la categoría que corresponda al promedio de su salario, lo mismo que a una caja de compensación familiar.

"VIII. RECONOCIMIENTO SINDICAL. Para todos los efectos que se deriven de la Convención, la empresa reconocerá al Sindicato de Choferes de Antioquia como Representante de los trabajadores sindicalizados.

"IX. DURACION DE LA CONVENCIENAS. La convención colectiva que se derive del presente Pliego de Peticiones tendrá una duración de seis meses".

Este Tribunal profirió, en decisión adoptada por unanimidad, el Laudo respectivo, en cuya parte resolutiva se dijo:

"Artículo primero. La Empresa deberá celebrar directamente con cada uno de los choferes asalariados que conduzcan vehículos propios o afiliados a ella, los respectivos contratos de trabajo y entregará al interesado una copia o constancia, según sea escrito o verbal, del contrato celebrado. Para efectos del pago de los salarios y demás conceptos laborales, la responsabilidad será solidaria entre la Empresa y el propietario del vehículo.

“Artículo segundo. La jornada ordinaria de trabajo de los choferes tendrá una duración máxima de diez (10) horas diarias, de acuerdo con el horario que señale la Empresa.

“Artículo Tercero. El chofer asalariado que labore durante todos los días de la semana, incluyendo el domingo, tendrá derecho al descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la remuneración extra prevista en las leyes laborales. Cuando por razón del servicio público que presta la Empresa, el chofer deba laborar los días festivos, diferentes a los dominicales, tendrá derecho a la remuneración extra prevista en la ley, sin obligación de disfrutar del respectivo descanso compensatorio remunerado.

“Artículo cuarto. Los choferes asalariados al servicio de la Empresa, ya sea en vehículos propios de ésta o afiliados, tendrán derecho a una remuneración diaria así:

“a) Ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) de salario básico;

“b) Derecho a un viaje doble (ida y regreso) para beneficio del chofer y con la obligación para éste de cubrir el valor del aseo, brillada y vigilancia del vehículo en las condiciones y oportunidades que se acostumbran en la Empresa respecto a los casos sometidos actualmente a este sistema. Para efectos de liquidación de prestaciones sociales y demás derechos laborales, este salario proveniente del viaje doble, se calculará en ciento noventa pesos (\$ 190.00) diarios.

“Parágrafo. En ningún caso los choferes asalariados actualmente vinculados a la Empresa podrán devengar un salario inferior al que están percibiendo en el momento de expedirse este fallo. Por tanto, los choferes que en la actualidad tengan regida su vinculación laboral por el sistema salarial del veinte por ciento (20%) del ingreso bruto del vehículo o por pasajero movilizado, podrán continuar amparados por esos sistemas o acogerse al sistema dispuesto en este fallo. Pero si optaren por el nuevo sistema, no podrán regresar a los anteriores.

“Artículo Quinto. La Empresa, en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de este fallo, deberá fijar todo el Re-

glamento Interno de Trabajo en dos (2) lugares diferentes de la Compañía, para conocimiento de los choferes, y entregar al Sindicato de Choferes de Antioquia ‘Sidea’ una copia de dicho reglamento.

“Artículo sexto. La Empresa reconocerá a los choferes asalariados, ya sea que conduzcan vehículos propios de ella o afiliados, las siguientes prestaciones extra-legales:

a) El valor de un (1) día adicional a las vacaciones legales que causen por cada año de servicio y que será pagado en dinero y no en descanso.

b) El valor de un (1) día adicional por semestre, como incremento a la prima de servicio y en las condiciones que para ésta establece el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

“Parágrafo. Las prestaciones extra-legales contempladas en este artículo no constituyen salario para efectos de liquidación de prestaciones sociales.

“Artículo séptimo. La Empresa continuará, como actualmente lo está haciendo, afiliando al Instituto de los Seguros Sociales y a una Caja de Compensación Familiar, a todos los choferes asalariados vinculados en la conducción de vehículos propios de la Empresa o afiliados a ésta.

“Artículo octavo. Para efectos de este fallo, la Empresa reconocerá al Sindicato de Choferes de Antioquia ‘SIDEA’ como representante de los choferes afiliados a dicha organización sindical o que adhirieran al mismo, en los términos de la ley.

“Artículo noveno. Este fallo arbitral tendrá una vigencia de un (1) año contado a partir de la fecha de su expedición y las partes podrán denunciarlo en los términos y condiciones previstos por la ley para las convenciones colectivas de Trabajo.

“Artículo Décimo. Este fallo se aplicará a los choferes asalariados de la Empresa en la extensión contemplada por las disposiciones legales.

“Artículo Decimoprimer. El presente laudo resuelve en todas sus partes el conflicto laboral surgido entre la Empresa ‘Transportes Carlos Angel T. S. A.’ y el Sindicato de Choferes de Antioquia ‘Sidea’.

Notificado a ambas partes el Laudo anterior, el representante de la parte patro-

nal interpuso el recurso de homologación contra el fallo arbitral, y en el mismo escrito confirió poder a un abogado para que representase a la empresa, quien lo aceptó y coadyuvó.

Concedido el recurso, se remitió luego el expediente a la Corte para que se surta de conformidad.

El Tribunal al proferir su Laudo, refiriéndose a cada una de las peticiones del pliego que hubo de resolver, hizo manifestaciones del siguiente tenor:

A los puntos 1º, 2º, y 3º, limitó sus anotaciones a la transcripción de las disposiciones legales por tratarse de normas de imperativo cumplimiento, cuales son los artículos 15 de la Ley 15 de 1959, 47 del Decreto 1393 de 1970, 56 *ibidem* en concordancia con el 2º del Decreto 869 de 1978 y 13 del Decreto 2351 de 1965, los que tratan del contrato de trabajo celebrados entre choferes asalariados de servicio público, de las jornadas no mayores de 10 horas diarias y de los descansos compensatorios remunerados para los trabajadores que habitualmente laboren los días domingos.

Al punto cuarto se hizo la siguiente textual consideración:

"Para analizar el aspecto de salarios del Tribunal hizo un amplio análisis de las modalidades que para su cálculo rigen en la Empresa. En la audiencia respectiva, la representante de la Empresa explicó que en ella se tenían tres (3) sistemas salariales, así: a) veinte por ciento (20%) sobre el ingreso bruto del vehículo, sin incluir el subsidio oficial de transporte y liquidado diariamente por el mismo chofer; b) entre \$ 0.41 y \$ 0.43 por cada pasajero movilizado; y c) un salario básico de \$ 120.00 diarios y el derecho para el chofer de realizar diariamente un viaje doble, con la obligación de pagar éste el valor de la brillada, aseo y vigilancia del vehículo. Este último sistema parece que es el que rige para los choferes que conducen vehículos de la familia Angel y para efectos de prestaciones sociales ese viaje doble se valora en \$ 100.00 diarios. No obstante esta afirmación, en la inspección judicial practicada a la Empresa, no se hallaron contratos de trabajo con el salario pactado a base de porcentaje.

"El Tribunal es consciente de la disimilitud de condiciones económicas de los distintos propietarios y de los diferentes resultados de rentabilidad de los vehículos, pero encuentra de elemental justicia frente a la unidad patronal que para efectos laborales establece la ley, que existe en la Empresa un sistema salarial uniforme para los choferes. Por este motivo y dentro de un criterio de prudencia y equilibrio que imponen además los datos incompletos que lograron obtenerse para solucionar el conflicto, el Tribunal se decidió por el sistema de salario básico complementado con un salario proveniente del rendimiento que dé el vehículo en un viaje diario doble (ida y regreso), descontando el costo de aseo, brillada y vigilancia que quedarán a cargo del chofer. Para situarse dentro de la realidad laboral, ese viaje doble se ha considerado que puede significar un ingreso promedio de \$ 190.00 diarios, que será la suma tenida en cuenta para liquidar los diferentes conceptos laborales. El salario así establecido, será de mas fácil determinación y comprobación para los intereses de los choferes y para mayor certidumbre de las condiciones que rigen la relación de trabajo.

"Como puede darse el caso de que existen vinculaciones laborales a base de porcentaje, el Tribunal ha considerado que en tales eventos el chofer puede continuar amparado por ese sistema de cálculo salarial o acogerse al establecido en este fallo, de acuerdo al que le resulte más favorable".

En cuanto al punto quinto aceptó la existencia de un Reglamento Interno de Trabajo en la Empresa, aprobado por Resolución Nº 0169 de marzo 1º de 1972, emanada de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia y estimó que debería conservar su vigencia de orden legal, "...pero exigiendo a la Empresa la publicación que ordenan las normas laborales y también estableciendo para ella la obligación de suministrar al Sindicato una copia de tal Reglamento".

Sobre la petición sexta del pliego tendiente a obtener prestaciones extralegales, el Laudo considera justo incrementar en proporción prudente las vacaciones y primas de servicios, no obstante elevarse auto-

máticamente su valor con el sólo aumento de la base salarial.

Al punto 7º manifestó que por haber constatado en los archivos de la empresa la afiliación de todos los trabajadores al Instituto de los Seguros Sociales y a la Caja de Compensación Familiar de Camacol, simplemente el fallo le daría forma a tales afiliaciones para una certidumbre mayor.

Aún cuando en estas consideraciones no trató específicamente el punto 8º del pliego, relativo al reconocimiento sindical, sí lo hizo adecuadamente en la sesión de 1º de octubre del año en curso (Acta Nº 6 de folio 170) e igualmente lo consignó en la parte resolutiva del fallo (artículo 8º).

Finalmente, estimó que un (1) año de vigencia en el presente caso, era el que mejor consultaba los criterios de la justicia en consideración al tiempo transcurrido en el trámite del pliego y por ser inconveniente una vigilancia menor para la tranquilidad laboral de la empresa.

También hizo notar dos fenómenos ocurridos durante la tramitación del pliego, sobre la prórroga que se le concedió al Tribunal para fallar, y el de la transformación de la demandada de Sociedad Limitada a Sociedad Anónima.

De otra parte, ante la Corte no se hicieron presentes las partes en conflicto, y es así como la Empresa recurrente no formuló ninguna sustentación y el Sindicato se abstuvo de oponerse o aludir al cuestionado Laudo.

Se considera

El Tribunal de Arbitramento analizó y resolvió, siguiendo el debido procedimiento de todos los puntos contenidos en el Pliego de Peticiones sometido a su conocimiento, ninguno de los cuales había sido materia de acuerdo con las etapas de arreglo directo y de conciliación, profiriendo en consecuencia el fallo ahora recurrido, en el cual se acogen las correspondientes decisiones.

De este modo, los puntos 1º, 2º y 3º del pliego, referentes a obligaciones patronales de carácter sustitutivo de la empresa relacionadas con los contratos de trabajo en

ejecución y de futuro, duración de la jornada de servicio, y remuneración de los descansos compensatorios por trabajo dominical, son resueltos mediante los ordenamientos indicados en los Artículos Primero, Segundo y Tercero del Laudo, y estos se limitan a señalar esas obligaciones de la Empresa y del Patrono, contempladas en normas positivas legales y reglamentarias en vigencia, algunas expresamente citadas en la parte motiva del mismo.

Los puntos 5º, 7º y 8º, sobre elaboración y fijación del Reglamento Interno de Trabajo, afiliación al I.S.S. y Caja de Compensación Familiar y reconocimiento a la Organización Sindical, son decididos en los Artículos Quinto, Séptimo y Octavo del fallo, conforme a lo que al respecto obliga la ley.

El 4º, atinente a la concesión y pago de un salario ordinario equivalente a un porcentaje del producido bruto del vehículo, lo resolvió el Tribunal así:

"Artículo Cuarto. Los choferes asalariados al servicio de la Empresa, ya sea en vehículos propios de ésta o afiliados, tendrán derecho a una remuneración diaria así:

"a) Ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) de salario básico;

"b) Derecho a un viaje doble (ida y regreso) para beneficio del chofer y con la obligación para éste de cubrir el valor del aseo, brillada y vigilancia del vehículo en las condiciones y oportunidades que se acostumbran en la Empresa respecto a los casos sometidos actualmente a este sistema. Para efectos de la liquidación de prestaciones sociales y demás derechos laborales, este salario proveniente del viaje doble, se calculará en ciento noventa pesos (\$ 190.00) diarios.

"Parágrafo. En ningún caso los choferes asalariados actualmente vinculados a la Empresa podrán devengar un salario inferior al que estén percibiendo en el momento de expedirse este fallo. Por tanto, los choferes que en la actualidad tengan regida su vinculación laboral por el sistema salarial del veinte por ciento (20%) del ingreso bruto del vehículo o por pasajero movilizado, podrán continuar amparados por esos sistemas o acogerse al sis-

tema dispuesto en este fallo. Pero si optaren por el nuevo sistema, no podrán regresar a los anteriores".

Las motivaciones que sobre el particular hacen los Arbitros —las que fueron transcritas antes— son razonadas, se ciñen a la realidad evidenciada en el expediente sobre condiciones económicas de los distintos propietarios y de los diferentes resultados de rentabilidad de los vehículos y consecuentemente se encuentra que es justo el establecer ese sistema salarial uniforme para los choferes, sin que de ningún modo aparezca la decisión Cuarta acogida como contraria a la equidad y quebrantadora del equilibrio social, o causante de un grado de iliquidez financiera de los empleadores.

El 6º, alusivo a otorgamiento de prestaciones extralegales, fue resuelto de esta manera:

"Artículo Sexto. La Empresa reconocerá a los Choferes asalariados, ya sea que conduzcan vehículos propios de ella o afiliados, las siguientes prestaciones extra-legales: a). El valor de un (1) día adicional a las vacaciones legales que causen por cada año de servicio y que será pagado en dinero y no en descanso. b). El valor de un (1) día adicional por semestre, como incremento a la prima de servicio y en las condiciones que para ésta establece el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Parágrafo. Las prestaciones extralegales contempladas en este artículo no constituyen salario para efectos de liquidación de prestaciones sociales".

Este ordenamiento no significa la imposición de una carga económica que no pueden soportar los empresarios, no vulnera ningún derecho, y es procedente dis-

ponerla, conforme lo ha sostenido esta Corporación en Sala plena en sentencia de 23 de julio de 1976 (*Homologación del laudo que desató el conflicto surgido entre Transportes Colombia S. A. y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander*).

En los ordenamientos Noveno, Décimo y Décimo Primero, se fija el término de la vigencia del Laudo, recordando las facultades para poder denunciarlo, el campo de aplicación y el sentido decisorio, del mismo.

La Sala aprecia, entonces, que tales decisiones del fallo arbitral se ajustan a la ley, no imponen cargas económicas que configuren situaciones de inequidad manifiesta y protuberante, ni conlleven extra-limitación de funciones o desconocimientos de derechos o facultades reconocidas a las partes por la Constitución o por las leyes, y de consiguiente, careciendo en absoluto de vicio, declara que dicho fallo es exequible y lo homologa, en todas sus partes.

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, HOMOLOGA el Laudo Arbitral de diez (10) de octubre de mil novecientos setenta y nueve (1979), que desató el conflicto laboral suscitado entre "Transportes Carlos Angel T. y Cía. Ltda.", y el Sindicato de Choferes de Antioquia "Sidea".

Publíquese, cúmplase, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Trabajo y seguridad social para lo de su cargo.

Hernando Rojas Otálora, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Fernando Uribe Restrepo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA VINCULACION ENTRE EL "I.C.S.S." Y SUS TRABAJADORES, QUEDO DETERMINADA POR EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 3135 DE 1968

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Doctor Fernando Uribe Restrepo).

Radicación número 7084.

Acta número 40.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de *Pedro Vicente Espinel Guerrero* —mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con c. c. 72.811 de Bogotá— quien demandó al *Instituto Colombiano de Seguros Sociales — ICSS*— para que se le pagase cesantía, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido y la moratoria, la llamada “pensión sanción” y las costas del proceso, con base en los siguientes hechos:

“1º) El doctor Pedro Vicente Espinel prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales desde el día 1º de febrero de 1962 hasta el día 31 de enero de 1974, en forma continua e ininterrumpida”.

“2º) Mi procurado judicial cumplió dichos servicios como ortopedista, e hizo parte de los llamados ‘Turnos de Urgencias’ del I. C. S. S.”.

“3º) Los pacientes afiliados y beneficiarios del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, le eran enviados por éste al demandante”.

“4º) Durante todo el tiempo en que el doctor Pedro Vicente Espinel trabajó a la entidad demandada, estuvo sometido a las órdenes e instrucciones de ésta, en cuanto

al modo, tiempo y lugar del desempeño de las labores”.

“5º) Los servicios personales de mi representante le fueron remunerados por el I. C. S. S., de acuerdo a tarifas establecidas por éste”.

“6º) El demandante devengó como último salario promedio mensual, la suma de \$ 24.000.00 moneda legal colombiana, aproximadamente”.

“7º) El Instituto Colombiano de Seguros Sociales resolvió a partir de febrero de 1974, no incluir al doctor Pedro Vicente Espinel en los ‘Turnos de Urgencias’, lo cual desmejoró sus condiciones de trabajo y de remuneración”.

“8º) Ante la situación que acabo de relatar, el demandante se vio precisado a dirigir el 1º de febrero de 1974, una carta al I. C. S. S., en la que manifestó su entendimiento de que esta entidad daba por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral e ilegal, y por causas imputables a dicha entidad”.

“9º) La institución demandada adeuda al doctor Pedro Vicente Espinel el valor de las correspondientes prestaciones sociales e indemnizaciones, con fundamento en el contrato laboral a que me estoy refiriendo”.

“10) Al momento de la terminación del contrato, el doctor Pedro Vicente Espinel contaba con más de diez (10) años de servicios al Instituto demandado, y con 44 años de edad cumplidos”.

“11) Mi representado judicial agotó la vía gubernativa mediante comunicación pasada el 21 de abril de este año al Director General del I. C. S. S., la que a pesar

de haber sido recibida en la misma fecha, no fue respondida”.

El apoderado judicial de la entidad demandada dio respuesta, indicando que se debían probar los hechos, oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción y la llamada “genérica”. Tramitada la primera instancia dictó sentencia el Juez del conocimiento —el *Décimo Laboral del Circuito de Bogotá*—, el 2 de mayo de 1978, en la cual decidió absolver de todos los cargos al instituto demandado y condenar en costas al actor. Apeló éste y en tal virtud se produjo el fallo recurrido dictado por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral*— el 6 de marzo de 1979, en el cual se confirma en todas sus partes la sentencia apelada, sin condenar en costas.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario, concedido por el Tribunal *ad quem* y admitido por la Corte, lo mismo que la correspondiente demanda, se procede a su estudio y decisión, teniendo en cuenta el escrito de réplica presentado por el personero de la entidad demandada.

El recurso

Consta de un cargo único con base en la causal primera de casación laboral consagrada por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y pretende, según el alcance de la impugnación, que se case totalmente la sentencia de segunda instancia, se revoque “el numeral primero de la parte resolutiva del fallo del Tribunal (sic)” para que, en su lugar, se condene al ICSS a pagar las sumas señaladas en la demanda.

El cargo

Se propone y demuestra en los siguientes términos:

“Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, modificado por los artículos 7º y 8º de la Ley 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la indebida aplicación de los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968, 3º del Decreto 148 de 1976, 9º de la Ley 90

de 1946, 1º y 4º del Decreto Ley 2324 de 1948, 1º del Decreto 4225 de 1948, 1º del Decreto 183 de 1964, que aprobó el Acuerdo número 150 de 19 de noviembre de 1963 del Consejo Directivo del I. C. S. S., 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968, 5º del Decreto 1050 de 1968, 9º del Decreto 433 de 1971, normas violadas de medio, y cuya infracción a su vez repercutió en el quebranto, igualmente por indebida aplicación de los artículos 3º, 4º, 22, 23, 24, 186, 189, 249, 253, (modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965), y 306 y 65 del Código Sustantivo, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961”.

“La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma directa, independientemente de la cuestión probatoria y de los aspectos discutidos, los cuales se aceptan para los efectos de este cargo”.

Demostración del cargo

“Después de referirse a los antecedentes primordiales del litigio, entra el Tribunal a analizar la existencia de la relación de trabajo, punto cardinal respecto del cual ha girado la controversia. Dice el *ad quem* que ‘Los servicios del demandante no pueden considerarse como regidos por un Contrato de Trabajo pues por haber servido a un establecimiento público descentralizado tenía la calidad de empleado público, conforme al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968’”.

“La sentencia se apoya en un soporte básico, cual es el de considerar que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales era un establecimiento público descentralizado cuando terminó la prestación de servicios del actor, lo cual no es exacto, pues tal naturaleza sólo la vino a adquirir dicha entidad, hasta la expedición del Decreto 148 de 1976, disposición posterior al retiro del doctor Espinel Guerrero, ocurrido el 31 de enero de 1974”.

“No se discute que el demandante se haya abstenido de allegar los estatutos del I. C. S. S., para demostrar que él estaba dentro de la excepción del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, cuestión fáctica en la cual hay conformidad con la sentencia, y la parte actora no lo hizo, por entender

que durante todo el tiempo en que laboró para la demandada, ésta no tuvo el carácter de establecimiento público sino de entidad de derecho social. Por lo cual sus trabajadores estaban catalogados como particulares, o sea que se reglan por el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo".

"No cabe duda alguna de que el I. C. S. S. fue creado como Instituto privado, no oficial, pues así lo dijo el artículo 8º de la Ley 90 de 1946, al decir que sería una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio. Es aún más claro el artículo 1º del Decreto Ley 2324 de 1948, al definirlo como entidad autónoma de Derecho Social, con personería jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado. En la exposición de motivos presentada al Senado de la República por el doctor Adán Arriaga Andrade, entonces Ministro de Trabajo, y que dio origen a la Ley 90 de 1946, se dijo claramente que la intención era crear un Instituto privado, no oficial, para dirigir los Seguros Sociales. El artículo 1º del Decreto 4225 de 1948, por el cual fueron aprobados los estatutos del I. C. S. S., agregó expresamente que la entidad sería 'independiente del Estado'".

"El artículo 4º del Decreto Ley 2324 de 1948 dispuso que los trabajadores del I. C. S. S., serían particulares y gozarían de los consiguientes derechos y prestaciones sociales, por lo cual no existió duda alguna para que le fueran aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo, expedido en el año de 1950, si nos atenemos al ordenamiento del artículo 3º de dicho Código".

"Quedó así definida la naturaleza jurídica del Seguro Social como entidad autónoma de Derecho Social, y la del vínculo de sus servidores, de carácter privado. Así lo señaló la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado, en providencia del 16 de agosto de 1963, en la cual se aclaró que el artículo 4º del Decreto Ley 2324 de 1948 no había sido derogado por el artículo 1º del Decreto 1732 de 1960, por manera que sus trabajadores continuaban siendo particulares".

"Y no podía tener el carácter de establecimiento público, primero por haber sido definido el I. C. S. S., desde su fundación, como entidad autónoma de Derecho Social, y por no estar constituido su patrimonio con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial, conforme a lo preceptuado por el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968, sino por aportes tripartidos del Estado, los patronos y trabajadores, como se previó desde su organización por la Ley 90 de 1946 (artículo 16). De los cuales precisamente los fondos oficiales son los que han brillado por su ausencia en la vida de la entidad, como es bien sabido".

"El artículo 1º del Decreto 183 de 1964, que aprobó nuevos estatutos del I. C. S. S., expedidos por Acuerdo número 150 del 19 de noviembre de 1963, el Consejo Directivo de la Entidad, mantuvo su carácter de entidad autónoma de Derecho Social, con personería jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado e *independiente del mismo*".

"A raíz de la expedición de los Decretos 1050, 3130 y 3155 de 1968, con apoyo en el artículo 1º de la Ley 65 de 1967, se planteó la inquietud acerca de si el I. C. S. S., había quedado catalogado dentro de alguna de las entidades de Derecho Administrativo allí previstas, habiendo sido negativa la conclusión, como lo expuso ampliamente la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado, con ponencia del doctor Guillermo González Charry (publicado en la Revista 'Derecho Colombiano', número 9 de marzo de 1970, página 311). En dicha providencia de febrero 6 de 1970, se hace un extenso análisis de ese problema jurídico, para concluir que el I. C. S. S., ni desde su fundación ni en ese momento es un establecimiento público clásico u ordinario, que sus trabajadores están vinculados por contrato de trabajo, y que el artículo 4º del Decreto Ley 2324 de 1948 continúa vigente mientras la ley no disponga otra cosa".

"Pero es más: aún en la remota hipótesis de que la H. Corte llegara a considerar al I. C. S. S., como establecimiento público, no obstante la claridad de la doctrina del

H. Consejo de Estado, ello no significa que sus servidores se consideren empleados públicos, por el sólo hecho de no existir estatuto posterior a la reforma legislativa de 1968 que haga la clasificación prevista en el artículo 5º del Decreto 3135 de dicho año, pues como lo dijo esa H. Sala en sentencia del 9 de julio de 1976, con ponencia del Dr. Juan Manuel Gutiérrez L., es válida la clasificación anterior, y no hay razón jurídica alguna para considerar la mayor jerarquía al Decreto 3135 de 1968 que al Decreto Ley 2324 de 1948. Esta conclusión tiene un claro apoyo en los artículos 38 y 39 del Decreto 3135 de 1968, como lo entendió la H. Corte en la sentencia que se acaba de citar".

"La situación no se modifica con la expedición del artículo 7º del Decreto 433 de 1971, que continúa definiendo al I. C. S. S., como entidad de Derecho Social en el Art. 9º, con patrimonio propio e independiente, no como establecimiento público, naturaleza jurídica que mantiene el Decreto 1935 de 1973, el cual nada dispone en contrario sobre el particular".

"Sólo hasta la expedición del Decreto 148 de 1976 queda el Instituto Colombiano de Seguros Sociales transformado en un establecimiento público, por expreso mandato del artículo 3º, pero desde luego esa norma no puede aplicarse retroactivamente, como lo hace el Tribunal, a situaciones anteriores a su vigencia. Esta es precisamente una de las formas al través de las cuales se produce el quebranto directo de la ley, siendo que la relación laboral que ligó al doctor Espinel con el I. C. S. S., terminó el 31 de enero de 1974, es decir, dos años atrás de la fecha en que entró a regir el mencionado Decreto 148".

"Aunque al expirar el contrato laboral a que se contrae este proceso, estaba vigente el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, se repite, ello no es lo que importa, pues el I. C. S. S., no tenía el carácter de establecimiento público, y no lo era aplicable la regulación legal contemplada en dicho precepto, por sustracción de materia. Y si lo tenía, en la hipótesis no aceptable planteada sólo en gracia de discusión, también ha de considerarse vigente el estatuto contenido en el artículo 4º del Decreto Ley

2324 de 1948, que le otorga a los servidores del I. C. S. S., la calidad de trabajadores particulares, y por tanto, estaban regidos por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, por expreso mandato de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, dentro del orden de ideas que inspiró a los autores de la Ley 90 de 1946, de hacer al I. C. S. S., una entidad no oficial".

"Se concluye entonces que el Tribunal erró al entender aplicable el artículo 3º del Decreto 148 de 1976 a una situación definida antes de su vigencia, y al regular la naturaleza jurídica del vínculo de los trabajadores del I. C. S. S., con esta entidad, por las reglas del artículo 5º del Decreto 3135 de 1965, disposiciones que en relación con los demás citados al comienzo del cargo y que definen a la demandada como entidad autónoma de Derecho Social y no como establecimiento público, fueron indebidamente aplicadas, llevando a la Sala falladora a la equivocada conclusión de que el doctor Pedro Vicente Espinel tuvo el carácter de un empleado público, siendo que realmente fue un trabajador particular vinculado por contrato de trabajo".

"El quebranto apuntado repercutió con lógica en la infracción de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, y las normas que en tal estatuto consagran los derechos demandados, o sean las pertinentes a la Cesantía, Prima de Servicios, Vacaciones, Indemnización por despido unilateral, Indemnización Moratoria y Pensión-sanción de Jubilación".

"La vinculación contractual de trabajo puede considerarse debidamente establecida, al acreditarse la prestación de un servicio personal por parte del actor, como médico del I. C. S. S., y el pago de la respectiva remuneración, aspectos éstos que conducen a presumir la existencia del vínculo, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor, a su turno, estudia la naturaleza jurídica del I. C. S. S., indicando que ha sido objeto de controversia y que no ha sido unánime al respecto ni la jurisprudencia de la Corte ni la del Consejo de Estado. Se refiere a los antecedentes de

la Ley 90 de 1946 y a sus artículos 8º y 9º, para concluir: "No puede aceptarse que sea privado un instituto creado por ley, con autonomía propia y patrimonio independiente del estatal, notas características que la doctrina señala para los establecimientos públicos. La naturaleza jurídica de una persona jurídica no se desprende de la omisión de una palabra 'establecimiento público' sino por sus características esenciales...".

Se refiere en seguida al Decreto Ley 2324 de 1948 para indicar que la expresión "entidad de derecho social" en ningún caso indica que no se trata de un establecimiento público, como se comprueba al observar que el Código Procesal del Trabajo de 1948, en su artículo 6º, estableció la necesidad de agotar la vía administrativa cuando se pretende demandar a una entidad de derecho público "o a una institución o entidad de Derecho Social".

Cita luego el recurrente los estatutos del ICSS, y la reforma administrativa de 1968, frente a la cual no cabe duda de que se trata de un establecimiento público. Concluye afirmando:

"Por lo tanto, no cabe duda de que a pesar de los criterios encontrados sobre la naturaleza jurídica del I. S. S., un estudio a fondo nos saca avante en la tesis de que desde su creación por ley, hasta nuestros días, el mencionado organismo es un 'establecimiento público' que aunque recibe aportes de patronos y trabajadores privados no por ello puede sostenerse la tesis de que en alguna época pudo ser entidad privada, ya que esos aportes o contribuciones no son fruto del ánimo libre de los aportantes, sino que se derivan de una obligación forzosa impuesta por la ley, lo que hace que sus fondos se conviertan en públicos y sometidos, por tanto, al control fiscal de la Contraloría General de la República como lo establecen sus estatutos. Además, el artículo 2º de la Ley 151 de 1959 dispone que las contribuciones forzosas se convierten en fondos públicos".

Apoya el recurrente la anterior conclusión en el fallo de la Sala Plena de la Corte de fecha 28 de octubre de 1976.

Luego agrega, en cuanto a la calidad jurídica de los empleados oficiales del I. C. S. S., lo siguiente:

"En primer término considero que la H. Sala, en sede de instancia, no tiene fundamentos probatorios para declarar que los servicios prestados por el actor lo fueron bien como empleado público o bien como trabajador oficial porque no existió ninguna de las dos relaciones jurídicas ya que los médicos adscritos atendían a los pacientes del I.S.S., cuando éste se los enviaba a su consultorio como a cualquier profesional que trabaja independientemente, y ellos prestaban servicios profesionales, sin ningún compromiso, y sin sujeción a horario, etc., modalidades propias para el trabajo de los servidores oficiales".

"Fuera de lo anterior no cabe duda de que en el evento de considerar a dichos médicos en gracia de discusión, como empleados oficiales (condición genérica) no pudieron pertenecer a la (especie) de 'Trabajadores Oficiales' vinculados por contrato de trabajo, situación que le daría competencia a la Justicia Laboral para dirimir el conflicto jurídico según lo previsto en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral en concordancia con el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 528 de 1964, porque según el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, los empleados de los 'establecimientos públicos' son empleados públicos por regla general y sólo por excepción que debe probar el demandante trabajador son 'trabajadores oficiales' según los estatutos internos de cada 'establecimiento público'. Como ese estatuto interno no existe ni antes ni después de la reforma administrativa de 1968, no puede invocarse en favor del demandante la excepción".

"Sobre el punto inmediatamente anterior se ha querido argumentar que sigue rigiendo el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948 que le dio el carácter de 'Trabajadores particulares' a los del I. C. S. S., en razón a lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968; sobre el particular cabe anotar que el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, fue inconstitucional, porque excedió las facultades conferidas al

Presidente por el parágrafo del artículo 9º de la Ley 90 de 1946, al declarar 'Trabajadores Particulares' a los empleados de un establecimiento público, para lo cual no lo facultó la aludida ley; más, tal artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, desapareció del ámbito legal al expedirse el Decreto 1732 de 1960, el cual en su artículo 1º dijo:

"Se consideran funcionarios o empleados de la rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos previstos en los artículos 4º y 5º de la reforma constitucional que recibió aprobación en el Plebiscito del 19 de diciembre de 1957, todas las personas naturales que prestan de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a rama distinta creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado o en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos bien que estos empleados estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo".

Síguese de lo anterior que a partir de este Decreto 1732 de 1960 en los establecimientos públicos no podía quedar catalogado nadie como 'trabajador particular', porque sólo podía prestar servicios una persona natural, bien mediante una 'situación estatutaria' o bien mediante un 'contrato de trabajo', pero jamás como 'trabajador particular'.

Así resulta que cuando se dictó el Decreto 3130 de 1968 (artículos 38 y 39) ya no existía el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, y mal puede invocarse su continuidad jurídica después de la vigencia del aludido Decreto 3130 de 1968. La prórroga de la vigencia de los estatutos de personal según el citado artículo 39 se refiere a la vigencia entonces sin que se pueda revivir lo derogado".

"El régimen jurídico de unos trabajadores puede ser cambiado por la ley y esto ocurrió con el Decreto 1732 de 1960 sin que por eso se violen derechos adquiridos según lo previsto por el artículo 30 de la Constitución Nacional".

Transcribe luego el opositor, en apoyo de su tesis, apartes de sentencias de esta

Sala Laboral de fechas 9 de junio de 1976 y 28 de septiembre de 1977 y 14 de abril de 1978.

Se considera

Debe observarse, primer lugar, que la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1976 (Héctor García Rivera contra el Incora, Magistrado ponente doctor Juan Manuel Gütierrez Lacouture), en la cual se ratificó la doctrina contenida en fallo de 9 de octubre de 1974, también en proceso contra el Incora, no es aplicable al presente caso ya que allí se trató de la validez de unos estatutos de personal anteriores al Decreto 3135 de 1968 y en los cuales se había hecho de antemano una clasificación jurídica de los servidores de ese Instituto, que la Sala reputó válida y aplicable aún después de la reforma administrativa de 1968. No puede decirse lo mismo del artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, según el cual se le dio el carácter de "trabajadores particulares" a los del I. C. S. S., pues esta catalogación no equivale a la clasificación prevista por el Decreto 3135 de 1968, ni se la puede reputar vigente frente a lo dispuesto por el Decreto 1732 de 1960 en su artículo 1º, en el cual define quiénes son "funcionarios o empleados de la rama Ejecutiva del Poder Público", excluyendo la posibilidad de que ellos puedan ser "trabajadores particulares".

La doctrina contenida en la sentencia del Consejo de Estado de 16 de agosto de 1963 —que el recurrente cita— fue rectificado el 26 de marzo de 1973 y de nuevo el 14 de diciembre del mismo año, por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Se dice allí que la denominación de "entidad de derecho social", dada al I. C. S. S. "no tiene finalidad distinta a la de señalar los objetivos a que se dedica", y que dicho Instituto es establecimiento público "aún desde antes de la reforma administrativa de 1968".

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena de 28 de octubre de 1976, con ponencia del Magistrado Eustorgio Sarria, al pronunciarse por la exequibilidad del artículo 3º del Decreto Extraordinario 148 de 1976, aclaró que "el I.C.S.S.,

desde su creación y hasta la fecha, tiene la condición legal de establecimiento público, encargado de proteger la salud del trabajador. Como tal hace parte integrante de la rama ejecutiva del poder público al tenor de lo previsto en el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución; siendo de competencia del legislador, ordinario o extraordinario, acordar sus estatutos básicos, o sea las reglas normativas de su actividad y de las personas vinculadas a él, sin preferir su origen y finalidad".

Finalmente esta Sala de la Corte, luego de transcribir la anterior sentencia, precisó en sentencia de septiembre 28 de 1977:

"La naturaleza jurídica de la vinculación entre el Instituto y sus servidores, quedó determinada por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en el sentido de que las personas que prestan servicios al establecimiento público son empleados públicos, salvo los trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas y quienes desempeñen las actividades señaladas en los estatutos de los establecimientos, como propias de contrato de trabajo".

"No se puede alegar que la falta de expedición de estatutos de personal hace revivir normas derogadas expresa o tácitamente, porque el significado del artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, es el de que mientras se expiden los nuevos estatutos de personal, siguen rigiendo las normas anteriores sobre las mismas materias, o sea, las de estatutos de personal anteriores a

la reforma. Pero no existiendo ningún estatuto de personal, ni anterior ni posterior al decreto mencionado, el Tribunal tampoco habría violado las normas señaladas en el cargo, al considerar que la demandante no tenía contrato de trabajo con el Instituto".

Conviene aclarar que la relación laboral en el proceso a que se refiere la anterior sentencia había terminado el 21 de agosto de 1970.

Por las anteriores consideraciones, el cargo no prospera.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de seis (6) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Pedro Vicente Espinel contra el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.

Costas a cargo del recurrente.

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

Fernando Uribe Restrepo, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PENSION DE JUBILACION Y EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

LA LEY 90 DE 1946, AL CREAR EL I.C.S.S. Y ADOPTAR UN SISTEMA MEDIANTE EL CUAL LOS PATRONOS QUEDARIAN EXONERADOS DE PAGAR PENSIONES DE JUBILACION Y OTRAS PRESTACIONES, HIZO LA REFERENCIA, COMO ERA LOGICO, A LA LEGISLACION ANTERIOR QUE CONSAGRABA ESA OBLIGACION PATRONAL

ENTENDIMIENTO QUE HACE LA SALA DE LOS ARTICULOS 193 Y 259 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

NO EXISTE OPOSICION NI CONTRADICCION ENTRE EL ARTICULO 8º DE LA LEY 171 DE 1961 Y LAS NORMAS DEL DECRETO 3041 DE 1966 QUE REGLAMENTARON LA ASUNCION DEL RIESGO DE VEJEZ POR EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL

EL DECRETO 3041 DE 1966 NO DEROGO LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE CONSAGRAN LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES DE PAGAR PENSION DE JUBILACION

SI NO INCURRIO EN VIOLACION DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY 171 DE 1961, DEL TRABAJO, TAMPOCO PUDO HABERSE INFRINGIDO EL ARTICULO 8º DE LA LEY 10 DE 1972, PUES SU TRANSGRESION APENAS SERIA UNA CONSECUENCIA DE LA DE AQUELLOS..."

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Radicación número 6615

Acta número 37.

Contra la sentencia proferida el trece de noviembre de mil novecientos setenta y ocho por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali*, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por *Luis Alfonso Cuéllar* contra la *Compañía Colombiana de Tabaco S. A.*, ha interpuesto recurso de casación el apoderado de la parte demandante.

dante. Como el dicho recurso fue concedido por el Tribunal y la Corte lo admitió y lo tiene legalmente tramitado, se procede a desatarlo con estudio de la correspondiente demanda y del escrito de réplica.

En su libelo inicial, el actor impetró pensión proporcional de jubilación a partir del 3 de abril de 1977, indemnización moratoria y las costas del proceso, y expuso, en síntesis, los siguientes hechos: Prestó servicios a la demandada desde el 26 de agosto de 1957 hasta el 2 de marzo de 1958 y desde el 24 de junio de 1958 hasta el 3 de abril de 1977, fecha en la que se desvinculó voluntariamente mediante renuncia; durante el último año de servicios percibió una remuneración promedia de \$ 9.339.81 mensuales, más una prima móvil, también mensual, de \$ 1.500.00; nació el 9 de marzo de 1917, y, por tanto, desde la fecha del retiro tiene cumplidos 60 años de edad; la empresa le ha negado el reconocimiento de la pensión que pretende.

La Compañía demandada admitió como ciertos los anteriores presupuestos fácticos, pero negó el derecho a la pensión que se le exige por estimarla sustituida por la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento General de esa entidad (Decreto 3041 de 1966) y en atención a que el trabajador tenía menos de 10 años de servicios en la empresa en la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el respectivo riesgo (1º de enero de 1967).

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en su fallo de veintiuno de julio de 1968, absolvío a la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., y condenó en costas al demandante Cuéllar. El Tribunal, al desatar la alzada, confirmó en todas sus partes aquella decisión e impuso las costas al apelante.

El recurso extraordinario

Mediante la formulación de dos cargos, apoyados en la causal primera de casación, aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia gravada, para que, en función de instancia, revoque la del Juzgado, y, en

su lugar, condene a la demandada al reconocimiento de lo suplicado en el juicio.

Primer cargo

Acusa la sentencia de violar, por interpretación errónea, los artículos 8º y 15 de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 76 de la Ley 90 de 1946, 8º de la Ley 10 de 1972, 21, 193, 259, 260 y 490 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 3041 de 1966.

La censura se sustenta de la siguiente manera:

"En el *sub lite* no se discuten los extremos del contrato. La controversia ha versado sobre el alcance de los artículos 8º y 15 de la Ley 171 de 1961. Tanto el *a quo* como el *ad quem* consideraron que el demandante no tiene derecho a disfrutar de la empresa de su pensión especial de jubilación sino que en el sentir de los citados jueces corresponde al Seguro Social el cubrimiento de la pensión de vejez, única prestación en favor del trabajador.

"En cambio el demandante recurrente, a quien represento, estima que por haber laborado por más de 15 años y tener 60 años de edad tiene derecho a exigir de la empresa el pago de la pensión especial proporcional vitalicia de jubilación, que corre a cargo de la misma.

"En efecto, determina el ordinal 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que después de 15 años de servicio y cuando el trabajador se retire voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla 60 años de edad, evento no discutido, como paso a explicarlo:

"La interpretación errónea se ha dicho, es el mal entendimiento que se tenga de la norma, independientemente de toda cuestión de hecho. En el *sub lite* el Juzgado de Primera Instancia y el de segunda al acoger el pensamiento de aquél, condiccionaron la vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a la asunción del riesgo de vejez por parte del Seguro. Equivocada manera de analizar la disposición, pues ella, simplemente estableció una prestación específica distinta a la pensión ordinaria prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que es la que asume el

Seguro conforme a los artículos 193 y 299 *ibidem*, pues mal pueden estas dos últimas normas hacer referencia a una disposición que no estaba vigente, regir cuando aquéllas comenzaron a regir.

"El Código Sustantivo del Trabajo entró en vigor el 19 de enero de 1951, en tanto que la Ley 171 comenzó a regir en fecha muy posterior (artículo 15 Ley 171 de 1961).

"De otro lado, si se piensa que hay oposición entre el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuanto a las pensiones con más de 15 años de servicios y 60 años de edad, por retiro voluntario y aquellas contempladas en el Reglamento de Riesgos del Instituto de Seguros Sociales aprobado por el Decreto 3041 de 1966 y previsto desde la Ley 90 de 1946, tal oposición debe desatarse en favor del trabajador como perentoriamente lo dispone el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo precisamente para estos casos de aparente contradicción de normas legales. No sobra advertir que peca gravemente el intérprete que le da prevalencia a un simple Decreto Ejecutivo, como es el que aprueba el Reglamento de Riesgos de Vejez y Muerte, sobre una disposición legal que sólo puede ser subrogada por otra disposición de igual fuerza y jerarquía, vale decir, por otra ley expedida por el Congreso Nacional o por un Decreto Extraordinario con fuerza de ley, como los que el Gobierno expide en ejercicio de facultades concedidas por el Congreso, lo cual no ha ocurrido aquí.

"Lo anterior es suficiente para que esa Honorable Corporación, en guarda de la recta interpretación de las disposiciones laborales del orden nacional, case la sentencia en la forma como se lo solicito".

El opositor niega la errónea interpretación imputada en el cargo y el derecho del actor a la pensión que pretende, pues, a su juicio, no le es aplicable el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 por no tener cumplidos 10 años de servicios en la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez.

Consideraciones de la Sala

La Ley 90 de 1946, al crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y adoptar

un sistema mediante el cual los patronos quedarían exonerados de pagar pensiones de jubilación y otras prestaciones, hizo referencias, como era lógico, a la legislación anterior que consagraba esas obligaciones patronales. Pero como el Instituto y el nuevo sistema no entraron en funcionamiento sino mucho tiempo después de la expedición de aquella ley y durante ese lapso se dictaron normas creadoras de otras pensiones y prestaciones que también deberían ser asumidas por los Seguros Sociales de conformidad con el espíritu y los propósitos del mencionado estatuto legal, esta Sala ha interpretado que la aludida referencia debe entenderse hecha con respecto a las leyes existentes en el momento de producirse la subrogación de los empleadores por el I.S.S. El mismo entendimiento cabe hacer de los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, de contenido similar al de los preceptos de la Ley 90 e investidos del mismo espíritu de éstos, en cuanto prevén que determinadas prestaciones y "las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto". En ambos casos, es decir, tanto en la ley como en el Código, resulta clara la intención legislativa de reemplazar las pensiones de jubilación por la de vejez y liberar a los patronos de la obligación de pagar aquéllas a partir de la fecha en que el Instituto asumiera el riesgo respectivo. No habría razón, por consiguiente, para limitar esos propósitos a las pensiones establecidas en disposiciones anteriores a la Ley 90 de 1946 o a las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, exclusivamente, pues lo que importa es que existan a cargo del patrono en el momento en que deba operarse la subrogación y que correspondan al riesgo de vejez asumido por el I. S. S.

No existe oposición ni contradicción, de otro lado, entre el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y las normas del Decreto 3041 de 1966 que reglamentaron la asunción del riesgo de vejez por el Instituto de Seguros

Sociales. Simplemente, como estaba previsto en la Ley 90 de 1946 y en los citados preceptos del Código Sustantivo, al entrar en vigencia las últimas y comenzar a operar el seguro contra dicho riesgo, la pensión especial consagrada en aquel artículo 8º, por retiro voluntario del trabajador después de 15 años de servicios, salvo los casos de excepción ya registrados por la jurisprudencia de la Sala, dejó de estar a cargo de los patronos por virtud de su transformación en pensión de vejez y de la subrogación de aquellos por el Instituto. En ningún momento se estaría frente a normas distintas de aplicación simultánea, pues cada una de ellas tiene predeterminada su vigencia en el tiempo y no podrá regir mientras rija la otra.

El Decreto 3041 de 1966 no derogó las disposiciones legales que consagran la obligación empresarial de pagar pensión de jubilación. Esas normas perdieron su imperio y su eficacia por mandato de la Ley 90 de 1946 y de los Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), cuyos artículos 76 y 259, respectivamente, les señalaron una vigencia limitada y condicionada al hecho de que el Instituto de Seguros Sociales asumiera el riesgo correspondiente y subrogara a los patronos en el pago de esas obligaciones. Al cumplirse la condición prevista deberían dejar de regir, como en efecto ha venido aconteciendo, sin que tal fenómeno pueda calificarse como derogación y mucho menos para atribuirselo al Decreto 3041 de 1966.

Como se ve, por los aspectos examinados, no incurrió el sentenciador en interpretación errónea de las normas acusadas.

Aunque el recurrente no ataca la decisión del ad quem, en cuanto negó al trabajador demandante el derecho a reclamar del patrono la pensión especial materia del pleito por no haber laborado un mínimo de 10 años en la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el riesgo de vejez, la Sala, en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia, reproduce parte de su sentencia de 8 de noviembre de 1979, proferida en el juicio de Ana Elisa Falla viuda de

Pinzón contra Industrias Philips de Colombia S. A., en la cual fijó su criterio sobre el punto cuestionado. Se expresó así en aquella ocasión:

"Los artículos 60 y 61 del Reglamento General de los Seguros Sociales se enderezan a proteger a los trabajadores que en la fecha inicial de la asunción del riesgo de vejez por el Instituto llevaran más de 10 años al servicio de una misma empresa de las obligadas a pagar pensión de jubilación conforme al Código Sustantivo del Trabajo, permitiéndoles, de una parte, obtener su reconocimiento y pago del respectivo patrono al quedar satisfechos los requisitos legales, sin perjuicio de que el Instituto sustituya después a ese patrono, total o parcialmente, según el caso, al tener recibidas las cotizaciones mínimas para la pensión de vejez, y, de otra, dejándoles a salvo el derecho a la pensión-sanción consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en el evento de que se les impidiese ganar la primera al despedírseles sin justa causa.

Para esos propósitos se consideró suficiente asignar al artículo 61 una vigencia de 10 años, pues con ese lapso, sumado a los otros 10 que ya llevarían laborando como mínimo, completaban los 20 años necesarios para obtener del patrono la pensión plena; porque en ese mismo período de 10 años podían cumplir las cotizaciones mínimas exigidas por el Instituto para el otorgamiento de la pensión de vejez, y, finalmente, porque el permitírseles laborar durante ese tiempo —con el cual, se repite, completarían por lo menos 20 años de servicios— tampoco habría lugar a la pensión sanción, que se causa por despido injusto después de 10 años, pero antes de 20.

Nada dijeron esas normas acerca de la pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios, de que trata el mismo artículo 8º referido, pero es forzoso entender que ese grupo de trabajadores (los que llevaban 10 años o más de servicios cuando el Seguro Social comenzó a asumir el riesgo de vejez) conservó el derecho a reclamarla de sus respectivos patronos si se daban las condiciones de ley dentro de los siguientes 10 años, pues, de otro modo, quedarían totalmente despro-

tegidos, por cuanto la sustitución, según las voces de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 Código Sustantivo del Trabajo, no surte efectos sino a partir del momento en que se encuentren cumplidos los aportes mínimos. Si el trabajador, verbi gratia, se retira a los 17 años de servicios, con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo apenas habrían transcurrido 7 años, tiempo insuficiente, salvo situaciones de excepción, para realizar las cotizaciones requeridas; en tal caso, no podría exigir la pensión de vejez, ni la de jubilación plena por no haber servido durante 20 años, ni la pensión-sanción por no haber sido despedido injustamente, y sólo le quedaría la pensión especial a que se viene haciendo referencia. El criterio contrario reñiría con el postulado de favorabilidad que rige en el derecho del trabajo, recogido expresamente para el caso en el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, y vulneraría el espíritu del artículo 72 ibíd, en cuanto ordena que las pensiones existentes a cargo de los patronos se seguirán rigiendo por las disposiciones que las consagran hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada situación.

"Pero ese amparo no se extiende para esos mismos trabajadores a un tiempo superior a los dichos 10 años, por las razones expuestas; ni comprende a los que llevaran menos de 10 años de servicios en la fecha en que el Instituto inició la asunción del riesgo de vejez ni a los que empezaron a trabajar con posterioridad, pues para ellos rigen las disposiciones generales. El Seguro Social no asumió el riesgo creado por el propio trabajador con su retiro voluntario, por un acto proveniente de su libre y espontánea voluntad. Si el trabajador decide retirarse sin haber cumplido con el número de cotizaciones que le darían derecho a exigir del Seguro pensión de vejez, él, y sólo él, debe correr con las contingencias de su personal comportamiento.

"En resumen, la cuestionada pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios rigió únicamente por un

periodo de 10 años, contados desde la fecha en que los Seguros Sociales dieron comienzo a la asunción del riesgo de vejez, y sólo para los trabajadores que en esa fecha llevaban por los menos 10 años de servicios en una misma empresa de capital no inferior a \$ 800.000,00. Al expiration a quel término, la referida pensión quedó abolida y sustituida por la de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Como es lógico, si aquél trabajador que había obtenido pensión por retiro voluntario vuelve a prestar servicios y reingresa como afiliado al Instituto, al completar los aportes necesarios tendrá derecho a que el Seguro le otorgue la pensión de vejez.

A partir de ese momento, por tener cabal cumplimiento la subrogación, el patrono queda liberado y cesará el pago de la pensión que venía reconociendo.

"Los demás trabajadores, o sea aquellos que en el momento de la asunción del riesgo de vejez por el I. S. S. no habían completado 10 años de servicios y los que comenzaron a trabajar después de dicho momento, quedaron sometidos al régimen general u ordinario previstos en los artículos 11 y 12, en armonía con el 14 y 57 del Reglamento. Y sus respectivos patronos fueron totalmente subrogados por el Instituto de Seguros Sociales en la obligación de pagar pensión de jubilación, transformada en pensión de vejez, por virtud de esos mismos preceptos y de conformidad con las previsiones de los artículos 72 y 76, inciso 1º de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo".

A virtud de lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Infracción directa de los artículos 8º y 15 de la Ley 171 de 1961 y 8º de la Ley 10 de 1972. Y consecuencialmente aplicación indebida de los artículos 76 de la Ley 90 de 1946, artículos 21, 193, 259, 260 y 490 del Código Sustantivo del Trabajo.

"De acuerdo con su vigencia, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció una pensión específica que comenzó a regir en la fecha señalada en el artículo 15 de la misma ley. Por consiguiente al dejarlos de

aplicar, siendo aplicables, el Juzgado del conocimiento y el Tribunal al confirmar su sentencia, los infringieron directamente, así como el artículo 8º de la Ley 10 de 1972.

“De otro lado, como consecuencia de esta infracción dieron indebida aplicación a tales disposiciones que no eran aplicables, pues ellas se referían a disposiciones vigentes con anterioridad al imperio de la Ley 171 de 1961, que es posterior al Código Sustantivo del Trabajo, cuya fecha en que comenzó a regir es el 1º de enero de 1951.

“En guarda de la vigencia de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 8º de la Ley 10 de 1972, pido que se case la sentencia en la forma señalada en el alcance de la impugnación”.

El opositor, después de formular críticas de carácter técnico al cargo y de remitirse al análisis que del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 hizo al contestar el anterior, expone:

“El artículo 8º de la Ley 10 de 1972 establece una sanción a cargo del patrono si pasados 90 días de acreditado el derecho a la pensión de jubilación el patrono no ha cancelado su valor.

“La sanción prevista en esta disposición se impone a cargo de la persona obligada a pagar la pensión, que en este caso es el I. S. S., y no mi representada. Luego mal podría sancionársela por el retardo en el pago de una prestación social que no está a su cargo.

“Tanto mi representada como el trabajador demandante cotizaron las semanas necesarias por el riesgo de invalidez, vejez y muerte de éste para que el I. S. S., lo asumiera y tuviera obligación de atenderlo a su ocurrencia”.

Se considera

El cargo acusa infracción directa de unas normas y, como consecuencia, aplicación indebida de otras. Así lo permiten las reglas técnicas que gobiernan el recur-

so, por lo cual los reparos del opositor no son fundados.

Sin embargo, observa la Sala que este ataque, aunque propuesto por diferente camino, persigue los mismos fines y contiene los mismos planteamientos del anterior. Debe estarse, entonces, al análisis que ya se hizo.

Si no se incurrió en violación de los preceptos de la Ley 171 de 1961, 90 de 1946 y del Código Sustantivo del Trabajo, tampoco pudo haberse infringido el artículo 8º de la Ley 10 de 1972, pues su transgresión apenas sería una consecuencia de la de aquéllos.

Las anteriores consideraciones se han hecho por amplitud, pues el cargo no incluye los ordenamientos pertinentes del Decreto 3041 de 1966, por lo cual no se le formula a través de una proposición jurídica completa.

La acusación se desecha.

De consiguiente, 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, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha trece de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, en el juicio seguido por Luis Alfonso Cuéllar contra la Compañía Colombiana de Tabaco S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora, José Gregorio Díaz Granados, (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

H O M O L O G A C I O N

RECURSO INTERPUESTO OPORTUNAMENTE POR EL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE DORADA (DEPARTAMENTO DE CALDAS) CONTRA EL FALLO ARBITRAL DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1979, PROFERIDO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO CONVOCADO PARA DIRIMIR EL CONFLICTO LABORAL EXISTENTE ENTRE EL MENCIONADO MUNICIPIO Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL MISMO MUNICIPIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre diez de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta N° 52

HOMOLOGACION

Radicación 7279

Se procede a resolver el recurso de Homologación interpuesto oportunamente por el Alcalde del Municipio de Dorada Departamento de Caldas, contra el fallo arbitral de catorce (14) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), visible del folio 14 al 18 del cuaderno dos (2), proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto laboral existente entre el mencionado Municipio y el Sindicato de Trabajadores al servicio del Municipio de Dorada.

Entre el Municipio de Dorada y el Sindicato de Trabajadores de dicho Municipio se celebró una convención Colectiva de Trabajo el treinta (30) de noviembre de mil novecientos setenta y siete en virtud de la cual se acordó un aumento de salarios a partir del primero (1º) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) y en su cláu-

sula Décima Primera se acordó: "El Sindicato solicitará al Municipio de la Dorada, por escrito, en los primeros cinco (5) días del mes de noviembre de 1978, la revisión de los salarios que quedaron fijados a partir del primero de noviembre de 1978. El Municipio de La Dorada resolvería por escrito ajustándose a las posibilidades económicas, antes del 10 de noviembre de 1978".

En virtud de la cláusula antes transcrita el Sindicato en escrito de fecha 13 de octubre de 1978 solicitó a la Alcaldía en la cuantía que entraba a regir a partir del primero (1º) de noviembre de 1978 fueran revisados y aumentados en un cincuenta por ciento (50%).

Las etapas de arreglo directo —folio 26 a 39 Cuad. 1— tuvieron lugar entre el 14 de febrero de 1979 y el 2 de marzo siguiente y la conciliación —folio 44 a 48 Cuad. 1—, entre 8 de marzo de 1979 y 16 del mismo mes y año, con el lleno de las formalidades legales sin llegar a ningún acuerdo.

Vencida la etapa de conciliación el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución N° 02773 de mayo 31 de 1979 dispuso la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965 con el fin de dirimir el diferendo laboral entre las partes.

Oportunamente las partes designaron sus árbitros en las personas de los doctores Guillermo Aguirre Vásquez por el Sindicato y

el doctor Omar Valencia Aristizábal por el Municipio, quienes debidamente poseían los nombraron de común acuerdo como tercer árbitro al doctor José Fabio Gómez Castro, habiendo sido aprobado por Resolución N° 04689 de agosto 23 de 1979 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien aceptó el cargo y tomó en tiempo de posesión.

Fue designado como Secretario del Tribunal al doctor Jaime Betancur —folio 3 Cuad. 2— quien oportunamente tomó posesión del cargo —folio 5 Cuad. 2--.

El Tribunal se instaló el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979) —folio 3 Cuad. 2—.

Recurso

El 17 de septiembre de 1979 el Secretario del Tribunal procedió a notificar personalmente la sentencia arbitral al representante del Sindicato —folio 20 Cuad. 2—, y el 20 del mismo mes lo hizo también personalmente el Alcalde de Dorada —folio 20 Cuad. 2— e hizo entrega a cada uno de copia del laudo.

El Alcalde de Dorada interpuso oportunamente recurso de Homologación. —Folio 20 Cuad. 2—.

El mencionado recurso de Homologación interpuesto el 20 de septiembre de 1978 fue concedido según consta en el folio 21 Cuad. 2, por medio de auto proferido por todos los miembros del Tribunal, recurso que no sustentó el recurrente, pero qué no obstante de conformidad con la ley se procede a resolver.

El catorce (14) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979) el Tribunal de Arbitramento Obligatorio profirió el fallo cuya parte resolutiva dispuso:

“Artículo primero. El Municipio de La Dorada (Caldas) reajustará los salarios de los trabajadores a su servicio que integran el Sindicato de Trabajadores al servicio de la misma entidad, en la siguiente forma: Para los salarios de Ochenta y siete pesos (\$ 87.00) M/cte., diarios un Treinta y cinco por ciento (35%) quedando a Ciento diez y siete pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 117.45) M/cte., diarios; para los salarios de Ochenta y nueve pesos moneda corrien-

te (\$ 89.00) diarios un Treinta y cinco por ciento (35%) quedando a Ciento veinte pesos con quince centavos (\$ 120.15) M/cte., diarios; para los salarios de Noventa y siete pesos (\$ 97.00) diarios un Treinta por ciento (30%) quedando en consecuencia a Ciento veintiséis pesos con diez centavos (\$ 126.10) M/cte. diarios; para los salarios de Ciento cincuenta pesos Moneda Corriente (\$ 150.00) diarios un Treinta por ciento (30%) quedando a Ciento noventa y cinco pesos moneda corriente (\$ 195.00). M/cte.

Parágrafo. Es entendido que el salario que se reajusta o revisa es el vigente en primero (1º) de noviembre de 1978.

Artículo segundo. El reajuste ordenado en el artículo primero operará a partir del día primero (1º) de noviembre de 1978.

Artículo tercero. La vigencia de este Laudo Arbitral será de UN AÑO (1).

Artículo cuarto. Lo dispuesto en este Laudo y durante la vigencia del mismo, se podrá revisar cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica”.

Expuesto lo anterior se procede a estudiar y examinar el Laudo.

En cuanto al artículo primero de la parte resolutiva del Laudo nada tiene que observar la Sala pues lo encuentra ajustado a la ley, excepto lo relativo a su vigencia que establece a partir del primero (1º) de noviembre de 1978 y la misma se hace en relación con su artículo 2 que establece lo mismo, pues el laudo no puede proyectarse al pasado sino hacia el futuro .

Al respecto esta Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 22 de noviembre de 1977 en el conflicto colectivo de Unión de Marineros Mercantes vs. Flota Mercante Grancolombiana, cuyo ponente fue el Magistrado doctor José Eduardo Gnecco C., dijo: “El laudo equivale pues a una sentencia que establece las normas reguladoras de la vida laboral interna de una empresa, que han de observar obligatoriamente durante su vigencia tanto el patrono como los trabajadores en los términos de la ley. Su régimen, como el de todo nuevo estatuto que proviene de personas extrañas al ámbito donde ha de imperar, debe proyectarse hacia el futuro y

no hacia el pasado, para no herir así derechos o situaciones ya consolidadas de acuerdo con las normas pretéritas y para no superponerse a estas últimas, creando confusión oscuridad y conflictos".

Por las anteriores razones el laudo no puede regir sino a partir del dia catorce (14) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979).

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,

Falla:

Primero. HOMOLOGANSE los artículos 1, 3 y 4 del Laudo recurrido y se declara

INEXEQUIBLE su artículo 2 y en su lugar se dispone que los aumentos de salario decretados en el fallo arbitral regirán desde la fecha en que fue proferido, es decir el catorce (14) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979).

Cópíese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco Correa, (Salvamento de voto); Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMIENTO DE VOTO

Magistrado: Doctor José Eduardo Gnecco C.

Para sustentar mi discrepancia con la decisión de la mayoría de la Sala que declaró inexequible el artículo 2º del Laudo cuya homologación se solicita y que fija el aumento de salarios a partir del 1º de noviembre de 1978, me bastaría reproducir mi salvamento de voto de la sentencia de noviembre veintidos de mil novecientos setenta y siete que resolvió el recurso de homologación propuesto contra el fallo arbitral que decidió el conflicto colectivo económico entre la Flota Mercante Grancolombiana y el Sindicato Unión de Marineros Mercantes de Colombia "UNIMAR" cuyas razones fueron extraídas de la sentencia de la Sala de Casación Laboral dictada el veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, publicada en la Gaceta Judicial Tomo CVII, número 2272, páginas 674 a 677. Dijo la Corte en esa oportunidad:

"1. La circunstancia de que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, 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 sólo 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, tienen la facultad de asignar a ésta una vigencia que fije como punto de partida una fecha anterior a la en que se suscribe el acuerdo, considerando el monto en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacia el pasado, no ha sido desconocido hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efec-

to de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, sólo estaría limitada por la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que le conceden las leyes, de acuerdo con el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo. II. Los patronos y trabajadores de una empresa que no sea de servicio público, dispone de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflicto colectivo —arreglo directo, conciliación y huelga—, y los vinculados a una que si tenga ese carácter, en las dos primeras. Así, pues, trátase o no de un servicio público, a las partes que celebran en la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entran en vigencia desde 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 gobernarían 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 su vigencia, ya sea que se trate o no de empresas de servicio público, significa que la definición del artículo 467 del

Código Sustantivo del Trabajo y la norma relativa a la prórroga automática, no impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde 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 primera, 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 público, 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 esté 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 Código Sustantivo del Trabajo, 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 donde 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 sobrevendrían a la comunidad con el uso de tal medio 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 Código Sustantivo del Trabajo, puede otorgarles a ellos las mismas ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores no vinculados a un servicio público, o que aún 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 pre-

visivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo. X. La experiencia en 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 en las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así, por ejemplo, la ley 1^a del 1^o de febrero de 1963, dijo en su artículo primero: "Con retroactividad al 1^o 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 del 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 profierreron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás, y por ello es equitativa 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.

Pero además quiero agregar que en el caso en estudio existe una circunstancia especial que permitiría, sin separarse de actual jurisprudencia, homologar el artículo 2^o del laudo que se revisa. Esta circunstancia consiste en que el conflicto colectivo de intereses fue previsto por las partes al pactar en la convención colectiva de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y siete, cláusula décima primera que "El Sindicato solicita al Municipio de La Dorada, por escrito, en los primeros cinco (5) días del mes de noviembre de 1978, la revisión de los salarios que quedaron fijados a partir del primero de noviembre de 1978, la revisión de los salarios que quedaron fijados a partir del primero de noviembre de 1978. El Municipio de La Dorada resolverá por escrito ajustándose a las posibilidades económicas, antes del 10 de noviembre de 1978". Es decir que la intención de las partes fue la de que los salarios del último año de la convención colectiva, pues en la cláusula novena se le fijó un plazo de dos años contados a partir del 1^o de noviembre de 1977, fueron revisados, ajustándose a las nuevas circunstancias de carácter económico. Así lo entendieron los árbitros y por eso su decisión se encuentra ajustado a lo pactado en la convención colectiva.

Dejo así salvado mi voto,

Fecha *Ut Supra.*

José Eduardo Gnecco Correa.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

LAS FOTOCOPIAS SIN AUTENTICAR CARECEN DE MERITO PROBATORIO COMO DOCUMENTO CONFORME A LOS ARTICULOS 253 Y 254 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, DE LA CONSIGUIENTE HABILIDAD PARA SER INVOCADOS EN CASACION COMO FUENTE DE ERROR DE HECHO, CONFORME AL ARTICULO 7º DE LA LEY 16 DE 1969 Y A REPETIDA DOCTRINA DE ESTA SALA. La Corte por sentencia de 4 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Manuel J. Luna Bonilla contra "Nicholl's Publicidad Limitada". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

CONFESION ESPONTANEA DE LOS REPRESENTANTES JUDICIALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. La Corte por sentencia de 5 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Federico Rodríguez Vivas contra Empresa Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION DEL SALARIO CON LA UNICA LIMITACION QUE NO SE AFECTE EL SALARIO MINIMO LEGAL O EL FIJADO EN LOS PACTOS, CONVENCIONES COLECTIVAS Y FALLOS ARBITRALES. (Artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo). La Corte por sentencia de 8 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Parra Téllez contra Thomas de la Rue de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROPOSICION JURIDICA. La Corte por sentencia de 8 de octubre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roy Canedo Celis contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 18 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Villalba Hurtado contra la Electricadora de Cundinamarca S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INEXISTENCIA DE FALLA DE CARACTER TECNICO. La Corte por sentencia de 19 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Nohemy González de Ramírez contra Landers & Cía. S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 23 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Armando González Silva contra la Nación. (Ministerio de Obras Públicas). Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Alcance del artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 10 del Decreto 617 de 1964, que modificó al artículo 269 del Código citado. La Corte por sentencia de 23 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis

Ignacio Vásquez Cano contra Cristalería Peldar S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

INDEMNIZACION MORATORIA. BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de 23 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Misael Pedraza Casallas contra Héctor Guevara Perdigón. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

PRUEBA QUE NO HACE PARTE EFECTIVA Y AJUSTADA A DERECHO DEL PROCESO. La Corte por sentencia de 25 de octubre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eloísa Hurtado de Gómez contra Textiles Bogotá, S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz. Salvamento de Voto.

CONTRATO DE TRABAJO. Su inexistencia. La Corte por sentencia de 25 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Enrique González Salazar contra Haciendas Unidas de Ubaté Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

CONTRATO DE TRABAJO. Su existencia. La Corte por sentencia de 26 de octubre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de William Barranco C., contra Cinesistema Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TRABAJADORES OFICIALES. NORMAS APLICABLES. La Corte por sentencia de 29 de octubre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Julio Hoffman Liévano contra el Banco Popular. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 29 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Cali en el juicio de Mario o Marino Osorio Perea contra Ingenio Riopaila Limitada. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 30 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan Bautista Casas contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL y Municipios Asociados del Valle del Aburra. Masa. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 30 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José de Jesús Rojas Palacios contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL, y Municipios asociados del Valle del Aburrá —MASA— Magistrado ponente: Doctor: Jerónimo Argáez Castello.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 31 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José A. Piñeros contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 2 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Consuegra Ordóñez contra el Banco Santander. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

DIAS Y HORAS TRABAJADOS EN TIEMPO DE DESCANSO OBLIGATORIO REMUNERADO. (Dominicales y Festivos). La Corte por sentencia de 13 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gerardo de Jesús Herrera Giraldo contra Fábrica de Grasas y Productos Químicos, GRASCO S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. La Corte por sentencia de 13 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Diego A. Morales Salguero contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas—. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

TERMINACION DEL CONTRATO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. La Corte por sentencia de 15 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Víctor Manuel Barreto Aguirre contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

BUENA Y MALA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de 15 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Elsa de Klemas contra Guillermo Forero Quiñones y Alberto Villamil Gómez. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

VENCIMIENTO DEL VINCULO LABORAL. La Corte por sentencia de 15 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Carlos Barriga Niño contra Parque Cementerio de la Inmaculada Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INEXISTENCIA DE LOS ERRORES DE HECHO ALEGADOS. La Corte por sentencia de 15 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Lubín Sánchez Marín contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —I.C.E.L.— y Municipios Asociados del Valle del Aburrá. —MASA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

DESPIDO DE UN TRABAJADOR. La Corte por sentencia de 26 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Eduardo Romero Romero contra Ingenio Riopaila Limitada. Magis-

trado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

FALLAS TECNICAS. INEXISTENCIA DE DICHAS FALLAS. La Corte por sentencia de 27 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Joaquín Emilio Zuleta contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL y Municipios Asociados del Valle del Aburrá —MASA—. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

Proceso ordinario de Manuel Salvador Osorio Vahos contra el Instituto de Energía Eléctrica (ICEL) y Municipios Asociados del Valle del Aburrá —MASA—. Sentencia de 27 de noviembre de 1979 NO CASA. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Octavio de Jesús Zapata Correa contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —ICEL— y Municipios Asociados del Valle del Aburrá —MASA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Belén Ladino Fuentes contra el Hospital Regional de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Eduardo González Z., contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL y Municipios Asociados del Valle del Aburrá (MASA). Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Eduardo Túlio Guerra G., contra Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) y Municipios Asociados del Valle del Aburrá —MASA—. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Efraín Valbuena Fierro contra Fábrica de Productos de Madera Prodema S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

REGIMEN JURIDICO DEL BANCO DE LA REPUBLICA. La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1979, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Arcesio Murillo Ruiz contra Banco de la República Oficina de Bogotá, —Principal— Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

La Corte por sentencia de 5 de diciembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Joaquín María Mesa Vélez contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL y Municipios Asociados del Valle del Aburrá —MASA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Salvamento de Voto.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 6 de diciembre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Pablo Emilio Vásquez contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS LEGALES. La Corte por sentencia de 6 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Angelo Colombo Colombi contra Barnes

de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 7 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Julio Cantor contra Pedro José Marentes Montoya. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 11 de diciembre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Edilberto López López contra Cine Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 11 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nohora Silva B., contra el Instituto de Seguros Sociales. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 11 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Conrado Sánchez Villada contra Ingenio Riopaila Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

La Corte por sentencia de 12 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Emilio Osorio Hernández contra el Instituto Colombiano de Energía (ICEL) y Municipios Asociados del Valle del Aburrá (MASA). Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

La Corte por sentencia de 12 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Leonardo de Jesús Casas Muñoz contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) y Municipios Asociados del Valle del Aburrá (MASA). Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *Obligación correlativa.* Sentencia de 11 de enero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jaime Velásquez Alvarez y otra contra el Banco Central Hipotecario y "Multifamiliares Ltda.".

SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO. *Características. Requisitos para reclamar la indemnización de perjuicios por uno de los socios.* Sentencia de 18 de enero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este proceso ordinario de Alfonso Guerrero Gómez contra Isabel Haerberlin de Cuast. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. *Concepto. Requisitos. Nulidad.* Sentencia de 19 de enero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Jaime Vargas Posada contra Adalberto Marín Parra. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín. Salvamento de Voto del Magistrado doctor José María Esguerra Samper del fallo anterior.

SEPARACION DE CUERPOS. *Recurso de apelación. Debe acreditarse la época en la cual el demandado incurrió en la causal alegada.* Sentencia de 23 de enero de 1979. Confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso suscitado por Víctor Armando Rios Vanegas contra Marleny Navas Ledesma de Rios. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Desistimiento.* Providencia de 30 de enero de 1979. Blanca Mireya García de Cano contra Héctor Fidel Cano.

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Sentencia de 31 de enero de 1979. Confirma la sentencia objeto de la consulta, en el juicio promovido por Rodrigo Caballero Ojeda contra Cecilia Marín de Caballero. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

OBLIGACION CONDICIONAL. *Error de hecho.* Sentencia de 1º de febrero de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario del Club Las Tortugas contra Ricardo Mejía e Hijos Ltda. y Ricardo Mejía Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor José María Es guerra Samper.

CANCELACION DE MARCAS. *Competencia y jurisdicción. Concepto y diferencias. Decisión del Tribunal Disciplinario sobre este mismo tema.* Sentencia de 1º de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso de cancelación de la marca Gestamin iniciado por la sociedad extranjera N.V. Organon contra Ignacio Espinel Múnera. Magistrado Ponente Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia. Testigo ligado a una de las partes por vínculos de consanguinidad.* Sentencia de 1º de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario adelantado por Margarita Vélez Castañeda, como representante legal de su hijo Alex Marino frente a Bertha Judith Lasso Prado y a su representada hija menor María Piedad Arana Lasso, ésta en su calidad de heredera, como hija del causante Marino Arana Sánchez, aquella en condición de cónyuge sobreviviente. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SIMULACION. *Una sentencia totalmente absolutoria no puede ser atacada por incongruencia.* Sentencia de 1º de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por María Teresa Valbuena de León en frente de Efraín León Vanegas. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. *Competencia. Causales.* Sentencia de 5 de febrero de 1979. Se revoca la sentencia objeto de la consulta, originaria del Tribunal Superior de Cali, producida dentro del abreviado de separación de cuerpos propuesto por

Beatriz Bravo Cajiao frente a su esposo Jaime Jacdenth Torres. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

PACTO DE RETROVENTA. *Requisitos. Consecuencias.* Sentencia de 5 de febrero de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga. Salvamento de Voto del Magistrado doctor José María Esguerra Samper del fallo anterior.

SEPARACION DE CUERPOS. *Apelación. Caducidad.* Sentencia de 6 de febrero de 1979. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REGISTRO DE MARCAS. *Acumulación. Nulidad.* Sentencia de 6 de febrero de 1979 CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso abreviado seguido por The H.D. Lee Company, Inc. contra Luis Eduardo Caicedo y Cía. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín. Salvamento de Voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén del fallo anterior.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia de 8 de febrero de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Pérez Delgado.

REFORMA DE LA PARTICION. *Incongruencia del fallo. Enriquecimiento sin causa. Acumulación de pretensiones.* Sentencia de 9 de febrero de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, dentro del ordinario adelantado por Alvaro Quintero y otros frente a Tulia Ruiz V. de Quintero y otros. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRAC-
TUAL. *Error de hecho "prima facie"* Sentencia de 9 de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por José Baltazar Ríos frente a Humberto Giraldo Gaviria y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

NULIDAD DEL CONTRATO DE COM-
PRAVENTA. *Incapacidad por demencia. De la buena fe, concepto y consecuencias.* Sentencia de 9 de febrero de 1979. Magis-

trado ponente: Doctor Alberto Pérez Delgado.

CONTRATO DE PROMESA DE COM-
PRAVENTA. *Bienes inmuebles. Primera causal; vía directa e indirecta. Conceptos diferencias. Error de hecho.* Sentencia de 20 de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta dentro del ordinario adelantado por Nortberto Moreno Carrillo frente a Alfonso Martínez D'Alba. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad. Falta de notificación.* Sentencia de 20 de febrero de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Caducidad.* Sentencia de 20 de febrero de 1979. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CONTRATO DE MANDATO. *Técnica de casación. Requisitos de forma.* Sentencia de 20 de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Jaime Durán Laverde y "Jaime Durán Laverde y Cía Ltda." contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado P.

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria. Del estado de hijo natural.* Sentencia de 20 de febrero de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, promovido en el proceso ordinario instaurado por Alba Ardila de Granados y otros contra la cónyuge y los herederos de Félix María Sierra Falla.

SEPARACION DE CUERPOS. *Apelación.* Sentencia de 23 de febrero de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Error de hecho.* Sentencia de 26 de febrero de 1979 CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Clara

Inés Ramírez contra Ubaldina Uribe de Burgos y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESOLUCION DE CONTRATO. *Causal quinta de casación. La compraventa de vehículos automotores es un contrato consensual. Obligaciones de las partes contratantes.* Sentencia de 28 de febrero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este proceso ordinario de Homero Eraso Reina contra José Calderón Bastidas. Magistrado ponente:

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por Luis Alfonso Martínez contra Yolanda Zúñiga. 1º de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. *Apelación.* Proceso promovido por Hilda Lilia Ruiz de Bernal contra Carlos C. Bernal López. 6 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Apelación. Causales.* Proceso promovido por Beatriz Pareja de Escobar contra Hernán Escobar Correa. 9 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ACCION REIVINDICATORIA. *Causales de recusación.* Sentencia de 12 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Santos Mariño contra Héctor Castro Murcia y Ana Dolores Plata. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RECURSO DE QUEJA. Sentencia de 13 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Z. Salvamento de Voto del fallo anterior del Conjuez Jorge Salcedo Segura.

FILIACION NATURAL. *Caducidad. Proposición jurídica incompleta. Posesión notoria del estado civil de hijo natural.* Sentencia de 14 de marzo de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de María Te-

resa Rosas de Cortés contra los herederos y cónyuges sobrevivientes de José Eduardo Mendoza Reyes. Abogado Asistente doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Inadmisibilidad del recurso. Técnica de casación.* La Corte declara inadmisible la demanda de casación. 16 de marzo de 1979 Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Inadmisibilidad del recurso. Requisitos.* La Corte declara inadmisible la demanda de casación, 21 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Apelación. Causales.* Sentencia de 21 de marzo de 1979 Proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el proceso de separación de cuerpos de Clarisa Gómez de Gómez contra Luis Carlos Gómez Bettancourt. Magistrado ponente doctor: Alberto Ospina Botero.

ADICION DE UNA SENTENCIA. *Incongruencia. Cuándo es viable la adición de una sentencia.* Sentencia de 26 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia. Presupuestos procesales; capacidad para ser parte y legitimación en causa. Error de hecho.* Sentencia de 28 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso ordinario promovido por Matilde Elvira Rusinque contra Alcides Rusinque Olaya en su carácter de hermano de Alcides Rusinque Bolaños. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Competencia.* Auto de 28 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CONTRATO DE COMPROVENTA. *Misterio Público, casos en los cuales debe intervenir. Certificación emanada de ter-*

cero, carácter probatorio. Sentencia de 28 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario de René Augusto Leyva Tomón representado por su curadora Benita Timón Rocha, contra Ana Tulia Vera de Morales, Marco Antonio Delgado Guzmán y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Ibagué. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. *Bienes inmuebles. Responsabilidad contractual. Excepciones de mérito. Novación. Fuerza mayor o caso fortuito.* Sentencia de 28 de marzo de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Ana Castro de Ruiz contra Inversiones y Construcciones Urbanas Ltda. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

ACCION REIVINDICATORIA. *Presupuestos de la acción.* Sentencia de 28 de marzo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. Apelación. *Presupuestos procesales. Demanda en forma.* Sentencia de 2 de abril de 1979. Proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, Betty Cecilia Nobmann de Orozco demandó frente a su legítimo marido, Antonio José Orozco. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. Apelación. *Causales de separación.* Sentencia de 2 de abril de 1979. Proferida por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso promovido por Vicente Pérez contra Elizabeth Sánchez de Pérez. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. Consulta. Sentencia de 2 de abril de 1979. Proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso abreviado promovido por Marlene Barona de Jaramillo contra Guillermo Jaramillo Rendón. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Hoigún.

TECNICA DE CASACION. *El quebranto de la ley sustancial, por errónea interpre-*

tación debe ser acusado, necesariamente y exclusivamente por la vía directa. Sentencia de 3 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por María Bertilda Moscoso de Ospina contra Jorge Enrique Ospina Sánchez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. Posesión notoria del estado civil de hijo natural, hechos posesorios del estado civil. Sentencia de 3 de abril de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso ordinario promovido por José Eurípides Sierra contra Delia Palacio de Sierra. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE BIENES. *La transacción efectuada entre los cónyuges antes de que la justicia resolviera en definitiva la acción de separación de bienes intentada por uno de ellos durante la vigencia del Código Judicial, adolecía de objeto ilícito. La nulidad respectiva sólo podía ser declarada por el Juez del circuito del domicilio del demandado y para promover el correspondiente proceso ordinario estaba legitimada la parte afectada con dicho convenio.* Sentencia de 3 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por María Bertilda Moscoso de Ospina contra Jorge Enrique Ospina Sánchez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. Con base en la causal 2º del artículo 154 del C.C. No es suficiente probar el abandono de los deberes propios de los esposos entre sí; éste debe ser injustificado. Sentencia de 3 de abril de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso promovido por Norma Fabiola López Suárez frente a Francisco de Paula López Wiesner. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. Con fundamento en las causales 1ª y 2ª del artículo 154 del C.C. Sentencia de 7 de abril de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tri-

bunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Eduardo Alberto Pineda Salazar contra María Teresa Herao Ospina. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Con base en las causales 1^a y 5^a del artículo 154 del C. C. CONFIRMA la sentencia de esta apelación, proferida por el Tribunal Superior de San Gil en este proceso promovido por Lucía Triana de Silva contra el cónyuge Guillermo Silva Acuña. Magistrado ponente doctor: Humberto Murcia Ballén.*

ACCION CONSAGRADA EN EL ART. 1388 DEL C. C. *Exclusión de los inventarios y de la partición de un bien declarado como relichto, que pertenece a un tercero.* Sentencia de 16 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga en este proceso seguido por Bernardo Villegas Figueroa contra Pablo Antonio Villegas Jaramillo y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. *Un sólo testimonio estructurales de la posesión notoria del estado de hijo natural.* Sentencia de 17 de abril de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal de Pereira en el proceso ordinario de Guillermo Carmona contra los herederos de Delfín Ramírez Ocampo.

RESTITUCIONES MUTUAS. *Entrega material del inmueble que la Corte ordenó restituir. Extinción de la obligación de entregar por confusión de las calidades de acreedor y deudor de la demandada.* Sentencia de 17 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en este proceso ordinario de María Olga Porras de Urdaneta contra María Peñaranda de Villamizar. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CONTRATO DE COMPROVENTA. *Cláusula compromisoria. Nulidad procesal por falta de jurisdicción.* Sentencia de 17 de abril de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en este proceso ordinario de Cartón de Colombia S. A. contra Consorcio Bananero S. A. Francisco Dávila Riascos, Eduardo Solano Dá-

vila, Carlos Caballero Palacios, Raúl Riascos Labarces y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. *Rebaja de la cuota alimenaria.* Sentencia de 18 de abril de 1979. CONFIRMA la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso promovido por Dolores Serrano de Medrano y Luis Ernesto Medrano. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *No constituye una nueva instancia del proceso.* Sentencia de 18 de abril de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. *Elementos esenciales puede ser pilar firme para intentar la declaración de paternidad.* Sentencia de 19 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario suscitado por María Graciela y Guillermo Jiménez Bautista contra los herederos de Fulgencio Jiménez Gómez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Los defectos de que adolece la prueba testimonial no son de bastante entidad como para desecharla.* Sentencia de 19 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo.* Sentencia de 23 de abril de 1979. CONFIRMA la sentencia consultada, proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Pereira promovido por Oliva Montoya de Maldonado contra Gilberto Maldonado Escudero. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. *Constituye grave incumplimiento en los deberes de esposo y padre ausentarse del domicilio conyugal y desentenderse por completo de las cargas familiares que esas calidades implican.* Sentencia de 23 de abril de 1970. CONFIRMA la sentencia consultada, pro-

ferida por el Tribunal Superior de Manizales, promovida por Olga Lucía Jaramillo de Santacoloma contra Fabio Santacoloma Trujillo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono injustificado de la residencia conyugal y por ende incumplimiento de los deberes de esposo y padre.* Sentencia de 23 de abril de 1979. CONFIRMA la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Lucia Carvajal de Niño contra José Willians Niño. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

DECLARACION DE PERTENENCIA. *El demandante tiene el deber de dirigir su demanda contra quienes relacione el certificado del registrador como titulares de derechos reales. Si dicho certificado no informa quiénes son éstos ni afirma que no existen titulares de estos derechos, no satisface las exigencias requeridas por el artículo 413-5 del C. de P. C.* Sentencia de 24 de abril de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

INADMISION DEL RECURSO DE CASACION. *El cumplimiento de las diligencias para la ejecución de la sentencia es un requisito más para la admisibilidad del recurso extraordinario de casación.* Auto de 25 de abril de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *No existiendo en el proceso ningún elemento de probanza que sirva de asiento a la causal invocada la sentencia absolutoria se impone.* Sentencia de 26 de abril de 1979. CONFIRMA la sentencia que se ha hecho mérito. Proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Alberto Delgado Rodríguez contra Libia Maríán de Delgado. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO DE CASACION. Se declara desierto. Auto de 27 de abril de 1979.

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta. El cónyuge que injustificadamente aban-*

dona a su consorte, quebranta claramente sus deberes de ayuda, socorro y convivencia impuestos por los artículos 176 y 178 del C. C. Sentencia de 30 de abril de 1979 CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso promovido por María del Socorro Rodríguez de Valencia contra Alvaro Antonio Valencia. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *El principio acogido en el inciso final del artículo 156 del C. C. es aplicable a la separación de cuerpos.* Sentencia de 2 de mayo de 1979. CONFIRMA la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso promovido por Inés Sandoval de Becerra, contra Santiago de Jesús Becerra. Magistrado ponente: Doctor: Héctor Gómez Uribe.

RESOLUCION DE CONTRATO. *Cumplir o ejecutar un fallo no implica necesariamente hacerlo efectivo a través de un proceso de ejecución. La liquidación de la condena in genere es una etapa de cumplimiento de la sentencia.* Sentencia de 7 de mayo de 1979. Declárase inadmisible el recurso de casación interpuesto por Cañarrería Mundial S. A. contra la sentencia del 13 de diciembre de 1978, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso suscitado por la sociedad recurrente contra Jorge Iván Marizalde. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

USUCAPION EXTRAORDINARIA. *Quien impugna en casación, por quebranto de la ley sustancial la sentencia que ha denegado las súplicas de la demanda, debe denunciar como infringidos por falta de aplicación todos los preceptos que conforman la proposición jurídica.* Sentencia de 7 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Lucinda Cortés vda. de Robayo contra Eduardo Robayo Barragán. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

INTERPRETACION DEL CONTRATO. *Jamás puede haber compraventa sin obli-*

gación del comprador de pagar el precio estipulado. Sentencia de 7 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este proceso ordinario de José Hernán Solarte contra Cooperativa Nariñense de Transportadores Limitada. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. *Una cosa es el estado civil de la persona y otra su prueba. Echar mano de un medio nuevo es inadmisible en el recurso extraordinario porque entraña deslealtad con los falladores de instancia y con el adversario.* Sentencia de 11 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en este proceso ordinario que suscitaron María del Socorro y Argenida Navarro contra Carlos Navarro Dita. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *La declaración que no se reciba personalmente por el Juez bajo juramento constituye apenas prueba escrita emanada de tercero que ni siquiera alcanza la categoría de instrumento público.* Sentencia de 15 de mayo de 1979 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso ordinario de María Nelly Duarte de Pérez contra Roberto Mauricio, María Elvira y Gustavo Cornejo Villate y Elvira Villate v. de Cornejo, ésta en su propio nombre y como representante legal de su menor hijo Luis Fernando Cornejo Villate. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. *La ley no descarta la prueba directa de las relaciones sexuales como fundamento de al paternidad natural, sino que, ante las dificultades de obtenerla, admite su demostración por inferencias o por vía indiciaria.* Sentencia de 16 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de María del Tránsito Cortés contra los herederos de José Ignacio Rodríguez Barragán.

INADMISION DE LA DEMANDA DE CASACION. *Falta de requisitos establecidos en el artículo 374-3 del C. de P. C.* Auto de

17 de mayo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *El estado mental del cónyuge demandado impide calificar de injustificado su comportamiento.* Sentencia de 17 de mayo de 1979. CONFIRMA la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Manizales no decretó la separación de cuerpos impetrada por Celina Loaiza de García frente a su esposo Libardo García. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *No prosperan las causales invocadas por falta de pruebas.* Sentencia de 17 de mayo de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso promovido por Miguel Angel Almeida contra Bertha Gloria España de Almeida. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CUANTIA PARA RECURRIR EN CASACION. *Se deniega el recurso extraordinario.* Auto de 17 de mayo de 1979.

REVISION. *Inadmisión e irreformabilidad de la demanda.* Providencia de 21 de mayo de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *La no condena de la demandada, representada por curador ad litem, a sufragar los gastos de crianza y educación de los hijos y a pagar las costas del proceso no puede corregirse por la vía de consulta.* Sentencia de 21 de mayo de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso promovido por Carlos Parra Morales contra Alba Marina Villareal. Magistrado ponente: Doctor: Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Sólo puede demandarla el cónyuge inocente.* Sentencia de 21 de mayo de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso promovido por Erasmo Bermúdez Cardona contra Margarita Mesa. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Sentencia de 22 de mayo de 1979. CON-

FIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Clara Inés Mejía de Chaverra contra Julio César Chaverra. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RESCISION POR LESION ENORME. *El avalúo pericial es de indiscutible trascendencia en la decisión.* Sentencia de 22 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Julio Enrique Delvasto Pacheco contra Rosa Tulia Cartagena de Arce y otra. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando se alega la causal 2^a del artículo 154 para demandar la separación al demandante compete probar el abandono absoluto y a la parte demandada la causa justa del mismo.* Sentencia de 23 de mayo de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Henry Rodríguez Pérez contra Martha Lucía Carrillo de Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

REIVINDICACION. *Identidad del bien. Prueba pericial.* Sentencia de 28 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por el Seminario de Misiones de Yarumal contra Alfredo Mesa S. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. *La excepción de prescripción adquisitiva sólo puede proponerse como acción. Cuando el demandado lo alega debe hacerlo en demanda de reconvenCIÓN.* Sentencia de 30 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Pedro Pablo y Julio Alberto Garcés Tamayo, en su calidad de curadores del interdicto José Domingo Garcés Naranjo demandaron a Jesús Vélez Restrepo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gomez Uribe.

REVISION. *Declaración de bien vacante.* La pretensión debió dirigirse contra las

personas que figuraban como titulares del dominio en la oficina de registro y no contra personas indeterminadas. Sentencia de 30 de mayo de 1979. DECLARA la nulidad de todo lo actuado en el proceso abreviado sobre declaración de bien vacante seguido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional de Antioquia contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

REIVINDICACION. *Para acreditar el dominio de inmuebles no es necesario que en las copias del título adquisitivo aparezca la constancia de haber sido registrado; lo imprescindible es demostrar que el título fue inscrito. El heredero o el cónyuge, demandante o demandado no actúa en representación ni en nombre propio del respectivo patrimonio autónomo; herencia o sociedad conyugal, sino en ejercicio de su específica calidad de heredero o de cónyuge.* Sentencia de 4 de junio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario que, contra Lino Antonio Ortiz suscitó Jorge Eliécer Arias en su calidad de heredero de Luis Felipe Arias. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL. *Cuando se invoca la culpa exclusiva de la víctima como eximiente de responsabilidad aquiliana se requiere que quien la invoca no haya incurrido a su vez en culpa alguna, pues de otra manera no puede considerarse como eximiente, sino como atenuante.* Sentencia de 5 de junio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso ordinario de Olinda Gómez de Cote y otros contra Hiznardo Ariza y otro.

INTERES PARA RECURRIR EN CASACION. *Los honorarios del perito deben ser consignados dentro de la ejecutoria del auto que lo señala, so pena de que se declare desierto el recurso.* Providencia de 11 de junio de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Sentencia de 19 de junio de 1979. CONFIRMA la consulta, proferida por el Tribu-

nal Superior de Armenia, en el proceso promovido por Humberto Montoya Cardona contra Graciela Trujillo Marín. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION DE CUERPOS. *No mediando mutuo acuerdo entre cónyuges y existiendo descendientes legítimos menores de edad, el Ministerio Público debe ser citado al proceso so pena de nulidad. La aclaración de la sentencia no puede convertirse en pretexto para reformarla.* Sentencia de 19 de junio de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION. *Precisaba en el poder la facultad para demandar en revisión únicamente la sentencia del Tribunal, aunque la demanda contenga recurso de revisión contra las sentencias del Juez a quo y del Tribunal, es aceptable entender que el recurso sólo se interpone contra la providencia del Tribunal.* 20 de junio de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

DENEGACION DEL RECURSO DE CASACION. *Avalúo del interés para recurrir. Si el recurrente no consigna el valor de los honorarios del perito, el Tribunal debe declarar desierto el recurso, no simplemente denegarlo.* Providencia de 20 de junio de 1979. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE BIENES. Consulta. *El término de caducidad de la causal 2^a de separación de bienes contemplada en el artículo 154 del C. Civil, no se cuenta desde el instante en que empezó el incumplimiento sino desde cuando él cesa.* Providencia de 20 de junio de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DEFINITIVA DE CUERPOS. *En el evento de abandono injustificado del hogar por uno de los cónyuges el término de un año en que caduca la acción se cuenta no desde que se produjo el abandono, sino desde cuando éste cesa.* Sentencia de 20 de junio de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de

Calí, en el proceso proveído por Luis Germán Vargas contra María Mercedes Cabrera. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. *Caducidad de los efectos patrimoniales. No ha lugar cuando la demanda se instaura en tiempo pero no puede notificarse oportunamente a los herederos demandados por actos u omisiones de éstos o por incuria de los funcionarios encargados de la notificación.* Sentencia de 20 de junio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en este proceso instaurado por Josefina de Lima Miranda de Gómez contra los herederos de Emiro de Lima y Santiago. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. *Inadmisibilidad de la demanda de casación.* Sentencia de 27 de junio de 1979. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Los términos de caducidad de la acción de divorcio y separación de cuerpos de que trata el artículo 6º de la Ley 1^a de 1976 sólo pueden contarse a partir del momento en que la citada ley entró a regir, so pena de verle un alcance retroactivo abiertamente injurídico.* Sentencia de 27 de junio de 1979. Se REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Roberto Mejía Correa contra Luz Amparo Vélez de Mejía. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Interpretación del artículo 38 de la Ley 75 de 1968. Corresponde al Juez de Menores que adelanta un segundo proceso de alimentos y tiene conocimiento de que en otro anterior de la misma índole ya se está cumpliendo el embargo del 50% del sueldo del alimentante, aprehender momentáneamente el conocimiento de ambos procesos para el solo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones alimentarias.* Providencia de 27 de junio de 1979. Magistrado ponente: Doctor

SEPARACION DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de los deberes de esposo y padre.* Sentencia de 27 de junio de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso abreviado promovido por Amanda Gómez de Valencia contra Ariel Valencia R. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. *La causal de incumplimiento de los deberes de esposo y padre, en que éste incurre cuando abandona injustificadamente el hogar, caduca en el término de un año contado desde el momento en que cesa el abandono.* Sentencia de 27 de junio de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio promovido por María Brígida Sierra de Acosta contra Otoniel Acosta. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

LESION ENORME. *Negarle fuerza probatoria a la copia de la partición por el hecho de no aparecer registrada constituye error de derecho en su valoración, con violación medio de lo dispuesto en el artículo 256 del C. de P. C.* Sentencia de 27 de junio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario de Juan José Estrada Gómez contra Fernanda Consuelo de Jesús Estrada de Rengifo y Amelio Díaz. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESOLUCION DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPROVENTA. *El demandado a quien se le imputa incumplimiento de una obligación contractual por lo general debe demostrar que si la cumplió en el lugar y forma debidos. Prestaciones mutuas.* Sentencia de 28 de junio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Obdulio Torres contra Gil María Riveros.

JUEGO Y APUESTA EN CARRERAS DE CABALLOS. *Ausencia de proposición jurídica adecuada por no haberse atacado en la demanda de casación el artículo 2286 del C. C. que sirvió de soporte al fallo impugnado.* Sentencia de 30 de junio de 1979.

NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Carlos J. Castillo contra el Hipódromo de Techo S. A.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL. *La responsabilidad que cabe a una persona jurídica por los hechos nocivos de sus dependientes, cualquiera que sea la categoría que éstos ocupen, es directa.* Sentencia de 30 de junio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso promovido por Luis Muñoz Tong y Micaela Cueto de Muñoz contra 'Francisco Jassir e Hijos'. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

2º Semestre 1979

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO. *El artículo 413 del C. de P. C. es la norma sustancial que otorga a quien ha usucapido un bien, ordinaria o extraordinariamente, el derecho de pedir la declaración de pertenencia.* Sentencia de 3 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el proceso promovido por José Manuel Ariza contra María Jesús Uribe de Espinosa. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS. *Las costas no deben confundirse con los perjuicios que se causen a las partes con motivo del litigio; las primeras no pueden ir más allá de los gastos necesarios que origine el proceso y los segundos se traducen en el daño emergente y en el lucro cesante.* Sentencia de 3 de julio de 1979. Se declara extinguida la obligación que se impuso a Guillermo Peniche J. de pagarle perjuicios a la sociedad Helda Held. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

PERTENENCIA. *Los conceptos de interpretación errónea y falta de aplicación son incompatibles y excluyentes. Aplicación del artículo 2531 del C. Civil.* Sentencia de 3 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en este pro-

ceso promovido por María del Carmen Bonilla y otros 34 demandantes contra Joaquín Caldas Luna y personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESOLUCION DE CONTRATO. *La simetría en los contratos bilaterales, debe presidir, lo mismo que en todo acto jurídico, una obligada equivalencia entre las partes respecto de sus mutuas prestaciones.* Sentencia de 9 de julio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario de Urbanizadora Cadis Limitada contra el Municipio de Ibagué Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

EXPLICACION DEL VOTO DEL Magistrado Humberto Murcia Ballén del fallo anterior.

RECURSACION DE UN PERITO TERCERO. *Sólo los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público están impedidos para ser auxiliares de la justicia.* Providencia de 12 de julio de 1979.

CAUCION PARA SUSPENDER LA EJECUCION DE LA SENTENCIA. *Es facultad exclusiva del recurrente solicitar la suspensión dentro del término que tiene para interponer el recurso de casación, so pena de que caduque su derecho.* Auto de 16 de julio de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

PERTURBACION AL ARRENDATARIO EN EL GOCE DE LA CASA ARRENDAADA. *No siempre que un tercero prive al arrendatario de los servicios de agua y luz, el arrendador común de los dos puede vedar al perturbador; ello depende del contrato celebrado entre el tercero y el arrendador.* Sentencia de 18 de julio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de Eudoro Botero Mejía contra la Parroquia Santa Catalina Laboure. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. Sentencia de 18 de julio de 1978. CONFIRMA la pro-

ferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso promovido por José E. Guerrero González contra María Luz Deysi Lloreda Mena. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PROPIEDAD INTELECTUAL. *La publicación de un plagio ocasiona perjuicio material a su autor.* Sentencia de 25 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Rafael Bernal Medina contra la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas. Magistrado Ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

REIVINDICACION DE UN INMUEBLE PARA LA COMUNIDAD QUE FORMAN PARTE LOS DEMANDANTES. *Objeción del dictamen pericial. Cómo debe cumplirse la carga procesal de pagar las expensas del experticio. Al prosperar la pretensión de reinvindicación se favorece no sólo a los actores sino a los comunes que no acudieron al proceso.* Sentencia de 25 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Hernando Leaño Orozco y otros contra Remigio Almonacid.

PRUEBA JUDICIAL. *El cotejo y el dictamen de los expertos no es el único medio eficaz para establecer la autenticidad de la firma de uno documento.* Sentencia de 25 de julio de 1979. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario promovido por Alicia Cadena de Vargas, quien obra en calidad de heredera de Luis Agustín Cadena Montealegre, contra Rosa Parra de Trujilo.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La demandante no probó ninguna de las causales aducidas en la demanda.* Sentencia de 25 de julio de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso promovido por Amalia Torres de Osorio contra Luis Adriano Osorio Herrera. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Requisitos de la demanda. Cuando se formula contra una persona jurídica*

debe anexarse al libelo la prueba de su representación legal. Sentencia de 25 de julio de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

TERMINACION DEL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. *El cobro de los honorarios pactados por razón de la ejecución de la obra debe ventilarse ante la jurisdicción especial del trabajo. Derecho de retención.* Sentencia de 31 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Leoviceldo Escobar Martínez contra Juan de Dios Díaz Morales, y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION. *Ha de ser tal que aparezca de manifiesto en los autos, y además, trascendente, vale decir que de no haberse cometido el fallador se hubiese pronunciado en otro sentido.* Sentencia de 1º de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Mercedes, María y Silvia Zambrano contra Luis Moreno G. Magistrado ponente Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes conyugales.* Sentencia de 8 de agosto de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso promovido por Agripina Gutiérrez contra Raúl Bueno Hernández. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

NULIDAD DEL REMATE. *Como acto procesal y como acto jurídico. El C. de P. C. eliminó la posibilidad de demandar en proceso separado la nulidad del remate como lo establecía el Código Judicial.* Sentencia de 9 de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Anastasio Muñoz contra Jesús María Ramírez.

FILIACION NATURAL. *Afirmar que un hombre y una mujer hacen vida marital equivale a decir que cohabitan juntos, que*

tienen relaciones sexuales. Sentencia de 13 de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en este proceso ordinario iniciado por Luis Antonio Arias frente a los herederos de Luis María Rojas Medina. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SUMA DE POSESIONES. *Sólo procede cuando existe un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor siempre que las posesiones que se sumen sean sucesivas e ininterrumpidas.* Sentencia de 13 de agosto de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Hernando Sevillano Herrera y María Claudia Restrepo Naranjo contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

FILIAACION NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo natural. Factores que configuran dicho estado. La ley no exige que los parientes del presunto padre hayan dado, a quien pretende ser su hijo, trato personal.* Sentencia de 14 de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso promovido por Maximiliano Velásquez contra los herederos de Inocencio Gómez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REPRESENTACION JUDICIAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EXTRANJERAS. *A la demanda introductoria del recurso de revisión debe anexarse la prueba de la representación legal si quien demanda, es persona jurídica, como quiera que dicha representación tiene que ver con los presupuestos del proceso.* Sentencia de 16 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Culpa de ambos cónyuges.* Sentencia de 21 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No existiendo prueba de que ninguno de los cónyuges ha faltado a sus deberes de padre o de madre, los hijos menores deben quedar "al cuidado de uno y otro", como*

lo dispone el artículo 423-5º del C. de P. C. Sentencia de 21 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CADUCIDAD DE LA PRETENSION DE SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando la causal de divorcio o separación de cuerpos consiste en una conducta omisiva permanente que subsiste en el momento de presentarse la demanda, la caducidad no se produce.* Sentencia de 21 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las querellas verbales domésticas sólo sirven de estribo a demanda de separación cuando conllevan ultrajes o trato cruel de un cónyuge para el otro que hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos.* Sentencia de 21 de agosto de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Rafael Donoso Acosta y Zoraída Suárez de Donoso. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ausencia de prueba de la causal invocada.* Sentencia de 21 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

FORMALIDADES DE LA DEMANDA DE CASACION. Los requisitos de forma de la demanda de casación "deben aparecer en el texto mismo del libelo". Auto de 21 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 20 de agosto de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso promovido por Luz Eugenia Penagos de Galves contra Edgar Galves Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

EXEQUATUR. *Al libelo debe anexarse copia de la sentencia debidamente auten-*

tizada y legalizada, la cual no puede suplirse con una simple constancia de que la sentencia se profirió. Sentencia de 22 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE TRANSPORTE. *Requisitos. Condiciones que debe reunir el perjuicio para que dé derecho a indemnización. La pérdida de la capacidad para producir renta de trabajo del pasajero que fallece en el accidente constituye perjuicio cierto para sus herederos.* Sentencia de 22 de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Raúl Eduardo y Jorge Enrique Galofre Vieira contra Aerovías Condor de Colombia S. A. Aerocondor. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

Sentencias recurridas en casación, susceptibles de ser cumplidas provisionalmente. Solamente pueden serlo las de condena en las que se impone a la parte vencida la satisfacción de una prestación. Si la sentencia no es de aquellas que pueden cumplirse provisionalmente, resulta inútil la remisión de las copias a que se refiere el artículo 871 del C. de P. C. Sentencia de 23 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

AUTO: Aunque no se hayan recibido las pruebas pedidas y decretadas en tiempo, cuya evacuación se encargó a las autoridades respectivas, vencido el periodo probatorio, procede correr traslado para alegar. 23 de agosto de 1979. Auto: que decreta pruebas dentro de un incidente de nulidad por enfermedad del apoderado de una de las partes. 23 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

INDEMNIZACION POR MUERTE DEL PASAJERO. *Culpa exclusiva de la víctima. Cosa juzgada Penal.* Sentencia de 29 de agosto de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Luis Enrique Valero contra "Flota Magdalena S. A.". Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

INADMISION DE LA DEMANDA DE REVISION POR FALTA DE REQUISITOS LEGALES. Sentencia de 29 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *La no celebración de las audiencias de conciliación constituye irregularidad saneable a través de los recursos que el Código consagra y no es, por tanto causal de nulidad.* Sentencia de 29 de agosto de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gladys Leonor Jiménez de Arámbula contra Germán Humberto Arámbula. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SIMULACION EN LA CESION DE UN CREDITO. *Apreciación de la prueba indiciaria. El juzgador de instancia corresponde calificar la gravedad, precisión y conexión que los indicios guardan entre sí y con el hecho que se pretende demostrar, dentro del poder discrecional de que goza en el examen de los medios de convicción.* Sentencia de 30 de agosto de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Hugo Saavedra Ramírez, como heredero de Nazario Saavedra Ramírez, contra Leticia Estrada v. de Quiroga. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE CASACION. *Es requisito indispensable mencionar por separado, en cada cargo, la causal que se alegue.* Auto de 31 de agosto de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Para que la causal fundada en la falsedad de documentos pueda prosperar éstos deben tener el carácter de decisivos en el pronunciamiento del fallo; además sólo puede ser alegada por quien en las instalaciones adujo la falsificación.* Sentencia de 10 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

INTERESES PARA RECURRIR EN CASACION. *La cuantía se determina por la*

diferencia entre lo pedido y lo dado. Sentencia de 10 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *El juez que tramita la sucesión del deudor es competente para conocer del proceso ejecutivo adelantado contra sus herederos por razón de su causante.* Providencia de 10 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *No procede contra el auto que deniega el mandamiento de pago.* Auto de 11 de septiembre de 1979. Magistrado ponente Doctor Héctor Gómez Uribe.

ABUSO DEL DERECHO. *La indemnización de perjuicios que causa el abuso del derecho es de carácter extracontractual. Interpretación de los contratos.* Sentencia de 11 de septiembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por la sociedad Actec de Colombia Limitada contra la sociedad Burroughs Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

IMPUGNACION DE FILIACION LEGITIMA. *Quiénes pueden impugnarla.* Sentencia de 12 de septiembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso suscitado por Jesús Enrique Arango Hernández frente a los herederos de Enrique Arango Gómez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RECURSO DE REVISION. *Formalidades de la demanda.* Providencia de 12 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE CASACION. *Los requisitos de la demanda deben aparecer en el texto mismo del libelo.* Providencia de 12 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de los deberes de esposo y padre, del demandado.*

Sentencia de 12 de septiembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso promovido por Carmen Emilia Londoño de Guerrero contra Carlos Alfonso Guerrero. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono del demandado de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 12 de septiembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por María Alexi Martínez de Peralta contra Oscar Osvaldo Peralta. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RECURSO DE REVISION. *La causal contemplada en el ordinal 1º del artículo 300 del C. de P. C. se refiere a documentos existentes antes de pronunciarse la sentencia que el recurrente no pudo hacer valer.* Sentencia de 13 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus deberes conyugales.* Sentencia de 14 de septiembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gloria Afanador de Mendoza contra Rodrigo Mendoza Cuéllar. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REVISION EN UN PROCESO DE PERTENENCIA. *Nulidad por defectuoso emplazamiento de la demandada indeterminada.* Providencia de 17 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

OBLIGACIONES SOLIDARIAS. *Fuentes de este tipo de obligaciones. La solidaridad no se presume: debe ser expresamente declarada.* Sentencia de 18 de septiembre de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario de Jesús A. Starling Cuéllar contra Hernando Giraldo Bermúdez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono del demandado de sus de-*

beres de padre y de cónyuge, sin causa que lo justifique. Sentencia de 18 de septiembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Lilia Myriam Tamayo de Vélez contra Carlos Arturo Vélez C. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Embriaguez habitual del esposo demandado. Prueba.* Sentencia de 18 de septiembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Yolanda González de Jaramillo contra Mario Jaramillo C. Magistrado ponente Doctor: Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra que hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.* Sentencia de 18 de septiembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso abreviado promovido por Luz Inés Moros de Muñoz contra Humberto Muñoz Mora. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

INDEBIDA NOTIFICACION DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. *La actuación del comisionado para la notificación no adolece de vicios.* Auto de 20 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

CONTRATO DE SEGURO. *El pago de la prima dentro del mes siguiente a la celebración del nuevo contrato de seguro y después de fallecer el asegurado, carece de eficacia, pues sin el pago de aquélla la póliza no entraba en vigor.* Sentencia de 20 de septiembre de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Graciela Bueno de Palacios contra Compañía Suramericana de Seguros de Vida S. A. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CULPA CONTRACTUAL. *La carta de Crédito, no impone obligaciones al Banco otorgante de gestionar la importación de las mercancías, pero éste puede tomarla a su cargo, en todo o en parte.* Sentencia de

20 de septiembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo en este proceso ordinario de Tipografía y Litografía Lealtad Limitada contra el Banco Popular, Sucursal de Sincelejo. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.
Si el recurrente no plantea proposición jurídica completa limitándose a hacer indicación parcial de los textos violados, el ataque es vano. Sentencia de 25 de septiembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso promovido por Fabio Puentes Medina frente a Genaro Medina Guevara y otros. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

REVALIDACION DE PAPEL COMUN. *Se tiene en cuenta el cese de actividades en el Ministerio de Hacienda.* Auto de 25 de septiembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

NULIDAD DE PROCESO DE PERTENENCIA. *La escogencia de vía para obtener la declaración de pertenencia según que se alegara frente a persona determinada o no, durante la vigencia de la Ley 120 de 1928, no quedaba al arbitrio del demandante; la ley señalaba en cada uno de los dos casos cuál era la indicada. Acumulación de pretensiones.* Sentencia de 27 de septiembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario suscitado por Guillermo Rey Fonseca y otros frente a José Humberto Gaitán Forero. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Demandado de mutua petición. En procesos como el de separación de cuerpos la sola confesión de los cónyuges no es medio idóneo para acreditarse las causales.* Sentencia de 28 de septiembre de 1979. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por José Antonio Rivera S. contra Rosalba Isabel Jaimes. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION DE INMUEBLE. *La venta forzada que el Juez que conoció del*

proceso hizo a los demandados abarcó una porción de terreno mayor a la prometida en venta por el deudor y, por consiguiente, la pretensión reivindicatoria prospera. Sentencia de 1º de octubre de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso promovido por Gonzalo Galvez Cano contra Josué Gómez Uribe. Magistrado ponente: Doctor José María Esquerre Samper.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Decreto oficioso de pruebas.* Sentencia de 1º de octubre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Incumplimiento de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 8 de octubre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Gloria Giraldo de Tarquino contra Enrique Tarquino Reyes. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REPOSICION. *El recurso se interpuso extemporáneamente.* Auto de 8 de octubre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

EXCEPCION PREVIA DE CADUCIDAD DE LAS CAUSALES DE SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando los hechos que tipifican la causal se han iniciado mucho antes de la presentación de la demanda pero continúan sucediéndose en dicho momento procesal, no puede darse la caducidad de la acción.* Sentencia de 8 de octubre de 1979. REVOCA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso promovido por Cenén Ramírez contra Marina Ordóñez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El solo indicio resultante de la contestación de la demanda no puede producir en el juzgador la certeza jurídica necesaria para acceder a la pretensión de separación.* Sentencia de 9 de octubre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso promovido por María Emilia Bayer Jaramillo contra Dídimio Tulio Arboleda

Echeverry. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de la mujer de sus deberes de esposa.* Sentencia de 9 de octubre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por José Omar Gómez contra Carmen Ligia Rendón. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado incumplimiento del demandado de sus deberes de esposo y de padre.* Sentencia de 9 de octubre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso promovido por María Delia Ortiz de Muñoz contra Adolfo Santos Muñoz. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *Sólo se debe desde cuando el deudor es constituido en mora.* Sentencia de 9 de octubre de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Ramón Cuéllar G. y Compañía limitada contra Banco de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PAGO DE HONORARIOS PARCIALES. *La carga procesal no se cumple cuando el pago se hace directamente por las partes.* Sentencia de 10 de octubre de 1979. Se declara diserto el recurso proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso ordinario promovido por Calixta Pacheco Arroyo contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SENTENCIAS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUGNADAS EN CASACION. *Como quiera que cuando se trate de declarar la existencia de una sociedad de hecho resultante del consentimiento implícito de los socios, debe acudirse al procedimiento ordinario de mayor cuantía, la sentencia que se dice en el respectivo proceso es susceptible del recurso de casación.* Sentencia de 15

de octubre de 1979. CONCEDESE el recurso de casación en este proceso ordinario instaurado por Amelia Alzate de Obando contra los herederos de Pablo Emilio Mesa Murillo. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

DECLARACION DE IMPEDIMENTO. *Causal 4^a de recusación contemplada en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.* Auto de 15 de octubre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

REIVINDICACION DE TITULOS VALORES. *Ausencia de buena fe exenta de culpa del tenedor del título. Fallas técnicas en la presentación de los cargos.* Sentencia de 23 de octubre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por María Paulina Tobón Puerta viuda de Sierra, en su condición de cónyuge supérstite de Román A. Sierra, y por Luis Aníbal Sierra Tobón y otros contra Julio Segundo Vélez Vélez y otros. Magistrado ponente:

RESOLUCION DE PROMESA DE COMPRAVENTA. *No puede confundirse la nulidad sustancial de los actos o contratos y la nulidad procesal. La causal 4^a de casación no procede cuando se alega que el contrato es nulo.* Sentencia de 23 de octubre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de Luis Hernando Losada Puentes contra Efén Novoa Cano y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

INDEMNIZACION POR OCUPACION PERMANENTE CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS. *Corresponde conocer a la justicia ordinaria y no a la contencioso-administrativa. Empero, no habiéndose logrado establecer en el proceso la ocupación total ni parcial de ninguno de los inmuebles de los cuales se predica que fue ocupado y no pudiéndose dictar sentencia absolutoria porque se llegaría a una reformatio in pejus. Se impone fallo inhibitorio.* Sentencia de 29 de octubre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SALVAMENTO DE VOTO del fallo anterior del Magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *No puede pedirse la indemnización de perjuicios con apoyo en un contrato y derivados del eventual incumplimiento de obligaciones cuya exigibilidad ya había cesado por haber expirado el término de duración del mismo.* Sentencia de 29 de octubre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso ordinario promovido por Alfonso González y otros contra el Banco de la República.

DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS EN PROCESO DE SEPARACION DE CUERPOS. Auto de 29 de octubre de 1979.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL. *Ejercicio de actividad considerada como peligrosa por parte de demandante y demandado; ninguno de los dos consiguió desvanecer en su favor la presunción de culpa, y por consiguiente, la obligación de reparar los perjuicios no debe reacer íntegramente sobre uno solo de los contrincantes.* Sentencia de 29 de octubre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

NULIDAD DE LO ACTUADO. *Durante la interrupción originada por enfermedad grave del apoderado de la plenitud de sus facultades mentales. No puede aceptarse como causal de interrupción del proceso y, por ende, de nulidad de lo actuado durante este lapso, pues lo que la ley considera es la imposibilidad absoluta en que se encuentre el mandatario judicial para actuar a nombre de su mandante.* Providencia de 5 de noviembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

REVALIDACION DE PAPEL COMUN. *Mientras subsistan las circunstancias de anormalidad que contempla el Decreto 2062 de 1979, la aplicación del artículo 104 del Código Civil queda supeditada a dicho Decreto.* Auto de 7 de noviembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono grave e injustificado de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 6 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso promovido por Gloria Alicia Cortés de Johanson contra Sten Roland Johanson. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ultrajes y malos tratos de la demandada al actor respaldan plenamente la separación.* Sentencia de 8 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por Jairo de Jesús Restrepo Angulo contra Luz Stella Alvarez Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESOLUCION DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA. *La obligación de otorgar la escritura de compraventa estaba sujeta a plazo y, por consiguiente, no era menester reconvenir a los demandados para constituirlos en mora.* Sentencia de 8 de noviembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Víctor Manuel Molina Poveda contra Juan Ricardo Cruz Solano Hernández de Cruz. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Grave e injustificado abandono de la demandada de sus deberes de esposa y madre.* Sentencia de 9 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso promovido por José Luber Castaño contra Amanda Giraldo de Giraldo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El demandado que no presta ningún apoyo material ni espiritual a su esposa e hijos incurre en grave e injustificado abandono de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 9 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Amparo Cardona frente a Gerardo Ja-

ramillo S. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *La circunstancia de que los cónyuges inter mora litis reasumieran sus relaciones matrimoniales indica que la paz y el sosiego domésticos no se habían hecho imposibles cuando se instauró la demanda.* Sentencia de 9 de noviembre de 1979. REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso promovido por Ana del Carmen Mantilla de Rojas frente a Urbano Rojas. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuando el cónyuge demandado pretenda que la declaración se decrete pero no con fundamento en las causales que alegue el demandante debe proponer demanda de reconvenCIÓN.* Sentencia de 9 de noviembre de 1979. REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso promovido por Jesús Evelio Zapata contra Amelia Eljach. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *No tiene por objeto replantear, la litis. El recurrente se mueve dentro de una órbita restringida por el tiempo para proponer el recurso, por las causales que puede alegar y por las sentencias que no puede impugnar.* Sentencia de 9 de noviembre de 1979. DECLARA INFUNDADO el recurso promovido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de expropiación adelantado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora" contra Ernesto Pabón Camacho y Luis Enrique Polanía G. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No puede predicarse el abandono del marido cuando ambos cónyuges han incurrido en causal de separación.* Sentencia de 13 de noviembre de 1979. REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso promovido por Gloria Ospina de Aristizábal contra Henry Aristizábal Bustamante. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono de la demandada de sus deberes de esposa.* Sentencia de 13 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso promovido por Luis Humberto Oviedo C., contra Mary Romero de Oviedo. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

FILIACION NATURAL. *Errores de técnica en la presentación del recurso extraordinario respecto a la causal 1^a de casación.* Sentencia de 15 de noviembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Luis Alejandro Fajardo Flechas contra Gladys Mariela Flechas Peñaloza. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Quebranto grave de los deberes de esposo y padre, del demandado.* Sentencia de 15 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso ordinario promovido por Alba Luz Mattos contra Rodrigo N. Valdiri. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

SEPARACION DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales de la esposa quien a la vez se ausentó del hogar ignorándose su paradero.* Sentencia de 20 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso promovido por Isidro Antonio Jiménez contra Ana Rita Olarte. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Embriaguez habitual del esposo demandado.* Sentencia de 20 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el proceso promovido por Inés Forero de Paz contra José David Paz. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales.* Sentencia de 20 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tri-

bunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por Juan Bautista Sua contra María Luisa Sua. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El cónyuge demandado abandonó el hogar incurriendo con ello en grave e injustificado incumplimiento de sus deberes de esposo y padre.* Sentencia de 20 de noviembre de 1979. CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario promovido por Argelia Zapata de Atehortúa contra Oscar Atehortúa O. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

NULIDAD DE LA CESION DE DERECHOS HERENCIALES. *Determinación de la cuantía. Cuando la demanda principal prospera no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre las pretensiones subsidiarias.* Sentencia de 26 de noviembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, promovido por Francisco Valencia Noreña contra Jesús Burgos Velásquez. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Cuando la situación decidida en la sentencia depende de varias normas que se combinan entre sí, la censura en casación debe señalarse como vulneradas todas las normas que conforman la proposición jurídica completa.* Sentencia de 26 de noviembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso promovido por María Oliva Carretero de Gómez frente a Gumersindo Suárez y otra. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. *El carácter formalista y dispositivo del recurso impide que la Corte, al descharlo, pueda completar los cargos o complementar uno con otro.* Sentencia de 26 de noviembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Enrique Restrepo y otro contra Inversiones Serapio Vallejo y Compañía. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONDENAR AL APODERADO. *Competencia de la Corte para condenar al apoderado al pago de los perjuicios ocasionados con actuaciones temerarias o de mala fe. Poder discrecional del juez que conoce de un asunto para vigilar y controlar la conducta procesal de las partes.* Providencia de 28 de noviembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

NOTIFICACION DEL DEMANDADO QUE SE OCULTA. *Diferencias con la notificación del que se encuentra ausente y no se conoce su padadero.* Sentencia de 5 de diciembre de 1979. DECLARA IMPROCEDENTE el recurso de revisión interpuesto por Arturo Gómez Martínez contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Villavicencio. Rosa Elena Blanco de Gómez y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

ACUMULACION DE PRETENSIONES. *Si el sentenciador encuentra que una de las pretensiones acumuladas en la demanda es de competencia de la justicia ordinaria y otra de la contencioso-administrativa, debería decidir sobre el fondo de la primera e inhibirse en cuanto a la segunda, pero no respecto a las dos.* Sentencia de 6 de diciembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso promovido por José María Pérez Laverde contra el Municipio de Sogamoso. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

NUDA PROPIEDAD. *El hecho de que un tercero despoje de la posesión o no le permita entrar en el goce de ella al propietario pleno no torna a éste en nudo propietario; si así fuera, la acción reivindicatoria correspondería exclusivamente al nudo propietario.* Sentencia de 7 de diciembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en este proceso ordinario suscitado por Julio César Narango Serna contra Eduardo Brando Cardona. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

NULIDAD por no haberse practicado en legal forma la notificación del auto admi-

sorio de la demanda al demandado. Emplazamiento por los trámites del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. La nulidad contemplada en el artículo 156-3º del Código de Procedimiento Civil. Sólo puede ser alegada o saneada por la persona indebidamente notificada; no por el curador *ad litem* que se le designó pues éste carece de interés jurídico. Auto de 10 de diciembre de 1979. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 11 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Arturo García S., contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 12 de julio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Israel Antonio Rueda contra Siderúrgica de Medellín S. A. SIMESA. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INDEMNIZACION MORATORIA. BUENA Y MALA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de 16 de julio de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Guillermo Gómez Pérez contra Francisco Copella y Compañía Limitada. Confecciones Francapel. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

EL PERITAJE NO ES PRUEBA CALIFICADA PARA FUNDAR EN ELLA LA EXISTENCIA DE ERRORES DE HECHO ALEGABLES EN CASACION, CONFORME LO ESTATUYE EL ARTICULO 7º DE LA LEY 16 DE 1969. La Corte por sentencia de 19 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Saravia contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 19 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Antonio Méndez contra la Sucesión de Alejo Ovalle Díaz. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 23 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Matilde Arocha de Muller y María Elena Müller Arocha contra Laboratorios Wyeth Inc. Magistrado ponente: José Eduardo Gnecco Correa.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 27 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Campos contra Parque Cementerio de la Inmaculada. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

CARGOS INEFICACES. — FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 31 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Célico Lozano Olivero contra Susana Lozano de Reyes. Magistrado ponente: Doctor Enrique Daza Alvarez.

FALTA DE TECNICA. Proposición jurídica incompleta. La Corte por sentencia de 21 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Agustín Infante Higuera contra Consultas Técnicas Limitada. CONSULTECNICAS. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

INEXISTENCIA DE LOS ERRORES DE HECHO PROPUESTOS POR EL RECUERRENTE. La Corte por sentencia de 22 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Criales Fernández contra la Empresa Distribuidora de Equipos Industriales AMEREX S. A.

Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.

INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO Y DEL ERROR DE HECHO ALEGADO. La Corte por sentencia de 23 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gabriel Ovalle Medina contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas—. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 27 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Augusto Restrepo Restrepo contra Cooperativa de Caficultores de Belalcázar Cañas. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO. La Corte por sentencia de 27 de agosto de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Carlos Londoño Díaz contra Fondo Ganadero del Caquetá S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ACCIDENTE DE TRABAJO. La Corte por sentencia de 27 de agosto de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Damary del Socorro Ríos Rendón contra Sociedad de Fabricación de Automotores S. A. —SOFASA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

SÁLVAMENTO DE VOTO.

NO SE DEMOSTRO QUE EL TRIBUNAL HUBIERA INCURRIDO NOTORIAMENTE EN LOS ERRORES DE HECHO QUE SE LE ATRIBUYEN POR EL IMPUGNADOR. La Corte por sentencia de 28 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Blanca Villegas de Rico contra la Cooperativa Familiar de Medellín Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION POR MORA QUE CONSAGRA EL ARTICULO 65 DEL CO-

DIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Fernando Tejada Yepes contra Universidad de Medellín. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

NO RESULTAN MANIFIESTOS LOS ERRORES DE HECHO QUE SE ALEGAN EN EL CARGO. La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Hernando Chica Pérez contra Shellmar de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

NO APARECEN DEMOSTRADOS LOS ERRORES DE HECHO QUE EL CARGO ALEGA. La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alfonso Hincaapié contra Autolarte, Olarte y Compañía Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 31 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Héctor Montaña contra la Sociedad Maizena S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

LA NO DEMOSTRACION DEL ERROR DE HECHO HACE INOFICIOSO DETERMINAR SI EL FALLADOR DE SEGUNDA INSTANCIA INCURRIÓ EN LOS OTROS ERRORES ANUNCIADOS EN EL CARGO. La Corte por sentencia de 6 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Pedro Nel Velásquez contra "Impregilio E. Recchi (Panamá) S. A. Sucursal de Colombia". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION MORATORIA. BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de 6 de septiembre de 1979, NO CASA

la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de María Silvestre Avendaño viuda de Forero y otros contra Cristóbal Salinas Novoa. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 13 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Sánchez Carrillo contra Instituto Nacional de Fomento Municipal (INSFOPAL). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 13 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José María Vásquez Loaiza contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia 13 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Onofre Garzón contra Fábrica de Fieltros Técnicos Sombreros e Hilazas Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

LAS FOTOCOPIAS SIN AUTENTICAR, CARECEN DE TODO VALOR PROBATO-

RIO COMO COPIAS DE DOCUMENTOS, CONFORME A LOS ARTICULOS 253 Y 254 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. La Corte por sentencia de 27 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Félix Antonio Cano Henao contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —ICEL— y Municipios Asociados del Valle del Aburrá —MASA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

SALVAMENTO DE VOTO.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de 27 de septiembre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Francisco Ramírez Batemán contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 28 de septiembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Luis Faustino Samarra Escudero contra Cyanamid de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDICE SENTENCIAS 1979

SALA DE CASACION CIVIL

	Páginas	Páginas
PROMESA DE CONTRATO DE COMPRA-VENTA DE INMUEBLES. — Tratándose de promesa de compraventa de inmuebles, es necesario, además de la determinación de la cosa prometida en venta y del precio acordado, elementos esenciales en este contrato, señalar con precisión la notaría en que, en su momento, ha de otorgarse la escritura pública. — Sentencia de 19 de enero de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio promovido por Pablo Emilio Martínez Dorroneoro contra Kelder Jiménez Alvear. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.	7	26
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER del fallo anteriormente publicado	13	29
ALBACEA. — Diferentes situaciones jurídicas del ALBACEA: a) Cuando tiene además la calidad de heredero. b) Si entre los herederos hay incapaces. c) Cuando todos los herederos son capaces. — Sentencia de 22 de enero de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario suscitado por los herederos de María Luisa Sagrario Hurtado contra Eleuterio Ramírez Hurtado y otro. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.	16	33
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER del fallo anteriormente publicado	22	33
AUDIENCIAS DE CONCILIACION. — La omisión de las audiencias de conciliación constituye una grave irregularidad en el trámite del proceso, pero no acrea la nulidad de éste. — Providencia de 25 de enero de 1979. En el proceso de separación de cuerpos promovido por Hilda Lilia Ruiz de Bernal contra Carlos C. Bernal López, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.		26
PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA EN LOS FALLOS. — Incongruencia por fallo "ultra petita". — Sentencia de 2 de febrero de 1979. CASA la proferida por el Tribunal de Tunja, en el proceso ordinario promovido por Fidel López contra la Empresa de Transportes "Rápido Duitama Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Alberto Pérez Delgado.		29
RESPONSABILIDAD AQUILIANA. — Responsabilidad aquiliana especial, consagrada por el artículo 40 del C. de P. C., para magistrados y jueces. — Providencia de 6 de febrero de 1979. En libelo presentado ante la Corte el 2 de diciembre de 1977, el Municipio de Calarcá, del Departamento del Quindío, por medio de apoderado legalmente constituido, demandó a los doctores Benjamín López de la Pava y Marino Restrepo Muñoz, en su calidad de Magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguin		33
SIMULACION. — Concepto. Régimen probatorio de la simulación. Insufi-		33

	Páginas	Páginas
<i>ciencia de la capacidad económica de la demandada.</i> - Sentencia de 28 de febrero 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, proceso ordinario instaurado contra Marina Diaz de Sola, por Tony María Galvis de Mantilla, Inés Mercedes del Rosario Mantilla Galvis y Luis Gustavo Mantilla Galvis, en sus calidades de cónyuge sobreviviente y herederos de José Ignacio Mantilla Cortés. Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez, abogado asistente	44	rior de Manizales en este proceso ordinario de filiación natural, suscitado por Margarita Sánchez frente a Alcides Rusinque. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEÑ del fallo anteriormente publicado.	56	TECNICA DE CASACION. — <i>Proposición jurídica completa. La promesa de celebrar un contrato de compraventa y el contrato de compraventa. Diferencias.</i> Sentencia de 22 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Fermín Sanz de Santamaría contra Eccehomo Olaya Castillo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero
REIVINDICACION. — <i>Interpretación de la demanda. Error in procedendo y error in judicando. Consecuencias para el demandado que no contesta la demanda en esta clase de procesos. Artículo 971 del C.C., rectificación doctrinaria de la Corte para la correcta interpretación y aplicación de este artículo.</i> — Sentencia de 12 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario suscitado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria contra Guillermo Vásquez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.	60	CONTRATO DE TRANSPORTE. — <i>Responsabilidad del transportador. Por ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa del contrato de transporte considera o presume la Ley que obedece a culpa de quien lo explota.</i> Sentencia de 19 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Lucia Silva de Ramírez contra la sociedad Conducciones América Limitada y Jairo Duque Gómez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero
REIVINDICACION. — <i>Error in judicando. Técnica de casación.</i> — Sentencia de 14 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario, instaurado por Elvira Rodríguez de Isaza contra Alvaro Enrique Giraldo Valencia y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.	66	SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO MURCIA BALLEÑ del fallo anteriormente publicado.
ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. — <i>Prueba del estado civil de las personas. Calidad de heredero. Elementos de la posesión notoria de hijo natural.</i> — Sentencia de 22 de marzo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Supe-		CLAUSULA DE VALOR CONSTANTE. a) <i>Los particulares, en sus negocios jurídicos, pueden acordar o insertar cláusulas de ajuste o corrección monetaria, con excepción de algunos contratos, como el de arrendamiento de predios urbanos, de venta de artículos de primera necesidad, y todos aquellos que se encuentran controlados e intervenidos en el precio y pago de obligaciones dinerarias.</i> b) <i>En el campo de la indemnización de perjuicios por culpa aquiliana, la solución o pago de la correspondiente in-</i>

Páginas		Páginas	
<i>demnización debe comprender el fenómeno de la depreciación monetaria, esto es, debe verificarse con el consiguiente ajuste.</i> Sentencia de 24 de abril de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Alfonso Duque Maya frente a Arnulfo García García. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero	99	na Angarita. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén	134
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HUMBERTO MURCIA BALLEÑ, del fallo anteriormente publicado.	111		
SEPARACION DE CUERPOS. — <i>Un solo acto de adulterio de la mujer o del varón configura las relaciones sexuales extramatrimoniales. Caducidad de la acción de divorcio. Aplicación y forma de contar el término de caducidad en materia de separación de cuerpos.</i> — Sentencia de 7 de mayo de 1979. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso promovido por Jaime Salazar Botero contra Alcira Montoya de Salazar. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero	118		
CONTRATOS ALEATORIOS. — <i>Contratos de juego y apuesta. Licitud e ilicitud de estos contratos. Concepto y clasificación. Reglamentos de policía en carreras de caballos y atribuciones de la Junta de Comisarios.</i> — Sentencia de 8 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de José Rafael Hurtado Orozco contra el "Hipódromo de Techo S. A.". Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero	124		
PRINCIPIO DE LA PRECLUSION. — <i>Concepto y alcance. Fines que se persiguen con la aplicación del principio de la preclusión y consecuencias.</i> — Sentencia de 10 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar en el proceso ordinario instaurado por Gusman Sarabia Rincón contra Julio Alfredo Lu-			
		NULIDADES PROCESALES. — <i>Congruencia. El principio de la congruencia se contrae a la necesidad de que la sentencia se encuentre en consonancia con las pretensiones aducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la Ley le ofrece para proponerlas. Error de hecho. El error de hecho en la interpretación de la demanda, para que pueda alegarse como punto de partida de un cargo en casación con apoyo en la causal primera, tiene que ser ostensible, evidente, protuberante o manifiesto.</i> Sentencia de 22 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Nelson Orrego Arias frente a Leonel Chávez Agudelo y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén	142
		FILIACION NATURAL. — <i>El estudio sobre los hechos y su prueba se reserva a la sentencia. Reformatio in peius. Cada una de las causales por las cuales se puede obtener la declaración de paternidad natural es autónoma e independiente, pero el acogimiento de una de ellas no implica pronunciamiento judicial de rechazo sobre las otras.</i> Sentencia de 22 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario de Alfredo Aguirre y otros contra Saúl Gómez Zuluaga y otros	163
		FILIACION NATURAL. — <i>Facultades y limitaciones del testador. Derechos de los herederos. Técnica del recurso de casación: error de hecho.</i> Sentencia de 28 de mayo de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso instaurado por María Elena Cardona contra Tulia Giraldo de Jiménez y otros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper	178

Páginas

Páginas

QUIEBRA. — *Principio fundamental, objetivos, efectos y consecuencias del proceso de quiebra.* — Sentencia de 8 de junio de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en este proceso ordinario instaurado por la entidad "Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero - Sucursal de Manizales", frente a la "Sociedad de Ingeniería Muñoz Sigma Limitada". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén

187

proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por los herederos de Angel María Mora contra la Sociedad "Mora y Molano Ltda". Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 230

CONDICION RESOLUTORIA TACITA. — *Requisitos para el buen suceso de la acción resolutoria establecida en los artículos 1546 y 1930 del C.C. Interpretación de los contratos por el Juez.* — Sentencia de 11 de junio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario instaurado por la Compañía de Jesús contra el Municipio de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero

196

REFORMATIO IN PEJUS. — *Jurisdicción y competencia. Finalidad de la prohibición de la reformatio in pejus.* Sentencia de 4 de julio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario adelantado por el establecimiento público Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla contra los Bancos Cafetero y Franco Colombiano. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 236

FILIACION NATURAL Y ACCION DE PETICION DE HERENCIA. — *Concepto sobre interrupción de las Leyes atinentes al hijo natural. Acción de simulación frente al contrato de venta de bienes herenciales.* — Sentencia de 28 de junio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso de investigación de paternidad, suscitado por Orlando Porto Campo frente a los herederos de Ismael Porto Moreno y su cónyuge. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga

204

PRUEBA DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. — *La partida, folio o certificación es prueba eficaz para demostrar el estado civil de la persona, aunque por sí sola, por regla general, no sea suficiente para demostrar la calidad de hijo legítimo de quien figura como padre. La partida extendida a petición del padre y autorizada con su firma, es uno de los reconocimientos de paternidad natural.* — Sentencia de 31 de julio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por Alejandro Bueno Prada a la sucesión intestada de Pedro Felipe Bueno Prada, "representada por sus herederos, entre los cuales se encuentra Luz Marina Bueno Gómez, menor de edad, con curaduría legal de su madre Cecilia Gómez Ayala. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper

242

INTERESES. — *Interés remuneratorio e interés moratorio. Interés bancario corriente e interés legal comercial.* — Sentencia de 28 de junio de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellin, en el proceso ordinario de Javier Uribe Montoya contra "Antioquia de Automores y Repuestos Ltda". Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero

219

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — *Cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Suprema de Justicia o por el Tribunal Superior para decidir un recurso de revisión anterior contra dicho fallo es improcedente el mismo recurso.* — Sentencia de 31 de julio de 1979. Se declara inadmisible la demanda mediante la cual Marco Tulio Orozco formula recurso de revisión contra la sentencia de 6 de

Páginas	Páginas		
julio de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira	250	<i>de la Ley 153 de 1887.</i> — Sentencia de 25 de septiembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Francisco Antonio Varón Romero frente a Antonio María Ibagué Quintero y otra. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén	274
REGIMEN DE BIENES DURANTE EL MATRIMONIO. — Sociedad conyugal. Disolución anticipada. Efectos de la separación de hecho de los cónyuges con respecto a la sociedad conyugal no disuelta. El derecho a los gananciales no surge del esfuerzo común de los consortes sino de su calidad de tales. — Sentencia de 1º de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso suscitado por Ana Francisca Agudelo de Mejía, frente a Conrado Mejía Barreneche. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.	253	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — <i>El proceso de pertenencia es nulo cuando se demanda a personas indeterminadas, haciendo valer el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, obtenido con base en informaciones "amañadas e incompletas", que el interesado —para quien el poseedor inscrito no es desconocido— suministra, a fin de que éste no sea citado al proceso.</i> — Sentencia de 15 de octubre de 1979. Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Edificadora Colombiana Ltda., contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de pertenencia que José Osipina Bermúdez adelantó contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín . . .	290
RECURSO DE APELACION. — Objeto del recurso de la reformatio in pejus. Excepcionalmente puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional. — Sentencia de 31 de agosto de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Alfredo Cabrera Coronado, frente a Onésimo Polania Suárez. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén	261	CONTRATO DE TRANSACCION. — <i>Naturaleza jurídica. Elementos estructurales. La decisión que homologa la transacción no es una sentencia sino un auto interlocutorio. Recurso extraordinario de revisión. Exigencias legales.</i> Auto de 29 de octubre de 1979. Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda presentada en el proceso promovido por Clímaco Pineda Franco, contentiva de recurso extraordinario de revisión. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero	301
MEDIOS PROBATORIOS. — Validez y eficacia del testimonio. Formalidades. — Sentencia de 14 de septiembre de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario, seguido por María Benedicta Niño de Sandoval contra los herederos de Roberto Reyes García. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén	268	RESOLUCION DE CONTRATOS BILATERALES. — <i>Antecedentes históricos y fundamentos jurídicos de la acción resolutoria de que goza el contratante diligente contra el contratante incumplido. Este podía deprecar, a su talante, la resolución o el cumplimiento del contrato bilateral. Presupuestos indispensables para la prosperidad de la preten-</i>	
PROMESA DE CONTRATO. — Requisitos necesarios para su validez. Es un contrato eminentemente provisional y transitorio. Caracteres especiales. Efectos. La promesa de celebrar un contrato es hoy fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que determina el artículo 89			

Páginas		Páginas
sión resolutoria. En el caso de incumplimiento reciproco de obligaciones no nace para ninguno de los contratantes ni la acción de resolución ni la de cumplimiento. Rectificación doctrinaria. En tal evento, el contrato sólo puede invalidarse por consentimiento mutuo o por causas legales. El mutuo disenso puede ser expreso o tácito; este último se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones, siempre que su conducta sea inequívocamente indicativa de desistimiento de la convención. — Sentencia de 5 de noviembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso ordinario de Lucila Borda de Gómez contra Alvaro Ramírez Castaño. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero	306	ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RICARDO URIBE HOLGUIN del fallo anteriormente publicado	317	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — Distinto trámite de las excepciones, según que éstas sean previas o de fondo. Manifiesta carencia de fundamento legal del recurso. — Sentencia de 29 de noviembre de 1979. Declara INFUNDADO el recurso, en el proceso promovido por Francisco Rodríguez Rueda contra Abraham Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.
DESVALORIZACION POR EL DETERIORO MONETARIO. — Daño emergente. Lucro cesante. Condena en abstracto, forma de liquidarse. Incumplimiento de una obligación. Pago, teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda. — Sentencia de 19 de noviembre de 1979. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso promovido por Urbanizadora Cadis Limitada contra el Municipio de Ibagué. Magistrado ponente: Doctor Héctor Gómez Uribe	319	ADICION DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER del fallo anteriormente publicado
SIMULACION. — En el fenómeno de la simulación no existen dos operaciones, una pública y otra privada, sino "una entidad negocial única". Sociedad conyugal. Régimen de bienes. — Sentencia de 20 de noviembre de 1979. Magistrado		ACCION REIVINDICATORIA. — Actividad del juez en el proceso. Limitaciones. Error juris in judicando. Error facti in judicando. Sistemas de casación. El objeto de estudio en casación. Concepto del medio nuevo en el recurso de casación. — Sentencia de 6 de diciembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario promovido por Jaime Pineda Latorre y otra contra Antonio Usma S. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.
		PRESCRIPCION ADQUISITIVA. — Disposiciones que regulan esta institución. Prescripción ordinaria y extraordinaria. Poseedor regular. Posesión regular no interrumpida. Suma de posesiones, requisitos. De la buena o mala fe en materia posesoria. — Sentencia de 12 de diciembre de 1979. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso ordinario de Gustavo Bergstrom de la Torre contra la sociedad Ganadería La Primavera Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero

ÍNDICE

SALA CASACION LABORAL

	Páginas	Páginas	
EL TRIBUNAL SUPERIOR SE ABSTUVO DE DETERMINAR SI LA DEMANDADA HABIA TRABAJADO AL SERVICIO DE UNA MISMA EMPRESA DURANTE MAS DE DIEZ AÑOS CONTINUOS. — La Corte, por sentencia de 2 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Lucía Uchimán Restrepo contra la Sociedad de Industrias Bartoplas Ltda. y Taller Italiano de Escultura Vittorio Bartolini e Hijos Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	365	NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Luis Eduardo Reina Peña contra Olivetti Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	391
NO HAY LUGAR AL REINTEGRO DEL TRABAJADOR, YA QUE A LA DEJACION VOLUNTARIA DEL EMPLEO POR PARTE DEL TRABAJADOR, HABIA FENECIDO EL CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte, por sentencia de 12 de julio de 1979, NO CASA la proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio de José Germán Serna Restrepo contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz	374	EL ERROR DE HECHO SOLO PUEDE ORIGINARSE SEGUN LO ESTABLECIDO POR EL ART. 7º DE LA LEY 16 DE 1969. — La Corte, por sentencia de 26 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Gustavo Guarnizo Doncel contra Olivetti Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Manuel Enrique Daza Alvarez	398
TERMINACION UNILATERAL E INJUSTA DEL CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte, por sentencia de 12 de julio de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Hernán Tascón Barberena contra Ingenio Carmelita S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello	383	PENSION DE JUBILACION PARA LOS TRABAJADORES QUE LABORAN BAJO LA INFLUENCIA DE TEMPERATURAS ANORMALES. — La Corte, por sentencia de 27 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Luis Felipe Marín Acevedo contra Cristalería Peldar S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz	404
DOMINGOS Y FERIADOS. — La Corte, por sentencia de 17 de julio de 1979,		LA CORPORACION DE INSTITUCIONES DE ASISTENCIA SOCIAL, ADSCRITA AL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, ES UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO. La Corte, por sentencia de 27 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Henry Quintero Salazar contra la Corporación Proveedora de Instituciones de Asis-	

Páginas	Páginas		
tencia Social, "CORPAL", en liquidación, solidariamente con la Nación (Ministerio de Salud Pública). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	406	tencia de 31 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Gonzalo Niño Sierra contra Empresa Fumigadora Triunfo S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo	431
OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL CON SUS TRABAJADORES EN RELACION CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL AUXILIO DE CESANTIA CON POSTERIORIDAD A LA EXPEDICION DEL DECRETO 3118 DE 1968. — La Corte, por sentencia de 27 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio de Hernando García Devia contra la Nación Colombiana. Dirección General de Navegación y Puertos, División de Dragados, Ministerio de Obras Públicas. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello	416	FALTAS AL TRABAJO SIN JUSTA CAUSA INVOCADAS EN LA CARTA DE DESPIDO. — La Corte, por sentencia de 1º de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de José Pasos R. contra Mineros de Antioquia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	447
SALVAMENTO DE VOTO	423	ACCIDENTE DE TRABAJO. — La Corte, por sentencia de 9 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de José Leonidas Muñoz contra Fundiciones Técnicas S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.	452
PARA CONDENAR POR DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS, EL DICTAMEN PERICIAL DEBE ESTABLECER LO DEVENGADO POR EL TRABAJADOR SEMANA POR SEMANA, COMO LO PRESCRIBEN LOS ARTICULOS 176 Y 177 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — La Corte, por sentencia de 30 de julio de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Jafeth López Restrepo contra Confecciones Balalaika Ltda. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora	425	SALVAMENTO DE VOTO	459
EL SENTENCIADOR ACEPTE SIN DISTINGOS NI SALVEDADES EL CONTENIDO DE LA NORMA QUE SE DICE INFRINGIDA, PERO DECIDE QUE ELLA NO RESULTA APLICABLE POR HABERSE DEMOSTRADO EN LOS HECHOS LA FALTA ADUCIDA, Y MENOS AUN LA "GRAVEDAD" DE DICHA FALTA, EN CASO DE QUE HUBIERA EXISTIDO, CALIDAD ESTA INDISPENSABLE PARA QUE OPERE LA JUSTA CAUSA. — La Corte, por sen-		VALOR PROBATORIO DE LA CLAUSULA DEL CONTRATO DE TRABAJO RELATIVA AL PAGO DE LOS DOMINICALES Y FESTIVOS. — La Corte, por sentencia de 17 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Marco Fidel Moreno Orjuela contra Ediciones Culturales Ltda. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo	462
		ACCIDENTE DE TRABAJO. NO SE DEMOSTRO SU EXISTENCIA. — La Corte, por sentencia de 27 de agosto de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de María Cecilia Villamil contra la Empresa de Licores de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	469
		INEXISTENCIA DEL ERROR DE HECHO IMPUTADO POR EL CENSOR. — La Corte, por sentencia de 29 de agosto de	

Páginas	Páginas
1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Rito Antonio Goyeneche contra la Flota Mercante Grancolombiana. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacoure 475	CONDICION ALGUNA. BUENA FE PATRONAL. — La Corte, por sentencia de 20 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Carlos A. López Balcázar contra Industria Lechera de Entrerrios y Roberto E. Wills y Cia. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 508
TRABAJADOR OFICIAL. — La Corte, por sentencia de 30 de agosto de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Jorge Alfredo Ceballos Burbano contra la Nación, Ministerio de Obras Públicas. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 482	DOMINGOS Y FESTIVOS. — La Corte, por sentencia de 20 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Flavio Melo contra Armour Farmacéutica de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 514
ERRORES DE HECHO. — La Corte, por sentencia de 6 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Reinaldo Ortiz Cabrera contra Mario Yanguas Otero. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 487	RELACIONES INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES OFICIALES. — La Corte, por sentencia de 20 de septiembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Alejandrino Duarte Correa contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA. Magistrado Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz. 519
LA SUSTITUCION PENSIONAL A QUE TIENEN DERECHO LAS HERMANAS DEL PESIONADO SOLTERAS O VIUDAS, LOS PADRES Y HERMANOS INVALIDOS DEL FALLECIDO, APARECE CONSAGRADA EN LOS ARTICULOS 12 DE LA LEY 171 DE 1961 Y 1º DE LA LEY 5º DE 1969. — La Corte, por sentencia de 11 de septiembre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en juicio de Pabla de Jesús Maldonado Fontalvo vda. de López contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 502	ALCANCE DE LOS ARTICULOS 11, 58 Y 60 DEL ACUERDO Nº 224 DE 1966 DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL I.C.S.S., APROBADO POR EL DECRETO 3041 DE 1966 Y LOS ARTS. 193, 254, 260 Y 275 DEL C. S. DEL T. Y LEY 33 DE 1973 (Riesgos de invalidez, vejez y muerte). — La Corte, por sentencia de 8 de octubre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio de Zoila Elena Arjona vda. de Bermúdez contra Generoso Mancini y Cia. Ltda. y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, "I.C.S.S.". Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 526
PAGO POR CONSIGNACION. DICHO PAGO REUNIO LAS CONDICIONES EXIGIDAS POR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. LA CONSIGNACION NO IMPLICA QUE FUERA CONDICIONAL, PUES EVIDENTEMENTE NO APARECE QUE EL PAGO POR CONSIGNACION HUBIERA SIDO SOMETIDO A	REQUISITOS DENTRO DE LA TECNICA DE CASACION. — La Corte, por sen-

Páginas	Páginas		
tencia de 17 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Alfredo Perdomo Ardila contra Distribuidora Girardot Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello	539	viembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio de Ricardo Cabrera Jaramillo contra Gabriel Mejía Palacios. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	569
VALOR DE LAS NORMAS DEL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO. — La Corte, por sentencia de 23 de octubre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio de Laurencio Pedreros Diaz contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture	547	PENSION SANCIÓN. — La Corte, por sentencia de 8 de noviembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Ana Elisa Falla vda. de Pinzón contra Industrias Philips de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture	575
REGIMEN DE JUICLACION PARA LOS TRABAJADORES QUE LABORAN A TEMPERATURAS "ANORMALES". — La Corte, por sentencia de 25 de octubre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Pedro Fabio Román Buitrago contra Cristalería Peldar S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo	551	DESPIDO DE UN TRABAJADOR. SU INJUSTIFICACION. — La Corte, por sentencia de 13 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Héctor Cubillos H. contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo	584
SUSTITUCION PENSIONAL A LA HERMANA DEL PENSIONADO FALLECIDO. — La Corte, por sentencia de 30 de octubre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio de Beatriz Ordóñez Dorado o Beatriz Ordóñez vda. de Zambrano contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz	555	ERROR DE HECHO. DISOLUCION Y LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD. PENSION MINIMA DE JUBILACION SENALADA POR LA LEY. BUENA O MALA FE. — La Corte, por sentencia de 13 de noviembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Carlos Enrique Betancur M. contra Hijos de Rafael Navarro y Eusse Ltda. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo	596
MANIFIESTO ERROR DE HECHO. — La Corte, por sentencia de 31 de octubre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el el juicio de Heliodoro Botero Villegas contra Candle Electrónica de Colombia Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	559	DECRETO LEY 3135 DE 1968. — La Corte, por sentencia de 15 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio de Jaime Jaramillo Cogollos contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.	617
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. — La Corte, por sentencia de 2 de no-		"LA DUDA LE PERMITE AL SENTENCIADOR UNA ESCOGENCIA DE HI-	

Páginas	Páginas		
POTESIS QUE NO ES DABLE ANTE LA CERTEZA". — La Corte, por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellin, en el juicio de Juan Hermógenes González contra y en favor de su esposa señora Aida Marina Bedoya y de sus hijos menores Viviana, Gladys, Juan Carlos y Sandra González Bedoya. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz	622	HOMOLOGACIÓN. — La Corte, por providencia de 29 de noviembre de 1979, HOMOLOGA el Laudo Arbitral pronunciado el 31 de julio de 1979 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio constituido para dirimir el conflicto laboral colectivo surgido entre la Empresa Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico S. A., "SOBUSA", y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture	651
RENUNCIA DEL TRABAJADOR. — La Corte, por sentencia de 29 de noviembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Celis Modesto Vallejo López contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz	627	PENSION DE JUBILACION. (Carencia de Derecho). — La Corte, por sentencia de 3 de diciembre de 1979, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellin, en el juicio de Eurípides Rodríguez contra Paños Vicuña Santa Fe S. A. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo.	655
MALA FE PATRONAL. — La Corte, por sentencia de 29 de noviembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Luis Javier Valencia Gallo contra Compañía de Seguros del Pacífico S. A., Compañía de Seguros de Vida del Pacífico S. A., Capitalizadora del Pacífico S. A., Sociedad Administradora de Occidente S. A. e Inversiones del Occidente S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	636	DESPIDO ILEGAL. — La Corte, por sentencia de 6 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellin, en el juicio de Ligia Urrego Angarita contra Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz	662
PENSIONES RESTRINGIDAS O PROPORCIONALES CONSAGRADAS EN EL ARTICULO 8º DE LA LEY 171 DE 1961, YA FUERE CUANDO EL TRABAJADOR ES DESPEDIDO SIN JUSTA CAUSA O CUANDO SE RETIRA VOLUNTARIAMENTE. — La Corte, por sentencia de 29 de noviembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellin, en el juicio de Joaquin A. Gil Garcia contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	642	REGIMEN PRESTACIONAL PARA LOS SERVIDORES DE PUERTOS DE COLOMBIA. — La Corte, por sentencia de 6 de diciembre de 1979, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio de Morgan Sandoval Barrero contra Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	677
		HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 7 de diciembre de 1979, HOMOLOGA el Laudo Arbitral de 10 de octubre de 1979, que desató el conflicto laboral suscitado entre "Transportes Carlos Angel T. y Cia Ltda." y el Sindicato de Choferes de Antioquia, "Sidea". Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.	684

Páginas	Páginas
LA NATURALEZA JURIDICA DE LA VINCULACION ENTRE EL "ICSS" Y SUS TRABAJADORES, QUEDO DETERMINADA POR EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 3135 DE 1968. — La Corte, por sentencia de 7 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Pedro Vicente Espinel Guerrero contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, I.C.S.S. Magistrado ponente: Doctor Fernando Uribe Restrepo ... 690	ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 697
LA PENSION DE JUBILACION Y EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES. — La Corte, por sentencia de 7 de diciembre de 1979, NO CASA la proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Luis Alfonso Cuéllar contra Compañía Colombiana de Tabaco S. A. Magistrado	HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 10 de diciembre de 1979, HOMOLOGA el recurso interpuesto oportunamente por el Alcalde del Municipio de La Dorada, Departamento de Caldas, contra el fallo arbitral de catorce (14) de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), visible del folio 14 al 18 del cuadernos (2), proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto laboral existente entre el mencionado Municipio y el sindicato de Trabajadores al servicio del Municipio de La Dorada. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 703
	SALVAMENTO DE VOTO 706

**FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
TALLER DE ARTES GRAFICAS
PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA
Bogotá, D. E., julio de 1984**
